



*Direction générale Bibliothèque,  
Recherche et Documentation*

## **NOTE DE RECHERCHE**

**Recevabilité des recours juridictionnels à l'encontre des actes de droit « souple »**

[...]

**Objet:** Examen de la recevabilité de recours juridictionnels intentés à l'encontre des instruments de droit « souple » adoptés par les autorités administratives, dont notamment les recommandations, avis, instructions, communications ou autres circulaires. Examen des principaux motifs retenus ayant permis d'accueillir l'introduction de tels recours

[...]

*Juin 2017*

[...]



[...]

## SYNTHÈSE

### INTRODUCTION

1. L'étude comparative des treize systèmes juridiques examinés aux fins de la présente note révèle que, à l'exception des pays de *Common Law*, les juridictions des États membres considèrent, en règle générale, les recours intentés à l'encontre des instruments de droit «souple» comme irrecevables.<sup>1</sup> Néanmoins, la quasi-totalité des juridictions concernées (mis à part la **Hongrie** où la situation juridique est en cours d'évolution) acceptent, à titre exceptionnel, de contrôler la légalité de certains instruments de droit «souple» surtout dans les situations où la mesure en cause constitue un acte normatif ou une décision administrative de portée individuelle «déguisés» ou afin de garantir une protection juridictionnelle effective. En revanche, en **Irlande** et au **Royaume-Uni**, la nature d'instrument de droit «souple» en tant que telle ne fait pas obstacle à la recevabilité des recours et de tels recours sont *a priori* recevables.
2. La présente note expose donc, dans un premier temps, les huit ordres juridiques considérant ces recours comme irrecevables mais prévoyant leur recevabilité à titre exceptionnel (1.), puis, dans un deuxième temps, les deux ordres juridiques ne prévoyant aucun recours direct à l'encontre des instruments de droit «souple» (2.), pour enfin les comparer, dans un troisième temps, aux deux ordres juridiques considérant ces mêmes recours comme *a priori* recevables (3.). Dans chaque catégorie sont explicités les motifs permettant de considérer comme recevables les recours juridictionnels à l'encontre des mesures de droit «souple» en question, les voies de recours disponibles dans ces instances et, le cas échéant, l'étendue de l'exception et les limites y afférentes. Enfin, la conclusion établit un bilan de la situation juridique relative à cette question de recevabilité dans les treize États membres, mettant en relief leurs points de comparaison et de contraste.

---

<sup>1</sup> Les systèmes juridiques étudiés aux fins de la présente note sont ceux de l'**Allemagne**, de la **Belgique**, de l'**Espagne**, de la **France**, de la **Hongrie**, de l'**Irlande**, de l'**Italie**, de la **Lettonie**, des **Pays-Bas**, de la **Roumanie**, du **Royaume-Uni**, de la **République slovaque** et de la **Suède**.

3. À titre liminaire, il convient de préciser que la jurisprudence exposée dans la présente note se concentre sur les actes et mesures émanant des autorités administratives. Ainsi qu'il ressort des contributions relatives à chaque ordre juridique, les juridictions nationales n'ont pas jusqu'à ce jour été appelées à juger de la recevabilité de recours intentés à l'encontre de recommandations ou de résolutions émises par un organe législatif. Dès lors, la jurisprudence relative à des questions de recevabilité contenue dans la note est issue du contentieux administratif. La jurisprudence en matière de contentieux constitutionnel a également été incluse lorsqu'elle était clairement pertinente.

#### **1. LES ORDRES JURIDIQUES PRÉVOYANT LA POSSIBILITÉ DE RECOURS À TITRE EXCEPTIONNEL À L'ENCONTRE DES INSTRUMENTS DE DROIT «SOUPLE»**

4. Pour huit États membres, il convient d'observer que même si les recours juridictionnels contre les instruments de droit «souple» sont, en principe, irrecevables, ils prévoient la possibilité, à titre exceptionnel, de former de tels recours (à savoir, l'**Allemagne**, la **Belgique**, la **France**, l'**Italie**, la **Lettonie**, la **Roumanie**, la **République slovaque** et la **Suède**). Il convient de signaler que, dans quatre de ces États membres, le justiciable n'a, en règle générale, que la possibilité d'invoquer un instrument de droit «souple» dans le cadre d'un recours contre un acte administratif, la possibilité de recours direct étant exceptionnelle (à savoir, la **Belgique**, la **Lettonie**, la **République slovaque** et la **Roumanie**). En outre, en **Hongrie**, où toute possibilité de recours est actuellement exclue, le code administratif de 2017, qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2018, prévoit la possibilité d'introduire des recours contre les «agissements de l'autorité administrative», ce qui pourrait permettre d'attaquer directement les actes juridiques non contraignants.
5. S'agissant des conditions de recevabilité de ces recours exceptionnels, le juge administratif (y compris dans les pays de *Common Law* où ces recours ne sont pas exceptionnels) ne s'attache pas à la dénomination ou à la forme de l'acte, mais à son

contenu et à sa portée. C'est ainsi qu'il admet la recevabilité des recours introduits contre des instruments de droits «souple» ayant des effets juridiques obligatoires à l'égard des justiciables/des tiers (1.1.) et lorsque ces effets affectent de manière matérielle la situation juridique de l'intéressé en lui imposant une obligation ou en le privant d'un droit (1.1.1.). Ainsi, selon une approche pragmatique, sont parfois admis comme recevables des recours contre des instruments de droit «souple» lorsque ceux-ci semblent s'assimiler à un acte administratif contraignant (1.1.2.). Enfin, la garantie de la protection juridictionnelle effective (1.2.), comme principe transversal permet, dans certaines instances, de considérer de tels recours comme recevables.

#### 1.1. INSTRUMENT DE DROIT «SOUPLE» PRODUISANT DES EFFETS JURIDIQUES OBLIGATOIRES

6. Les voies de recours prévues par les huit ordres juridiques en question (à savoir, l'**Allemagne**, la **Belgique**, la **France**, l'**Italie**, la **Lettonie**, la **Roumanie**, la **République slovaque** et la **Suède**), bien que régies par des règles procédurales différentes, présentent une certaine homogénéité en ce qu'elles visent à fournir aux justiciables la faculté de soumettre au contrôle juridictionnel tout acte visant à produire un effet juridique obligatoire. Ainsi, ont été jugés recevables certains recours directs contre des instruments produisant des effets juridiques à l'égard des tiers.
7. En premier lieu, certains actes administratifs présentés comme non contraignants mais qui ont, en substance, des effets contraignants et qui sont, par conséquent, obligatoires, peuvent faire l'objet d'un recours en annulation. À cet égard, il convient de mentionner la jurisprudence du Conseil d'État **belge**. En droit belge, les conditions de recevabilité sont normalement d'application stricte et seuls les actes administratifs obligatoires sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation. Néanmoins, a été admis comme recevable le recours en annulation contre un avis qui était *de facto* obligatoire pour l'autorité administrative appelée à statuer sur un permis de construire. Dans le cas d'espèce, cet avis défavorable liait

l'autorité en cause, alors qu'un avis favorable ne l'aurait pas liée. Une solution plus générale est retenue en **Italie** où les avis (contraignants) négatifs peuvent faire l'objet d'un recours en annulation lorsqu'ils produisent des effets sur des tiers.

