



LE « DROIT SOUPLE » VU PAR

JEAN-PIERRE SUEUR,
Président de la commission
des lois du Sénat

Comment, lorsque l'on participe à l'œuvre de législation et que l'on est, par ailleurs, attentif aux oxymores, ne pas manifester un vif intérêt... mais aussi une certaine

perplexité, à l'égard du droit souple auquel le Conseil d'État consacre son étude annuelle en 2013 ?

Le droit souple ne se laisse pas aisément appréhender. Il ne prescrit, ni n'ordonne. Ce n'est pas du « droit dur », mais ce ne saurait être davantage du « droit mou »... Le rapport du Conseil d'État montre que le droit souple, qui se caractérise par des gradations qui vont de la recommandation à la norme, est un fait, qu'il se développe et prend toujours davantage de place.

Le droit souple peut heurter notre tradition juridique attachée à déterminer des normes impératives. Le grand mérite de l'étude du Conseil d'État est de permettre de voir plus clair dans ce foisonnement. Le droit souple peut en premier lieu se substituer au « droit dur » quand le recours à celui-ci est impossible. Il permet également de mieux enserrer le pouvoir discrétionnaire de l'administration en lui fixant des critères d'intervention. Il est, en outre, susceptible de faire émerger des consensus et sert d'« antichambre » à la réglementation (les lois sur les conflits d'intérêts ont ainsi été préparées par des chartes ou des codes de bonne conduite). Il peut enfin constituer une alternative à l'hyper-réglementation contemporaine dont les collectivités territoriales souffrent à l'excès.

Le droit souple entraîne néanmoins plusieurs risques. Ceux-ci tiennent d'abord à des règles d'élaboration qui ne répondent pas toujours aux exigences de transparence qui en garantiraient la légitimité. Le droit souple ne doit pas davantage conduire à un détournement des règles de compétences : une autorité ne peut formuler de recommandations hors des missions qui lui sont confiées. Il ne doit pas non plus être une solution de facilité qui conduirait à écarter ou à contourner le « droit dur » au motif qu'il heurterait trop d'intérêts particuliers. Enfin, la portée des prescriptions relevant du droit souple demeure incertaine, en particulier devant le juge. D'où une question : la montée du « droit souple » se traduira-t-elle, en fait, par une extension corrélative de la « législation des juges » ?

Face à ces interrogations, le Parlement et le juge doivent assumer leurs responsabilités. À la loi d'encadrer le droit souple. Elle seule peut rendre des normes opposables aux tiers. Au juge administratif ou au juge judiciaire de préciser la portée des dispositions qui relèvent du « droit souple » et de bâtir une jurisprudence qui en assure le contrôle dans le respect de la loi. ■

ACTUALITÉ

SIMPLIFICATION DES NORMES

Le juge et le droit souple

L'étude annuelle 2013 du Conseil d'État sur le droit souple définit celui-ci comme un ensemble d'instruments qui ne créent pas par eux-mêmes de droits et d'obligations. Le rôle du juge est, pour reprendre la formule de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de trancher des contestations portant sur des droits et obligations. On pourrait donc croire que le droit souple et le juge ne sont guère amenés à se rencontrer.

Telle n'est pourtant pas la conclusion de l'étude annuelle. Le droit souple n'oblige pas, mais l'adhésion qu'il suscite peut lui donner une effectivité telle qu'il est difficile pour le juge de l'ignorer. Le juge administratif admet ainsi que certains types de droit souple soient susceptibles de recours ou invocables devant lui. Les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) des marchés publics, bien que non obligatoires, sont contestables devant le juge de l'excès de pouvoir et le juge de cassation contrôle leur interprétation. Les directives au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*, par lesquelles l'administration se donne une ligne de conduite non impérative, sont invocables par les requérants. Dans une décision *Formindep* du 27 avril 2011, le Conseil d'État a admis la recevabilité des recours contre les recommandations de bonnes pratiques de la Haute autorité de santé, au motif de leur prise en compte pour apprécier le respect des obligations déontologiques des médecins.

