

GOUVERNANCE

Comment pratiquer sans risque le « droit souple » ?

Auteur associé | Actu juridique | Fiches de droit pratique | France | Publié le 03/11/2021

Le droit souple constitue une manière para-juridique d'influencer l'administration ou les administrés par des avis, guides ou instructions dont l'objet n'est pas la stricte obéissance à ces textes. Cette nouvelle pratique, souvent intégrée à une approche plus participative, présente l'avantage de rapprocher l'administration des administrés en évitant les contraintes juridiques.

**[1] Mesurer**

l'évolution de la perception du droit souple

Apparu au XX^e siècle dans le milieu des relations internationales anglo-saxonnes sous le terme de « soft law », le droit souple recueille aujourd'hui un écho favorable en France, dans la mouvance de la démocratie participative. Tel n'a pas toujours été le cas. Ces procédés ont été fermement décriés dans un premier temps comme un moyen de contourner la loi ⁽¹⁾ ⁽²⁾, le Conseil d'Etat relayant ces critiques en décrivant un « droit mou, un droit flou, un droit gazeux » et en incitant à renoncer à ces nouvelles pratiques, qui aggravent une inflation législative déjà galopante avec le droit dit « dur » ⁽²⁾ ⁽³⁾.

Progressivement, les outils nouveaux du droit souple ont cependant démontré leur utilité, notamment dans des matières exploratoires ou liées au domaine économique, telles que le droit de la concurrence ou de l'économie numérique. Souple dans son appréciation, le Conseil d'Etat a évolué à son tour et a consacré son étude annuelle de 2013 au sujet.

Le temps était venu de ne plus rejeter le droit souple mais de l'accepter, avec ses limites et ses défauts, de le définir et de l'encadrer. Trois ans plus tard, les arrêts de principe étaient rendus, qui ouvraient cette nouvelle ère. Au même titre que les outils de la « démocratie participative » qu'ils reliaient parfois, les instruments du droit souple ont trouvé leur place dans l'organisation juridique et sont soumis à un contrôle juridictionnel.

D'aucuns observeront, en paraphrasant « L'Écclésiaste » (1:9), qu'il n'y a rien de nouveau sous le soleil et rappelleront que l'appréhension de ces outils modernes suggère la façon dont le juge s'est progressivement saisi

des circulaires, directives et autres instructions, les ancêtres du droit souple ⁽³⁾ ^[4]. Il reste que les arrêts de 2016 ont ouvert une ère nouvelle, dans laquelle le droit souple a toute sa place, et ne se confond pas, quoiqu'en disent ses détracteurs, avec du bavardage sans portée.

Identifier les actes de droit souple

Encadrer le droit souple, c'est d'abord l'identifier, ce qui n'est pas simple, s'agissant d'un ensemble d'actes qui ont surtout en commun de ne pas relever des canons habituels... A cette fin, le Conseil d'Etat a retenu trois critères permettant d'identifier les instruments de droit souple. En premier lieu, ils doivent avoir pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant leur adhésion, mais ils n'établissent pas de limites à la liberté d'action qui pourraient être sanctionnées.

En deuxième lieu, ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires. Par exemple, les documentations techniques d'accès aux réseaux publics d'électricité compilent des bonnes pratiques purement indicatives. Enfin, ils présentent par leur contenu un degré de formalisation qui les apparente au droit dur. En d'autres termes, le droit souple doit tout de même « ressembler » à du droit. A titre d'exemple, les cahiers des charges comprennent parfois des codes de bonne conduite ou des modèles techniques structurés articles.

Apparus dans des domaines plutôt économiques et techniques, qui concernent l'Etat mais aussi les collectivités (réseaux, données, aides), ces approches se développent également dans des secteurs plus sensibles ou innovants, comme les outils de consultation du public, la laïcité, les politiques d'inclusion. Séduisants parce que moins impressionnants que des actes classiques, ces procédés permettent une plus grande délicatesse d'approche dans des domaines qui peuvent choquer une partie de la population.

Ils doivent cependant être maniés avec discernement, afin notamment de respecter les règles de compétence : ils ne doivent en effet pas empiéter dans des domaines étrangers aux compétences des autorités locales. Pas plus ne peuvent-ils révéler une dérobade d'une autorité qui aurait préféré le droit souple alors que la loi ou le règlement imposaient l'adoption d'une mesure de droit « dur ». A l'incompétence négative s'ajouterait alors le risque que l'acte n'ait pas été adopté dans le respect des conditions de forme ou de procédure prévues par les textes supérieurs.