8. Par ailleurs, toujours en **Belgique**, les circulaires administratives sont susceptibles de recours en annulation lorsqu'elles s'assimilent à des normes déguisées s'imposant en fin de compte aux justiciables. À ces fins, trois critères cumulatifs doivent être réunis: elles dépassent la transmission d'information, la simple description ou l'interprétation d'une mesure de droit «dur»; elles contiennent des règles nouvelles, obligatoires, rédigées en des termes impératifs; et l'auteur de la circulaire dispose du pouvoir d'imposer sa volonté au destinataire et de le sanctionner le cas échéant. Le Conseil d'État a ainsi reconnu un caractère réglementaire aux «circulaires, instructions ou prescriptions générales qui ajoutent à la réglementation existante des règles nouvelles, présentant un certain degré de généralité, dès lors que l'auteur a l'intention de les rendre obligatoires et qu'il dispose des moyens pour forcer au respect de ces directives. De tels actes sont susceptibles de recours en annulation».
9. Il en va de même en **France** où est en principe recevable un recours pour excès de pouvoir contre une circulaire si cette dernière «ajoute» à l'état de droit. En revanche, le principe de l'irrecevabilité des recours contre des avis et des recommandations des autorités administratives françaises demeure sauf dans le cas de recommandations de portée générale rédigées de façon impérative.
10. En deuxième lieu, les instruments qualifiés de droit «souple» qui, en principe, ne prévoient qu'un effet interne (en ce qu'ils s'adressent uniquement aux autorités administratives elles-mêmes comme, par exemple, des instructions internes à l'administration), peuvent être qualifiés d'actes attaquables s'ils font grief aux justiciables.
11. Ainsi, en **Allemagne**, il incombe au requérant de démontrer qu'une mesure interne, comme une circulaire administrative, vise délibérément à produire un effet externe juridique pour le citoyen afin d'ouvrir une voie de recours. Tel est le cas notamment

lorsque les circulaires fixent à elles seules les conditions d'accès à certaines prestations publiques. Ainsi, par exemple, ont été jugées recevables des demandes de contrôle d'une circulaire prévoyant les barèmes d'attribution d'allocations sociales, concrétisant les modalités de droit à la prestation de base de la législation pertinente en matière de sécurité sociale. La recevabilité du recours se fonde, dans ces cas de figure, sur la nature quasi-normative de l'acte attaqué.

12. Selon une jurisprudence historique en **Lettonie**, la Cour constitutionnelle avait considéré comme recevables des recours contre certains actes normatifs internes, à savoir des règlements intérieurs des organes étatiques, dans des circonstances où ces actes produisaient des effets juridiques externes susceptibles d'affecter des droits fondamentaux de tiers.
13. En troisième lieu, il est, en principe, constant dans les huit ordres juridiques concernés que les actes provisoires et préparatoires ne peuvent, par leur nature, faire l'objet d'un recours en annulation, mais le recours est recevable à l'encontre de tels actes dès lors qu'ils produisent par eux-mêmes des effets de droit et/ou ils constituent le terme définitif d'une procédure administrative.
14. Ainsi, par exemple, selon le Conseil d'État en **Italie**, un avis contraignant négatif émis par une autorité publique peut faire l'objet d'un recours lorsqu'il ne laisse aucun doute à l'intéressé quant au contenu de la décision finale à l'issue de la procédure administrative en cause ou détermine *de facto* l'abandon de cette procédure. Il en va de même pour les actes interlocutoires et les actes reportant une décision (*atti soprassessori*) qui ont pour conséquence pratique de mettre fin à la procédure administrative et sont, dès lors, exceptionnellement attaquables afin de fournir une voie de recours à l'intéressé. De manière analogue, en **Suède**, les actes des autorités administratives de nature provisoire, procédurale ou organisationnelle sont exclus du contrôle juridictionnel, à l'exception de ceux qui sont susceptibles d'entraîner un préjudice pour les droits des parties à la procédure administrative.
15. Il convient également de relever que, en **Roumanie**, dans une forme de contrôle anticipé, les opérations administratives qui précèdent la conclusion d'un contrat

administratif de passation de marché public peuvent fait l'objet d'un recours. Dans ce type d'instance, l'accès à la justice vise à prévenir l'attribution d'un marché public en violation des dispositions prévues par la loi.

16. Il faut également relever les actes pris sur la base d'une délégation de compétences. La recevabilité de recours contre ces actes se justifie en effet par le fait que les organismes auxquels l'administration a délégué certains pouvoirs peuvent être conduits à adopter des mesures qui, si elles émanaient de l'administration elle-même seraient susceptibles de recours. Tel est le cas notamment lorsqu'une disposition législative prévoit, expressément ou implicitement, d'être complétée ou mise en œuvre par un instrument de droit «souple» comme, par exemple, une circulaire. Par conséquent, ce dernier instrument a un effet quasi-normatif en ce que l'application des dispositions normatives est impossible sans l'apport des prescriptions qu'il contient, conformément à l'intention du législateur. Le mécanisme de délégation ne doit en effet pas avoir pour effet de priver le justiciable d'un recours en raison de l'identité de l'auteur de la mesure en cause. Toutefois, il faut préciser que, dans ces cas de figure, l'éventuelle incompétence de l'auteur de l'acte, qui peut constituer un motif d'annulation lors de l'examen de la validité au fond, ne fait pas obstacle à la recevabilité du recours.
17. Il convient d'évoquer, à cet égard, la situation en **Italie** en ce qui concerne les communications de l'Autorité des marchés financiers qui démontre un certain assouplissement du critère de la nature de l'acte attaqué. Normalement, seuls les actes administratifs donnant lieu à une décision sont directement attaques en contentieux administratif. Toutefois, lorsque l'activité de l'Autorité des marchés financiers concerne un acte législatif, les communications émises par cette Autorité ne constituent pas une simple orientation mais sont considérées comme ayant une nature réglementaire. Ces communications sont donc attaques. Une solution analogue a été retenue par le législateur en **Espagne** en ce qui concerne exclusivement les circulaires émises par la Banque d'Espagne. Nonobstant la situation générale en Espagne selon laquelle les recours directs contre les actes juridiques non contraignants sont *a priori* irrecevables, cette catégorie de circulaires,



qui sont des instruments de droit «souple» *sui generis*, ont, en substance, un caractère normatif. Un recours direct est donc disponible contre ces actes.

18. Il en va de même en **Roumanie** en ce qui concerne les actes émis par le Conseil de la concurrence, dont les règlements, les instructions et les ordres constituent des actes attaquables. Cette solution jurisprudentielle se justifie par le fait que les règlements contiennent essentiellement des normes impératives, tandis que les instructions contiennent principalement des normes supplétives. Ces actes du Conseil de la concurrence ont dès lors été qualifiés par la Cour constitutionnelle roumaine d'«actes administratifs unilatéraux à caractère normatif».