Le juge administratif n'est pas isolé dans cette démarche. Le juge judiciaire contrôle l'atteinte à la liberté d'expression des salariés portée par le code de conduite d'une entreprise. La Cour de justice de l'Union européenne développe sur les lignes directrices de la Commission une jurisprudence analogue à la jurisprudence *Crédit foncier de France*. La Cour européenne des droits de l'homme interprète la convention à la lumière d'instruments non contraignants tels que les recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

Le juge administratif n'a sans doute pas vocation à connaître l'ensemble des instruments de droit souple. Il est cependant utile qu'il exerce un contrôle sur les instruments qui revêtent la plus grande portée. Il peut ainsi s'assurer que le droit souple n'est pas un moyen pour l'autorité publique d'outrepasser ses compétences, qu'il n'est entaché de conflits d'intérêt dans son élaboration et qu'il ne méconnaît pas le principe de légalité.

L'étude annuelle du Conseil d'État propose d'ouvrir une réflexion sur trois questions transversales qui peuvent se poser au juge : celle d'un possible élargissement de la recevabilité des recours contentieux contre les instruments de droit souple, celle de leur invocabilité, notamment lorsqu'est soulevée une question d'appréciation d'un comportement, par exemple en matière disciplinaire et enfin celle de leur prise en compte dans la motivation des décisions juridictionnelles.

Somme toute, l'intervention du juge est nécessaire pour que le droit souple ne sorte pas de l'État de droit. ■



Le Grand stade de Lyon



La CAA de Lyon a confirmé le jugement par lequel le tribunal administratif de Lyon avait rejeté une demande d'annulation du permis de construire du Grand stade de Lyon. La Cour a notamment jugé que la demande de permis de construire pouvait anticiper la future révision du plan local d'urbanisme (PLU) de la commune qui était nécessaire pour permettre la construction du stade. Elle a vérifié que le public avait été clairement informé, lors de l'enquête publique préalable à la délivrance du permis, de l'existence et de l'état d'avancement de la révision du PLU, et constaté que le PLU avait effectivement été révisé à la date à laquelle le permis a été accordé.

CAA de Lyon, 12 juillet 2013, M. B. et Association Carton Rouge, n° 13LY00419

Algues vertes



La CAA de Nantes, saisie dans le cadre de la procédure de référé-provision, a reconnu la responsabilité de l'État pour la pollution des plages du littoral par les algues vertes. Pour la Cour, les carences de l'État dans la mise en œuvre de la réglementation européenne et nationale destinée à protéger les eaux de toute pollution d'origine agricole sont établies. Elle a accordé une provision à deux communes au titre des préjudices qu'elles ont subis, correspondant notamment au coût du ramassage et du transport des algues vertes.

CAA de Nantes, 22 mars 2013, commune de Plestin-les-Grèves, n° 12NT00344 et commune de Saint-Michel-en-Grève, n° 12NT00345.

Liens hypertextes et politique

Le TA de Versailles a jugé qu'un conseil municipal ne peut interdire de manière générale l'utilisation de tout lien hypertexte dans la version électronique du bulletin d'information de la commune, notamment dans l'espace réservé à la minorité municipale. Une telle interdiction porte une atteinte excessive au droit d'expression des élus n'appartenant pas à la majorité municipale. Le tribunal a toutefois rappelé que le maire de la commune, en sa qualité de directeur de la publication, peut s'assurer que le contenu du bulletin d'information ne porte pas atteinte à l'ordre public et ne soit pas constitutif de délits commis par voie de presse, tels que des propos racistes, injurieux ou diffamatoires.

TA de Versailles, 2 juillet 2013, M. T., n° 101465

Le statut de réfugié ne peut être reconnu en principe qu'une seule fois

CE, ASS., 13 NOVEMBRE 2013, CIMADE - M. B., N°S 349735, 349736



L'assemblée du contentieux du Conseil d'État a jugé qu'en principe, une personne qui s'est vu reconnaître le statut de réfugié dans un État partie à la Convention de Genève du 28 juillet 1951 ne peut plus solliciter ce même statut auprès d'un autre État.

Le Conseil d'État a toutefois précisé que cette règle ne vaut qu'aussi longtemps que le statut de réfugié est maintenu et effectivement garanti à l'intéressé dans l'État qui le lui a reconnu. Ainsi, une personne

peut demander l'asile en France si elle établit que l'État qui lui a accordé l'asile n'assure plus effectivement sa protection. Sa demande sera examinée par les autorités françaises au regard des persécutions dont elle serait, à la date de sa demande, menacée dans le pays dont elle a la nationalité (et non dans celui qui lui avait accordé la protection).