Saisir la technicité des recours contre les actes de droit souple

Par deux décisions solennelles de 2016 ⁽⁴⁾ ^[5], le Conseil d'Etat s'est reconnu compétent ⁽⁴⁾ pour apprécier la plupart des actes de droit souple, du moins ceux ayant un impact de fait, sinon de droit, sur les administrés. Il est en effet jugé, d'abord, 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 déferés 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 ».

Cette solution, héritière de celles, historiques, applicables aux directives et circulaires est complétée par un second volet : les actes des autorités administratives peuvent également faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles de 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.

S'agissant de ces derniers actes, comme la dénonciation publique d'un comportement que l'administration juge dangereux ou regrettable, le recours n'est ouvert qu'aux requérants justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation. Inauguré dans le domaine économique et à propos des actes des autorités de régulation ⁽⁵⁾ ^[6], le contrôle a été ensuite étendu aux actes de droit souple émanant « d'autorités publiques » ⁽⁶⁾ ^[7], ce qui inclut clairement les collectivités locales et leurs établissements publics.

Respecter les obligations de publication

L'article L.312-2 du code des relations entre le public et l'administration ^[8] (CRPA) est très clair : l'administration a l'obligation de publier les « directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles comportant une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives ». Ainsi que le rappelle la doctrine la plus autorisée, « l'intitulé du document importe peu : tous les actes de droit souple et documents interprétant les lois et règlements ou décrivant des procédures administratives sont visés » ^{(7) [9]}. Ce qui concerne évidemment bon nombre d'actes des collectivités locales, explicitement visées à l'article R.312-5 du même code ^[10], qui impose que la publication (éventuellement par voie électronique) des instructions et circulaires ait lieu dans un bulletin officiel lorsqu'il a une périodicité au moins trimestrielle ou par transcription dans les trois mois sur un registre tenu à la disposition du public, avec information du préfet sur le procédé choisi.

La sanction est assez sévère : lesdits actes ne peuvent être invoqués par l'administration tant qu'ils n'ont pas été publiés ; plus encore, passé un délai de quatre mois à compter de leur signature, ils sont réputés abrogés (CRPA, R.312-7 ^[11]).

Combiner droit souple et démocratie participative

Comme la contractualisation en son temps, le recours au droit souple n'est pas dépourvu d'intérêt pratique. Il permet notamment de lutter contre le sentiment de « verticalité » de la décision, particulièrement mal vécue dans certains domaines.

Classiquement, le droit souple peut contribuer à la gestion des services des collectivités, même si la loi et le règlement régissent très largement les rapports en la matière. Circulaires, notes de service, guides méthodologiques viennent par exemple éclairer les organigrammes, les modalités de recrutement, de notation et d'avancement, l'animation ou la restitution des entretiens professionnels. Plus périlleux est l'usage du « droit souple » par certaines collectivités pour intervenir dans des domaines qui relèvent en principe d'une autre personne publique.

Une certaine marge existe probablement et il « peut être compréhensible et justifié qu'une municipalité adresse à ses habitants des recommandations sanitaires, hors tout conventionnement, alors même que les prérogatives en matière de santé publique sont généralement partagées entre l'Etat et le département au niveau local » ^{(8) [12]}. Mais on recommandera vivement de conserver à l'esprit que de telles incursions sont rapidement exposées au risque d'illégalité, pour incompétence.

On observera, enfin, qu'il est courant et recommandé que les mesures de droit souple soient combinées avec des procédés de démocratie participative qui concourent aux mêmes objectifs de consensualisme, de souplesse et de légitimité horizontale. Des structures telles que les comités de quartier mis en place par la loi du

27 février 2002 ^{(9) [13]} ou les comités d'intérêt de quartier de nature associative qui regroupent élus, habitants, usagers, artisans et commerçants sont conçus aujourd'hui comme des laboratoires « à l'élaboration de certains outils, tels que des guides ou des chartes, à destination des habitants ».

De tels groupements peuvent, par exemple, être à l'origine de labels locaux dans le cadre du développement touristique ^{(10) [14]} qui peuvent en outre profiter de la technologie « blockchain » afin de sécuriser leur appellation ^{(11) [15]}. Autant d'initiatives qui s'inscrivent dans le nuage gazeux du droit souple et de la participation citoyenne.

POUR ALLER PLUS LOIN

- Référendum et consultation du public : oui, mais en respectant la loi
- Démocratie participative : cerner les enjeux juridiques avant de se lancer