#### 1.1.1. AFFECTATION DE LA SITUATION JURIDIQUE DU REQUÉRANT PAR L'INSTRUMENT DE DROIT «SOUPLE»

19. Dans certains des huit ordres juridiques concernés par cette partie, s'agissant de certains actes de portée individuelle, un acte administratif est réputé faire grief lorsqu'il porte atteinte aux droits et aux obligations du requérant. Dans ce cas, le juge administratif est appelé à identifier les caractéristiques d'un véritable acte administratif (ou d'une norme) dans l'acte de droit «souple» contesté. Le recours est ainsi recevable contre les actes, comme par exemple les décisions individuelles, prises sous l'apparence d'une mesure non contraignante, qui lèsent ou affectent directement les droits ou les intérêts juridiques des requérants, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales. Ce critère subjectif de recevabilité est, bien entendu, intimement lié aux considérations qui suivent relatives aux effets produits par l'acte attaqué mais, nonobstant la nature de l'acte, la recevabilité du recours juridictionnel est également subordonnée à l'affectation directe de la situation juridique du requérant.
20. Ainsi, en **France**, le Conseil d'État a utilement rappelé cette condition subjective de recevabilité en constatant que le requérant doit justifier d'un intérêt direct et certain à l'annulation des actes non contraignants en cause, à savoir des communiqués de presse de l'Autorité des marchés financiers mettant en garde les investisseurs contre des produits financiers commercialisés par le requérant. Il a jugé que les recours

peuvent être recevables si ces actes non contraignants «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».

21. Il en va de même, en **République slovaque**, où la Cour suprême a constaté que certains instruments de droit «souple», à savoir les avis, les recommandations ou les instructions émises par une autorité publique mais qui présentent, malgré leur forme, un caractère contraignant par rapport au destinataire, sont susceptibles de porter atteinte aux droits d'une personne physique ou morale. Dans ces cas, lesdits actes ne peuvent pas être exclus du contrôle juridictionnel.

#### 1.1.2. L'INSTRUMENT DE DROIT «SOUPLE» SE PRÉSENTANT COMME UN VÉRITABLE ACTE ADMINISTRATIF

22. Certains de ces huit ordres juridiques admettent également la possibilité d'un recours juridictionnel lorsque la mesure de droit «souple» semble s'assimiler à un acte administratif contraignant du fait qu'il est susceptible d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse (ce qui se rapproche de la solution retenue en *Common Law*). Tel est notamment le cas lorsque l'organe étatique émetteur est normalement doté de pouvoirs de réglementation ou de sanction.
23. Par exemple, en **France**, des recours contre une prise de position de l'Autorité de la concurrence et contre un rapport du Conseil national de l'ordre des médecins ont été jugés recevables. Dans le premier cas, le Conseil d'État a considéré qu'une prise de position pouvait revêtir le caractère de prescription individuelle dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance. Dans le second, il a été jugé que la formulation impérative du rapport, eu égard au rôle de ce Conseil pour l'application des principes de déontologie médicale, ouvrait l'accès du recours juridictionnel.

24. Ainsi, un droit de recours a été reconnu en **Suède** à l'encontre d'un «conseil» et d'une «information» émis par une autorité publique dont la forme était telle que l'acte pourrait être perçu comme contraignant par son destinataire. Tel était également le cas d'une lettre adressée par une commission communale de protection de l'environnement et de la santé aux entreprises les informant de l'évaluation de certaines substances comme nuisibles par l'Inspection suédoise des produits chimiques et les incitant à la cessation de vente des produits affectés à partir d'une date précise et renvoyant aux sanctions pénales applicables en la matière. La Cour suprême administrative en a conclu que ces éléments donnaient à cette lettre un caractère si important pour ses destinataires que ceux-ci ne devaient pas être privés de droit de recours et, partant, que l'absence d'effets juridiques directs n'était pas pertinente dans le cas d'espèce.

25. On constate une approche similaire en **Allemagne**, dans le cadre des avertissements individuels adressés à des particuliers sous forme d'un rappel à la loi leur suggérant de s'abstenir, dans une situation concrète, d'adopter un comportement particulier contraire à l'ordre public (*Gefährderanschreiben/Gefährdersprache*). Dès lors que ce type de mesure n'est pas un acte administratif, elle peut néanmoins être contestée en justice lorsqu'elle est susceptible, par sa vocation, de constituer une ingérence dans l'exercice des droits fondamentaux du destinataire, tels que la liberté d'expression ou la liberté de réunion.

#### 1.2. LA GARANTIE D'UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE EFFECTIVE: LE CRITÈRE DE LA PERCEPTION DE L'INSTRUMENT DE DROIT «SOUPLE» PAR L'INTÉRESSÉ

26. Le droit à une protection juridictionnelle effective est inhérent à tous les ordres juridiques examinés dans ce chapitre, mais pour certains États membres, ce droit constitue le motif principal permettant l'assouplissement des critères de recevabilité des recours formés contre des actes juridiques non contraignants. Cet assouplissement se fonde essentiellement sur le souci de veiller à la protection des droits fondamentaux.

27. Ainsi, en droit **allemand**, la protection juridictionnelle effective est consacrée par la loi fondamentale. Elle exige, selon la jurisprudence de la Cour administrative fédérale, un accès à la justice pour le justiciable contre toute mesure administrative, indépendamment de sa forme, qui est constitutive d'une ingérence dans les droits subjectifs de ce justiciable, particulièrement à ses droits fondamentaux. Dès lors qu'une personne est lésée dans ses droits, ou susceptible de l'être, par un acte de droit «souple» adopté par une autorité administrative allemande, alors même qu'il serait juridiquement non contraignant ou dépourvu d'effet externe, la personne doit exceptionnellement disposer d'une voie de recours.
28. [...] Il est intéressant de mettre en relief l'approche **suédoise** en matière de recevabilité et celle de l'**Allemagne** relative aux avertissements adressés au public visant à mettre en garde celui-ci contre des risques liés à certains produits (*öffentliche Warnung*). On retrouve dans la jurisprudence afférente un critère potentiel de recevabilité fondé sur la perception, par le requérant, de l'acte juridique non contraignant comme étant un véritable acte administratif.
29. En **Allemagne**, on a admis la possibilité de contester les publications non contraignantes des organes étatiques (dont les listes et les rapports) énumérant des produits contenant les substances prétendument nuisibles. Ainsi, un recours en cessation a été admis contre un tel avertissement au public au motif, d'une part, que l'avertissement portant sur certains produits pouvait impliquer des ingérences dans la liberté professionnelle et du droit de propriété et, d'autre part, l'avertissement portant sur certaines activités était susceptible de porter atteinte au droit à la personnalité, à la liberté de religion, ainsi qu'aux libertés d'expression, de réunion et d'association. Il incombait à l'intéressé de démontrer l'existence d'un tel risque d'ingérence dans ses droits fondamentaux pour demander que l'autorité publique soit enjointe de s'abstenir de procéder à un tel avertissement ou d'en cesser la diffusion. Cette approche se retrouve dans la jurisprudence de la Cour suprême administrative **suédoise** (voir le point 24 ci-dessus). Cette jurisprudence démontre que, dans le souci d'assurer une protection juridictionnelle effective, un recours peut

être admissible contre un instrument de droit «souple» lorsque celui-ci a été compris par ses destinataires comme étant contraignant et que ces derniers (qu'il s'agisse d'entités publiques ou d'entités privées) ont agi en conséquence afin de se mettre en conformité avec ledit instrument.