Pour le Conseil d'État, les États membres de l'Union européenne sont présumés assurer une protection effective des personnes auxquelles ils ont accordé l'asile. Cette présomption peut toutefois être renversée par le réfugié s'il apporte la preuve d'un défaut de protection par l'État membre. En outre, la présomption tombe lorsque l'État membre prend, en cas d'état d'urgence, des mesures dérogeant aux obligations prévues par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales ou lorsqu'il fait l'objet de mesures de prévention ou de sanction au titre d'une violation des valeurs qui fondent l'Union européenne. ■

Approfondissement du contrôle du juge sur les sanctions infligées aux agents publics

CE, ASS., 13 NOVEMBRE 2013, M. B., N° 347704



L'assemblée du contentieux du Conseil d'État a jugé qu'il convenait désormais d'exercer un entier contrôle sur le caractère proportionné de la sanction disciplinaire infligée à un agent public par rapport aux faits fautifs qui l'ont justifiée.

Auparavant, le contrôle du juge administratif sur la gravité des sanctions prononcées à l'encontre des agents publics était

limité à l'absence de disproportion manifeste. La jurisprudence avait toutefois évolué dans d'autres domaines où l'administration exerce un pouvoir de sanction. Le juge administratif exerce déjà un entier contrôle sur les sanctions prises à l'encontre des magistrats et des membres des professions réglementées. En outre, il se prononce comme juge de plein contentieux lorsqu'il est saisi d'une contestation portant sur une sanction infligée à un administré.

Dans la continuité de ces précédents, il appartiendra dorénavant au juge de l'excès de pouvoir, s'il est saisi de moyens en ce sens, de contrôler normalement, non seulement que les faits reprochés à un agent public constituent des fautes de nature à justifier une sanction, mais aussi que la sanction retenue est proportionnée à la gravité de ces fautes. ■

LES 60 ANS DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

Une célébration tournée vers l'avenir

RICHARD MOUSSARON

Président du tribunal administratif de Toulouse.



Séance plénière d'ouverture du colloque pour célébrer les soixante ans des tribunaux administratifs dans l'amphithéâtre Cujas aux anciennes facultés de Toulouse.

Les tribunaux administratifs suscitent l'intérêt, comme l'a montré le colloque qui s'est tenu à Toulouse les 28 et 29 octobre pour célébrer le sixième anniversaire de leur création.

Le grand amphithéâtre Cujas des anciennes facultés de droit de l'université Toulouse 1 Capitole était plein lorsque Mme Christiane Taubira, garde des sceaux, ministre de la justice, et M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, ont ouvert les travaux du colloque.

La richesse des thèmes abordés, répartis en trois ateliers intéressant le procès administratif, les relations des tribunaux administratifs avec leurs divers partenaires et la gestion des tribunaux et de leurs magistrats, comme la diversité et la qualité des intervenants, reflètent les conditions de la préparation de la manifestation, qui a associé de façon exemplaire les universités de Toulouse, Bordeaux, Pau, Montpellier et Grenoble aux juridictions

administratives siégeant dans ces mêmes villes. S'il est malaisé de dégager des échanges très riches qui ont eu lieu un thème central qui résumerait l'état d'esprit des participants, quelques constats se sont toutefois imposés :

- les membres des tribunaux administratifs sont pleinement magistrats, ce qu'a confirmé avec netteté l'article 86 de la loi du 12 mars 2012. Ils exercent leur activité dans des juridictions dont il n'est plus contesté qu'elles appliquent les règles du procès équitable et qui, gardiennes de l'intérêt général, sont aussi protectrices des droits et libertés ;
- l'activité des tribunaux administratifs est devenue plus efficace au cours des années récentes. Jugeant plus d'affaires qu'ils n'en enregistrent, ils ont pu réduire les délais de jugement ainsi que les stocks, grâce, notamment, à l'adaptation de certaines règles de procédure et de leurs modes d'activité ;
- si l'identité de l'ordre juridictionnel adminis-

tratif est forte, en revanche, l'identité propre des tribunaux administratifs, qui était le thème qu'avaient entendu privilégier les organisateurs du colloque, est apparue plus incertaine, en particulier du fait que leur jurisprudence, qui est éphémère, n'existe que dans l'attente d'une confirmation ou d'une infirmation par le Conseil d'État.