30. Il convient d'ajouter que, s'agissant du fond du recours, dès lors qu'un avertissement s'apparente, par ses effets, à une mesure d'interdiction contraignante, il doit être conforme au droit matériel **allemand** susceptible de justifier une telle mesure de police (dont notamment les conditions posées par la législation y afférente), ainsi qu'aux exigences plus générales telles que l'existence d'une base juridique appropriée, la compétence de l'autorité émettrice et le respect du principe de proportionnalité.

## **2. LES ORDRES JURIDIQUES NE PRÉVOYANT AUCUN RECOURS DIRECT À L'ENCONTRE DES INSTRUMENTS DE DROIT «SOUPLE»**

31. Deux ordres juridiques se distinguent en matière de recevabilité des recours contre les instruments de droit «souple». Aux **Pays-Bas** et en **Espagne** (mis à part le cas de figure visé au point 17 ci-dessus), les instruments de droit «souple» sont exclus de toute possibilité de recours direct devant les juridictions administratives, ceux-ci étant considérés en général, par leur nature même, comme étant dépourvus d'effets juridiques. Dans ce contexte, ils ne peuvent éventuellement être remis en question que dans le cadre des recours visant des actes attaquables.
32. Aux **Pays-Bas**, en ce qui concerne les lignes directrices (*beleidsregels*), qui, tout en n'étant pas des actes obligatoires de portée générale, sont établies par décision administrative et sont publiées, la loi administrative néerlandaise exclut toute possibilité de recours direct. Toutefois, l'illégalité ou l'irrégularité d'une telle ligne directrice peut être invoquée devant les juridictions administratives par voie d'exception. Ainsi, ces instruments de droit «souple» peuvent être contrôlés par les juridictions administratives dans le cadre d'un recours à l'encontre d'une décision d'exécution d'un tel instrument. Par ailleurs, tel semble également être le cas pour

certaines autres instruments de droit «souple». Les juridictions administratives, lorsqu'elles considèrent qu'une ligne directrice, ou un autre instrument de l'exercice des compétences propres, est manifestement déraisonnable ou injustifiée, peuvent déclarer l'instrument de droit «souple» concerné dépourvu d'effets.

33. En outre, aux **Pays-Bas**, dans le cadre d'un recours contre une décision administrative, le justiciable peut soulever l'argument selon lequel l'organe émetteur s'est écarté, dans cette décision, des principes établis par un instrument de droit «souple» qui a un effet contraignant interne et qui, partant, lie cet organe. À cet égard, il y a lieu de rappeler que c'est sous cet angle que le débat sur la prise en compte par le juge administratif du droit «souple» s'était initialement ouvert en **France**, par l'acceptation notamment d'une telle invocabilité des «directives» du droit administratif français, et par la possibilité d'invoquer certains instruments de droit souple, dans le contentieux disciplinaire notamment, pour apprécier l'existence d'une faute éventuelle – avant que le Conseil d'État n'identifie explicitement, au sujet de certains actes pris par certaines autorités administratives indépendantes, de véritables critères de recevabilité des recours effectués.
34. En **Espagne**, la jurisprudence semble indiquer que le justiciable ne peut pas se prévaloir des instruments de droit «souple», seuls, comme sources de droit pouvant être opposées à l'administration. Ces instruments sont, tout simplement, dépourvus de caractère obligatoire. En revanche, lorsque la réglementation applicable effectue un renvoi à un instrument de droit «souple», la juridiction serait tenue de prendre en compte l'instrument de droit «souple» sans pour autant être liée par celui-ci.
35. En outre, dans cet ordre juridique, même si les instruments de droit «souple» ne peuvent pas faire l'objet d'une exception d'illégalité et le juge administratif n'est pas habilité à en prononcer l'illégalité, ils peuvent parfois être pris en compte au titre du contrôle de la légalité des actes de droit «dur». À titre d'exemple de contrôle indirect des instruments de droit «souple» dans un cas particulier, il convient de mentionner un arrêt de la Cour suprême **espagnole**. Dans cet arrêt d'annulation des sanctions imposées à une société pour des pratiques anti-concurrentielles, la Cour

s'est prononcée sur la méthodologie de calcul des sanctions de la Commission nationale de la concurrence contenue dans une communication de cette dernière et a constaté que celle-ci était incompatible avec les dispositions de la loi qui s'y appliquait. La Cour a saisi l'occasion de souligner que les communications émises par cette Commission nationale de la concurrence sont «dépourvues de nature réglementaire ainsi que de caractère contraignant *ad extra*».

### **3. LES ORDRES JURIDIQUES CONSIDÉRANT LES RECOURS À L'ENCONTRE DES INSTRUMENTS DE DROIT «SOUPLE» COMME A PRIORI RECEVABLES**

36. L'Irlande et le Royaume-Uni se distinguent par rapport aux autres catégories d'États membres dans la mesure où il n'y a pas d'exclusion générale de recours juridictionnel à l'encontre des instruments de droit «souple». On discerne toutefois certains traits dans la jurisprudence en matière de recevabilité qui se rattachent à ceux présents dans la jurisprudence des États membres appartenant aux groupes précédemment analysés. Il convient de signaler à cet égard que l'affectation directe de la situation juridique du requérant par l'instrument en cause est la condition principale de recevabilité dans ces deux ordres.

#### **3.1. AFFECTATION DE LA SITUATION JURIDIQUE DE L'INTÉRESSÉ PAR L'INSTRUMENT DE DROIT «SOUPLE»**

37. La recevabilité des recours juridictionnels, par voie de recours direct, à l'encontre des instruments de droit «souple» a été acceptée depuis longtemps par les juridictions de *Common Law*. En effet, le juge administratif n'attache pas d'importance à la forme de la mesure adoptée par l'organe administratif objet du recours devant lui, ni à son caractère contraignant. L'appréciation du juge se concentre sur les effets matériels de cette mesure sur la situation juridique du justiciable afin de lui garantir la protection juridictionnelle surtout dans les situations où il risque une ingérence dans ses droits fondamentaux.

38. En **Irlande**, ont ainsi été considérés comme recevables des recours en révision judiciaire à l'encontre des rapports et des lignes directrices émis par des organes étatiques nonobstant le fait qu'ils étaient dépourvus de force obligatoire. À l'instar de l'approche **allemande**, le juge administratif irlandais veille à la protection des droits fondamentaux même dans les situations où la mesure en cause n'entraîne aucun effet concret sur les droits et les obligations du requérant. Il suffit, en effet, de démontrer que cette mesure représente une «ingérence potentielle» dans l'exercice des droits fondamentaux tels que le droit de la protection de la réputation de l'individu, le droit de choisir librement son avocat ou encore les procédures essentielles afin d'accéder à la justice.
39. Une légère différence par rapport à **l'Allemagne** (points 27 à 29 ci-dessus) peut être observée, en **Irlande**, en ce que la protection juridictionnelle effective à cet égard semble se limiter à la protection des droits fondamentaux des personnes physiques.
40. Par contre, au **Royaume-Uni**, la condition de l'affectation de la situation juridique du requérant – non limitée aux personnes physiques – semble plus extensive, en ce qu'un «intérêt général» suffit pour permettre, par exemple, de demander le contrôle d'un rapport de la Commission de la concurrence au sujet d'une fusion envisagée. Par analogie avec la **Belgique**, la **France** et **l'Italie** (voir notamment le point 7 ci-dessus), la *High Court* anglaise permet également de contester des avis non contraignants, voire préparatoires à une éventuelle décision administrative, lorsqu'il existe une forte probabilité qu'une autorité publique serait amenée à suivre l'avis en question.
41. À titre d'exemple, un avis rendu par le *General Medical Council*, selon lequel le requérant avait enfreint leur code disciplinaire, a été considéré par la Cour d'appel **anglaise** comme correspondant effectivement à une décision de portée individuelle destinée au requérant.



### 3.1.1. EXEMPLE D'UNE DIVERGENCE EN MATIÈRE DE RECEVABILITÉ DANS LE CADRE DES RECOURS RELEVANT DU DROIT DE LA CONCURRENCE

42. Eu égard aux parties précédentes de la présente note, des divergences d'approche peuvent être identifiées dans les différents ordres juridiques étudiés. Ainsi qu'il ressort de la deuxième partie, en **Espagne**, la communication de la Commission nationale de la concurrence sur la méthodologie de calcul des sanctions n'a été soumise qu'au contrôle indirect dans le cadre du recours contre la décision imposant la sanction (voir le point 35 ci-dessus). Le juge administratif a considéré cette communication comme étant contraire à la loi applicable et, en tout état de cause, comme étant dépourvue de tout effet contraignant. Ainsi qu'il ressort de la première partie, en **France**, une prise de position par l'Autorité de la concurrence a été reconnue par le juge administratif comme ayant, en réalité, le caractère d'une prescription individuelle et comme étant donc susceptible de contrôle par voie de recours direct (voir le point 23 ci-dessus). De manière analogue, en **Roumanie**, le juge administratif a reconnu un vrai caractère normatif à certains instruments émis par le Conseil de la concurrence (voir le point 18 ci-dessus). En revanche, en **Irlande**, les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence ont été reconnues tant par les parties que par le juge administratif comme étant dépourvues *de facto* et *de iure* d'effet contraignant. Le juge a néanmoins admis le recours direct à leur encontre en raison de la potentielle ingérence dans les droits des témoins devant l'Autorité de la concurrence.

### 3.2. «LEGITIMATE EXPECTATION» ET L'HYPOTHÈSE DE L'INSTRUMENT DE DROIT «SOUPLE» SE PRÉSENTANT ET ÉTANT PERÇU COMME UN VÉRITABLE ACTE ADMINISTRATIF

43. À l'instar des considérations figurant aux points 22 à 25 ci-dessus, il convient de signaler que le motif le plus fréquemment utilisé dans les pays de *Common Law* pour admettre la possibilité de recours juridictionnels dirigés contre des instruments tels que les circulaires, les lettres officielles ou les représentations des organes étatiques repose sur la «legitimate expectation». Une confiance naît souvent du fait

que les particuliers s'appuient sur ces instruments de droit «souple» et ne les distinguent pas toujours des vrais actes administratifs. On peut établir là un parallèle avec l'approche retenue en **Allemagne**, en **France** et en **Suède** en ce qui concerne les instruments présentant, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit. Dans ces cas, le requérant perçoit l'instrument ou la mesure attaqués comme un acte juridiquement contraignant.

44. [...] Il convient d'évoquer la possibilité dans les pays de *Common Law* de contester devant le juge administratif des orientations publiées par des autorités nationales et des ministères. Ces mesures sont particulièrement importantes dans le domaine de la protection de santé pour avertir le public d'un danger potentiel (en particulier les *guidance* et *non-statutory guidance*). La nature non contraignante d'un tel document n'a pas d'importance pour la recevabilité d'un éventuel recours. En effet, l'examen de la recevabilité porte alors plutôt sur l'importance du document en question soit pour l'autorité émettrice soit pour le destinataire. Les tribunaux administratifs se reconnaissent ainsi parfois compétents pour évaluer au fond la substance de ces documents, notamment lorsqu'ils contiennent des appréciations erronées de la loi applicable qui pourraient conduire à l'adoption de mesures illégales en vertu d'un tel document, solution qui aboutit en fait à admettre la recevabilité de tels recours. On rappellera à ce propos que la Cour suprême anglaise a jugé recevable un recours intenté à l'encontre d'une circulaire du ministère de la Santé selon laquelle la prescription d'un certain médicament était subordonnée à la consultation d'un médecin.

## CONCLUSIONS

45. L'analyse qui précède permet de tirer les conclusions suivantes pour les recours juridictionnels intentés à l'encontre d'instruments de droit «souple».
46. La totalité des ordres juridiques examinés permet, en principe, un contrôle des instruments de droit «souple» même si cela est à titre exceptionnel. Pour la

**Hongrie**, ce ne sera qu'à partir de 2018 qu'un contrôle de ces instruments pourrait être envisageable selon le régime à venir après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi administrative.

47. En outre, dix de ces États membres permettent un contrôle direct – que cela soit à titre exceptionnel ou non – des instruments de droit «souple» (à savoir, l'**Allemagne**, la **Belgique**, la **France**, l'**Irlande**, l'**Italie**, la **Lettonie**, la **République slovaque**, la **Roumanie**, le **Royaume-Uni** et la **Suède**).
48. La condition principale de recevabilité des recours se fonde sur la substance de la mesure attaquée, le juge administratif assurant en effet le contrôle des normes déguisées ou des décisions/actes administratifs de portée individuelle éventuellement contenus dans des instruments de droit «souple». Ainsi, sont, en principe, considérés comme recevables les recours contre les mesures produisant des effets juridiques malgré leur nomenclature et leur forme (tel est explicitement le cas pour ces dix États membres, à savoir l'**Allemagne**, la **Belgique**, la **France**, l'**Irlande**, l'**Italie**, la **Lettonie**, la **République slovaque**, la **Roumanie**, le **Royaume-Uni** et la **Suède**).
49. L'affectation de la situation juridique du requérant est un autre élément pertinent aux fins de l'évaluation de la recevabilité des recours formés contre des actes de droit «souple». À cet égard, certains États membres exigent la preuve d'effets matériels négatifs ou notables sur la situation du justiciable (dont la **France**, l'**Italie**, le **Royaume-Uni** et la **Suède**). D'autres États membres veillent à la prévention des ingérences dans les droits fondamentaux (dont l'**Allemagne**, l'**Irlande**, la **République slovaque** et, au moins historiquement la **Lettonie**). Dans ce dernier cas, sont également admis comme recevables les recours où l'acte juridique non contraignant est susceptible de porter atteinte aux droits fondamentaux. Ce contrôle s'étend aux actes qui sont dépourvus de portée individuelle comme, par exemple, des rapports. De cette manière, la considération de tels recours comme étant recevables équivaut à une forme de contrôle préventif des ingérences dans les droits fondamentaux. Ainsi, la jurisprudence admet la possibilité de contester un