Il est difficile d'anticiper sur ce que seront les évolutions des tribunaux administratifs au cours de la prochaine décennie. Avec la toute récente entrée en vigueur des dispositions relatives aux téléprocédures, qui vont progressivement modifier les modalités des relations des juridictions avec les parties et, au-delà, les manières de travailler des magistrats et des agents de greffe, sans doute une évolution majeure s'amorce-t-elle. Sans doute l'évolution des flux contentieux jouera-t-elle, aussi, un rôle déterminant. ■



COLLOQUE



Le nouveau cycle de conférences du Conseil d'État

Le Conseil d'État a engagé, au second semestre de cette année, un nouveau cycle de conférences intitulé « Où va l'État ? ». Une quinzaine de séances sont programmées à raison d'une toutes les six à huit semaines. Par-delà la réponse à la question forte qui est posée, il s'agit pour le Conseil d'État d'organiser et soutenir une réflexion approfondie sur l'État, son devenir, ses missions dans le contexte d'accélération de ce qu'il est convenu d'appeler la « globalisation ».

Deux conférences ont déjà eu lieu : la première, en octobre, *L'État, expression de la Nation : un objet de philosophie politique et une construction historique*, la deuxième, en novembre *L'État de droit : constitution par le droit et production du droit*.

La troisième conférence aura lieu le mercredi 12 février 2014 et sera intitulée : *L'État peut-il survivre à la mondialisation ?* ■



Programme des prochaines conférences

L'État dans l'Europe des États
26 mars 2014

L'État sous la pression de la société civile
7 mai 2014

L'État et les monopoles régaliens : défense, diplomatie, justice, police, fiscalité
18 juin 2014

État providence, État garant, État stratège
24 septembre 2014

Une seconde série du cycle de conférences sera proposée à partir de l'automne prochain et portera sur le fonctionnement et les moyens de l'État : l'administration de l'État, les coûts de l'État, les agents de l'État, la décentralisation, les relations avec le monde économique, pour terminer sur la réforme de l'État et ses différentes figures.

> Toutes les informations sur ce cycle sont disponibles sur le site Internet du Conseil d'État.

**Séminaire ACA-Europe à La Haye**

Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État et Christian Vigouroux président de la section du rapport et des études se sont rendus à La Haye les 28 et 29 novembre à l'occasion d'un séminaire organisé par le Conseil d'État des Pays-Bas sur le thème « Développement du droit administratif en Europe : convergence naturelle ou uniformité imposée ? ». Ce séminaire s'est tenu dans le cadre de l'Association des Conseils d'États et juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (ACA-Europe), dont le Conseil d'État français assure la présidence jusqu'en juin 2014. À ce titre et pour clôturer l'activité de l'ACA-Europe pour l'année 2013, le Conseil d'État organise le 18 décembre à Paris un séminaire auquel participent une vingtaine de cours suprêmes administratives européennes sur le thème « Droit souple, normes juridiques et sources du droit », dans la ligne de son étude annuelle sur le droit souple. ■

> www.aca-europe.eu

**Formation internationale des nouveaux auditeurs du Conseil d'État**

Dans le cadre de leur formation continue, les jeunes auditeurs de la dernière promotion de l'ENA se sont rendus successivement à la Cour européenne des droits de l'homme les 26 et 27 novembre et à la Commission européenne le 3 décembre. Leur visite à Strasbourg a coïncidé avec l'audience de Grande Chambre sur l'affaire *SAS c./ France* relative à la compatibilité de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public avec les stipulations de la Convention européenne. Ils se rendront à la Cour de justice de l'Union européenne de Luxembourg en janvier 2014. ■

> Retrouvez toutes les informations relatives aux relations internationales sur le site du Conseil d'État

**Semaine du droit et du développement à Washington DC.**

Cette année encore, la juridiction administrative a été l'un des acteurs importants de la Semaine du droit et du développement de la Banque mondiale (du 18 au 22 novembre 2013). À l'occasion de cet événement, elle a organisé, en association avec des représentants d'institutions publiques de pays du Sud, une conférence sur le thème des contrats public-privé. Le succès de cette conférence, qui s'inscrit dans le cadre d'une « communauté de pratiques » créée il y a un an en partenariat avec l'Agence française de développement, contribue à mettre en évidence l'intérêt des instruments juridiques issus du modèle français pour le développement économique.