instrument de droit «souple» qui est susceptible d'impliquer des ingérences dans la liberté professionnelle, le droit de propriété, le droit à la personnalité, la liberté de religion, ainsi que dans les libertés d'expression, de réunion et d'association.

50. Enfin, dans certains ordres juridiques, la garantie d'une protection juridictionnelle effective est invoqué en tant que motif principal au soutien de la recevabilité des recours contre des actes juridiques non contraignants (tel est explicitement le cas pour cinq États membres à savoir l'**Allemagne**, l'**Irlande**, l'**Italie**, le **Royaume-Uni** et la **Suède**). Sur la base d'une telle exigence, se fonde une approche convergente entre les pays de *Common Law* et certains systèmes de droit civil (dont notamment l'**Allemagne** et la **Suède**). *Ainsi, au stade de l'examen de la recevabilité du recours, la perception qu'a eu le requérant de l'instrument de droit «souple» en cause semble être prise en considération par une majorité des ordres juridiques concernés.* La perception d'un tel instrument comme acte contraignant et obligatoire peut alors soit fonder une action en *«legitimate expectation»*, soit donner un accès à la justice, afin de ne pas priver le requérant d'un recours, notamment lorsqu'il a agi en conformité avec l'instrument en cause.

[...]

## DROIT ALLEMAND

1. S'il est certes envisageable d'invoquer des mesures administratives non contraignantes dans le cadre de recours dirigés contre des actes administratifs contraignants<sup>1</sup>, un contrôle direct de telles mesures n'est pas prévu en règle générale. En effet, le système de protection juridictionnelle allemand est en principe conçu pour se limiter au contrôle de normes juridiques ainsi que des droits et obligations qui en découlent.<sup>2</sup> Ceci ne vaut cependant que dans les limites des exigences constitutionnelles quant au droit à une protection juridictionnelle effective.
2. À cet égard, il y a lieu de présenter la portée de la protection juridictionnelle en matière administrative sous l'angle du caractère contraignant de la mesure administrative en cause (I.), pour ensuite exposer les cas de figure dans lesquels des recours contre des mesures administratives relevant du droit "souple" ont été jugés recevables (II.).

### I. PORTÉE DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE EN MATIÈRE ADMINISTRATIVE ET CARACTÈRE CONTRAIGNANT D'UNE MESURE CONTESTÉE

3. En matière administrative, tout recours juridictionnel doit s'insérer dans le cadre des voies de recours prévues par le code du contentieux administratif (*Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO*)<sup>3</sup>, qui consacre l'action en annulation ou en injonction (*Anfechtungsklage/Verpflichtungsklage*)<sup>4</sup>, l'action en exécution d'une prestation ou en cessation (*Leistungsklage/Unterlassungsklage*) et, de manière subsidiaire, l'action en constatation de l'existence ou de l'inexistence d'une relation juridique (*Feststellungsklage*)<sup>5</sup>.
4. Par ailleurs, la VwGO connaît également le mécanisme d'un contrôle abstrait de légalité de normes infra-législatives (*Normenkontrollverfahren*)<sup>6</sup>, qui constitue une

<sup>1</sup> Notamment sous l'angle du principe d'égalité de traitement, dès lors que certaines circulaires administratives établissent une pratique administrative constante limitant la marge d'appréciation reconnue à l'administration, voir notamment *Bundesverwaltungsgericht* (Cour administrative fédérale), arrêt du 21 août 2003 – 3 C 49/02.

<sup>2</sup> Knauff, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, Mohr Siebeck, 2010, p 508, 511 et suiv.

<sup>3</sup> En ce sens *Bayerischer Verwaltungsgerichtshof* (tribunal administratif supérieur de Bavière), ordonnance du 12 décembre 2008 – 4 ZB 07.997, point 6, et *Bundesverwaltungsgericht*, arrêt du 26 janvier 1996 – 8 C 19/94, points 17 et suiv.

<sup>4</sup> Article 42, paragraphe 1, de la VwGO.

<sup>5</sup> Article 43, paragraphe 1, de la VwGO.

<sup>6</sup> Article 47 de la VwGO.

forme spécifique de l'action en constatation quant à la validité d'une norme juridique<sup>7</sup>.

5. S'agissant de la possibilité de contester directement un instrument de droit "souple" adopté par une autorité administrative, un recours en annulation suppose l'existence d'un acte administratif individuel (*Verwaltungsakt*), à savoir, une mesure adoptée par une autorité visant à régir un cas particulier en matière de droit public et visant à produire un effet juridique externe.<sup>8</sup> Or, au regard de ces critères, les instruments qualifiés de droit "souple" sont généralement dépourvus, soit d'un effet contraignant (*Regelungswirkung*) lorsqu'ils n'établissent ou ne constatent pas de droits au bénéfice ou d'obligations à la charge de leur destinataire, soit d'un effet externe à l'administration (*Außenwirkung*) lorsqu'ils s'adressent uniquement aux autorités administratives elles-mêmes et non à une personne physique ou morale en tant que titulaire de droits propres<sup>9</sup>.
6. Le contrôle de légalité des mesures ainsi soustraites au champ d'application du recours en annulation, qu'il s'agisse de circulaires administratives ou, plus généralement, d'actes matériels de l'administration (*Realakte*), ne peut donc être recherché qu'au titre des autres types de recours prévus par la VwGO, plus particulièrement de l'action en cessation, de l'action en constatation ou du contrôle abstrait de légalité des normes infra-législative.
7. Il importe, à cet égard, de relever qu'en vertu de l'article 19, paragraphe 4, première phrase, de la loi fondamentale, qui consacre le droit à une protection juridictionnelle effective, quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel. Par ailleurs, il ressort clairement de la jurisprudence allemande que les droits fondamentaux imposent l'exigence d'une protection juridictionnelle contre toute mesure administrative constitutive d'une ingérence illicite, indépendamment de sa forme juridique.<sup>10</sup>
8. En conséquence, dès lors qu'une personne est lésée dans ses droits par un acte de droit "souple" adopté par une autorité administrative allemande, alors même qu'il serait juridiquement non contraignant ou dépourvu d'effet extérieur, elle doit disposer d'une voie de recours. C'est dans de tels cas d'exception que la contestation d'un acte de droit "souple" est possible dans le cadre d'une des voies de recours susmentionnées.

---

<sup>7</sup> *Bundesverwaltungsgericht*, arrêt du 19 janvier 1984 - 3 C 88/82, point 27; la demande de contrôle peut être introduite par toute autorité administrative ainsi que par toute personne physique ou morale faisant valoir d'être lésée dans ses droits.

<sup>8</sup> Article 35 de la loi relative à la procédure administrative (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, VwVfG).

<sup>9</sup> Schenke, in Kopp/Schenke (dir.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, Anh § 42, points 25 et suiv., et 66.

<sup>10</sup> Voir *Bundesverwaltungsgericht*, arrêt du 23 mai 1989 - 7 C 2/87, point 48; voir également arrêt du 26 janvier 1996 - 8 C 19/94, point 18, dans lequel la juridiction apprécie, afin de se prononcer sur la recevabilité d'un recours contre une circulaire administrative, l'existence d'une ingérence dans les droits subjectifs de l'intéressé.

## II. LES POSSIBILITÉS DE CONTRÔLE PRINCIPAL D'ACTES DE DROIT "SOUPLE"

9. Un contrôle direct d'actes de droit "souple" est envisageable s'agissant des avertissements au public et individuels (A.) ainsi que de certaines circulaires administratives à caractère quasi-normatif (B.)

### A. LES AVERTISSEMENTS AU PUBLIC ET INDIVIDUELS

#### 1) CESSATION D'UN AVERTISSEMENT AU PUBLIC (ÖFFENTLICHE WARNUNG)

10. Un avertissement au public est une déclaration émise par une autorité administrative visant à mettre en garde le public contre, par exemple, des risques liés à certains produits ou à certaines activités.<sup>11</sup> Cette mesure n'a pas d'effet juridique contraignant.
11. La jurisprudence admet la possibilité de contester un tel avertissement par le biais d'un recours en cessation, dès lors qu'un avertissement portant sur certains produits peut impliquer des ingérences dans la liberté professionnelle et du droit de propriété<sup>12</sup>, et un avertissement portant sur certaines activités étant susceptibles de porter atteinte au droit à la personnalité, à la liberté de religion et de croyance, ainsi qu'aux libertés d'expression, de réunion et d'association<sup>13</sup>. Les personnes établissant un tel risque d'ingérence dans leurs droits fondamentaux peuvent demander à ce qu'il soit enjoint aux autorités concernées de s'abstenir d'un tel avertissement ou de cesser sa diffusion.
12. S'agissant du bien-fondé du recours, le contrôle exercé par la juridiction administrative porte sur la compétence de l'autorité émettrice, l'existence d'une

<sup>11</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, C.H.Beck, 12<sup>ème</sup> édition 1999, p. 400.

<sup>12</sup> Voir notamment *Bundesverwaltungsgericht*, arrêts du 18 octobre 1990 – 3 C 2/88 (publication par le ministère de la Santé d'une liste de vins, assortie des producteurs respectifs, contenant une substance chimique utilisée comme antigélant et solvant), du 18 avril 1985 – 3 C 34/84 (publication d'une liste présentant la composition de certains produits pharmaceutiques au titre d'une opération de "transparence") et du 22 novembre 2014 – 3 C 27/13 (avertissement ministériel concernant les cigarettes électroniques); *Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen* (tribunal administratif supérieur de Rhénanie-du-Nord-Westphalie), ordonnances du 3 avril 2014 – 13 B 1309/13 (avertissement concernant l'utilisation de certains implants mammaires en silicone); *Bayerischer Verwaltungsgerichtshof*, ordonnance du 9 janvier 2012 – 12 CE 11.2700 (publication sur Internet de rapports d'audits portant sur des établissements de soins). Voir également *Sächsisches Oberverwaltungsgericht* (tribunal administratif supérieur de Saxe), ordonnance du 18 juin 2014 – 3 B 59/14 (publication d'une expertise résumant les attentes du public concernant une certaine catégorie de produits).

<sup>13</sup> Voir notamment *Bundesverwaltungsgericht*, arrêt du 23 mai 1989, supra note 10 (information ministérielle concernant les activités du mouvement de "méditation transcendantale", qualifié de secte); *Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen*, ordonnance du 12 juillet 2007 - 15 B 1099/05 (appel du maire d'une commune à participer à une manifestation contre un parti soupçonné d'activités d'extrême droite).

base juridique suffisante et le respect des principes généraux de l'action administrative, à savoir, l'interdiction de l'arbitraire, le principe de proportionnalité et le principe d'objectivité.<sup>14</sup> Dès lors qu'un avertissement s'apparente, par ses effets, à une mesure d'interdiction, il doit être conforme au droit matériel susceptible de justifier une telle mesure de police.<sup>15</sup>

## 2) CONSTATATION DE L'ILLÉGALITÉ D'UN AVERTISSEMENT INDIVIDUEL

13. Outre les avertissements au public, l'administration peut également, dans certains cas, adresser, par écrit ou de manière orale, des avertissements individuels à des particuliers sous forme d'un rappel à la loi leur suggérant de s'abstenir, dans une situation concrète, d'un certain comportement qui serait contraire à l'ordre public (*Gefährderanschreiben / Gefährderansprache*). Cet instrument est notamment utilisé en amont de manifestations politiques et d'événements sportifs ainsi qu'à l'encontre de jeunes multirécidivistes.<sup>16</sup> Un tel acte se caractérise par l'absence d'effet contraignant, dès lors qu'il ne comporte pas d'injonction véritable de procéder à ou de s'abstenir d'un certain comportement.<sup>17</sup>
14. Un tel avertissement peut faire l'objet d'un contrôle de légalité dans le cadre d'un recours en constatation, dans la mesure où la relation juridique dont l'existence ou l'inexistence est à constater peut être fondée sur un acte matériel susceptible de constituer une ingérence dans les droits fondamentaux du destinataire. Ainsi, s'agissant de la première affaire dans laquelle un tel contrôle a été admis, le requérant, affilié à un mouvement d'extrême-gauche et ayant dans le passé participé à des manifestations politiques, avait reçu une lettre des autorités de police lui suggérant de ne pas participer à des manifestations dans le contexte d'un sommet du Conseil européen à Bruxelles. Afin de déclarer le recours recevable en constatant l'existence d'une relation juridique entre le requérant et les autorités émettrices, la juridiction administrative a relevé que l'avertissement avait, conformément à l'intention des autorités émettrices, influencé l'exercice des libertés d'expression et de réunion du requérant, dès lors qu'il faisait état du comportement antérieur du

<sup>14</sup> Voir notamment *Bundesverwaltungsgericht*, ordonnance du 11 novembre 2010 – 7 B 54/10, point 14, et arrêt du 23 mai 1989, supra note 10, point 58.