> voir www.conseil-etat.fr/fr/communiqués-de-presse/la-juridiction-administrative-fran.html



SUIVEZ LE
CONSEIL D'ÉTAT
SUR TWITTER :
@CONSEIL_ETAT



Les téléprocédures prennent leur essor devant les juridictions administratives

Depuis le 2 avril 2013, les requêtes, mémoires et actes de procédures peuvent être communiqués par voie électronique entre le Conseil d'État, les avocats et les administrations. L'application Télérecours a ensuite été déployée au sein des ressorts des cours administratives d'appel de Nancy et de Nantes le 3 juin 2013, puis dans le reste des juridictions administratives métropolitaines le 2 décembre dernier.

Les premiers mois de mise en œuvre des téléprocédures témoignent du succès rencontré auprès des utilisateurs, administrations comme avocats. Au 3 décembre 2013, 1565 avocats et 551 administrations étaient inscrits à Télérecours. Le nombre de requêtes enregistrées connaît une progression continue depuis la mise en service de l'application. Au cours du mois de novembre, plus de 40% des requêtes enregistrées devant le Conseil d'État l'ont été via Télérecours et plus de 32% des requêtes « éligibles » au dispositif, c'est-à-

dire celles qui sont déposées par une administration ou un avocat, ont été déposées via Télérecours devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel pilotes. L'application est particulièrement utilisée en contentieux des étrangers (59% des requêtes dématérialisées), en contentieux de l'urbanisme et de l'aménagement (7,5 % des requêtes) et en contentieux fiscal (7 %).

Les avocats et administrations qui utilisent Télérecours ont pu constater la simplicité d'utilisation de l'application et apprécient tout particulièrement l'accessibilité permanente à leurs dossiers au moyen d'une connexion internet sécurisée et la rapidité de la transmission des documents échangés avec les juridictions. ■

> Retrouvez toute l'information relative à l'utilisation de Télérecours sur le site internet du Conseil d'État

**À PARAÎTRE**

Enjeux juridiques de l'environnement

Dans le prolongement du cycle portant sur « La démocratie environnementale » de 2010-2011, le Conseil d'État a consacré sept conférences, entre 2011 et 2012, aux « Enjeux juridiques de l'environnement ».

Ce cycle a rassemblé praticiens et professionnels du droit autour de l'impact de la question environnementale sur le droit de la consommation, de l'aménagement, des transports et de l'énergie mais aussi sur la formation juridique, de la relation entre l'environnement et les polices et des mutations de l'administration de l'environnement.

Le 9^e numéro de la collection Droits et Débats, publié à La documentation Française,

Enjeux juridiques de l'environnement, un cycle de conférences du Conseil d'État, Droits et débats n°9, la Documentation Française.



offrent la possibilité de suivre à nouveau ces échanges ainsi que les enregistrements vidéos disponibles sur le site du Conseil d'État. ■

> www.conseil-etat.fr/fr/les-colloques-en-vidéos/

**NOMINATIONS****AU CONSEIL D'ÉTAT**

YVES GOUNIN, conseiller d'État, délégué aux relations internationales du Conseil d'État depuis le 25 novembre.

ODILE PIÉART, conseillère d'État, chef de la mission permanente d'inspection des juridictions administratives (MIJA) depuis le 1^{er} décembre 2013.

JEANNE SAUVAGEOT, magistrat administratif, chef du département de la gestion des magistrats depuis le 13 décembre 2013.

DANS LES COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

FRANÇOISE SICHLER-GHESTIN, conseillère d'État, présidente de la cour administrative d'appel de Nancy depuis le 1^{er} décembre 2013.

DANS LES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

DENIS BESLE, président du tribunal administratif de Basse-Terre depuis le 9 décembre 2013.

SYLVIE FAVIER, présidente du tribunal administratif de Melun depuis le 9 décembre 2013.