<sup>15</sup> *Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen*, ordonnance du 23 avril 2012 – 13 B 127/12, point 18 et suiv. (avertissement émis par le ministère de la Santé à l'encontre de cigarettes électroniques; la requérante ayant établi l'existence d'un risque avéré de pertes économiques importantes, l'avertissement a été jugé illégal en raison de l'absence de base juridique d'une mesure d'interdiction dans la législation alimentaire et relative aux produits pharmaceutiques).

<sup>16</sup> Hebler, *Die Gefährderansprache*, NVwZ 2011, p. 1364.

<sup>17</sup> En revanche, si tel est le cas, notamment parce que les comportements visés sont énumérés de manière détaillée et assortis des mesures de police envisageables, il s'agit d'un acte administratif contraignant, qui peut être contesté par le biais d'un recours en annulation, voir *Oberverwaltungsgericht des Landes Sachsen-Anhalt* (tribunal administratif supérieur de Saxe-Anhalt), arrêt du 21 mars 2012 – 3 L 341/11, point 30.



requérant ainsi que des mesures de police envisageables à son encontre en cas de participation aux manifestations en cause.<sup>18</sup>

15. Dans le cadre du contrôle, il convient de prendre en compte notamment les libertés d'expression, de réunion, d'association et, de manière plus générale, de se déplacer librement<sup>19</sup>, ainsi que la liberté professionnelle<sup>20</sup>.
16. Le contrôle juridictionnel exercé porte, à l'instar d'actes administratifs individuels contraignants adoptés dans l'exercice des pouvoirs de police, sur la compétence de l'autorité émettrice, l'existence d'une base juridique suffisante et le respect du principe de proportionnalité.<sup>21</sup>

#### B. CONTRÔLE DIRECT DE CERTAINES CIRCULAIRES ADMINISTRATIVES

17. Le mécanisme du contrôle abstrait de légalité, prévu à l'article 47 de la VwGO, est en principe limité aux normes infra-législatives, à savoir, en particulier, les règlements et les documents d'urbanisme. Ceci exclut en principe les actes juridiquement non contraignants, plus particulièrement les circulaires administratives (*Verwaltungsvorschriften*), à savoir, des instructions générales et abstraites internes à l'administration, qui sont dépourvues d'effet externe à cette dernière dans la mesure où elles se limitent à réglementer l'action de certaines autorités subordonnées.<sup>22</sup>
18. Ainsi, sont irrecevables des demandes de contrôle portant sur des circulaires établissant certaines informations d'ordre scientifique afin de faciliter l'action de l'administration ou sur des circulaires interprétant ou concrétisant des dispositions législative ou réglementaire, orientant et limitant ainsi la marge d'appréciation de l'administration.<sup>23</sup>

<sup>18</sup> *Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht* (tribunal administratif supérieur de Basse-Saxe), arrêt du 22 septembre 2005 – 11 LC 51/04, points 24 et suiv., spéc. 27. Pour une approche similaire quant à la recevabilité d'un recours en constatation contre un avertissement par lequel une autorité de police avait suggéré à une personne ayant été condamnée pour abus sexuels envers des enfants de s'éloigner d'un groupe d'enfants, voir *Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen*, ordonnance du 22 août 2016 – 5 A 2532/14.

<sup>19</sup> Voir *Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht*, supra note 18.

<sup>20</sup> Voir *Hessischer Verwaltungsgerichtshof* (tribunal administratif supérieur de Hesse), ordonnance du 28 novembre 2011 – 8 A 199/11.Z (avertissement adressé au gérant d'une société de recouvrement de créances concernant les conséquences pénales liées au recouvrement de créances issues de jeux illicites).

<sup>21</sup> *Niedersächsisches Oberverwaltungsgericht*, supra note 18, points 34 et suiv.

<sup>22</sup> *Bundesverwaltungsgericht*, ordonnance du 25 septembre 2012 – 3 BN 1/12, point 4.

<sup>23</sup> *Bundesverwaltungsgericht*, Urt. v. 26.01.1996 - 8 C 19.94 point 18; *Oberverwaltungsgericht für das Land Schleswig-Holstein* (tribunal administratif supérieur de Schleswig-Holstein), ordonnance du 28 avril 1999 – 2 K 15/98, points 5 et suiv.; voir également *Bayerischer Verwaltungsgerichtshof*, ordonnance du 12 décembre 2008 – 4 ZB 07.997, point 6, qui constate l'irrecevabilité d'un recours en constatation dirigé contre une circulaire administrative.

19. Cependant, il ressort de la jurisprudence que la recevabilité d'une demande de contrôle ne saurait être appréciée uniquement au regard de critères formels.<sup>24</sup> Ainsi, le contrôle d'une circulaire administrative est possible lorsqu'il s'agit d'un acte produisant, nonobstant sa qualité de circulaire, un effet externe direct pour le citoyen, comparable à celui produit par une norme. Un simple effet externe factuel n'est toutefois pas suffisant, il est nécessaire que la circulaire vise délibérément à produire un effet externe juridique. Tel est le cas notamment lorsqu'une disposition législative prévoit expressément ou implicitement d'être complétée par une telle circulaire.<sup>25</sup> En d'autres termes, il faut que la circulaire se substitue à une norme<sup>26</sup>, qu'elle ait, au regard de son contenu, un effet quasi-normatif<sup>27</sup> en ce sens que l'application des dispositions normatives est impossible sans l'apport des éléments contenus dans la circulaire, conformément à l'intention du législateur<sup>28</sup>.
20. Ainsi, ont été déclarées recevables des demandes de contrôle d'une circulaire prévoyant les barèmes d'attribution d'allocations sociales, concrétisant les modalités du droit à la prestation sur la base de la législation pertinente en matière de sécurité sociale<sup>29</sup>, d'une circulaire fixant les modalités d'octroi de prestations médicales gratuites<sup>30</sup> et d'une circulaire fixant les modalités d'octroi de subventions en matière de construction de maisons<sup>31</sup>. Les circulaires concernées portent, de manière générale, sur des domaines relevant de l'accès à certaines prestations publiques. Les circulaires en matière fiscale ne semblent pas avoir fait l'objet de jurisprudence similaire.
21. Il semble exister une tendance jurisprudentielle à élargir la possibilité d'accéder à un contrôle de circulaires au regard de l'exigence d'une protection juridique effective. Ainsi, la jurisprudence a également reconnu un effet externe contraignant à des circulaires établissant les critères d'octroi d'un titre de séjour dans des cas

<sup>24</sup> *Bundesverwaltungsgericht*, ordonnance du 25 septembre 2012 – 3 BN 1/12, point 4.

<sup>25</sup> *Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen* (tribunal administratif supérieur de Brême), arrêt du 6 juillet 2016 – 2 D 34/12, point 31.

<sup>26</sup> *Oberverwaltungsgericht des Saarlandes* (tribunal administratif supérieur de la Sarre), ordonnance du 15 octobre 2001 – 1 U 1/12, point 19: "'normsubstituierende' Aussagen".

<sup>27</sup> Schenke, in Kopp/Schenke, § 47 point 29.

<sup>28</sup> En ce sens, *Bundesverwaltungsgericht* du 25 novembre 1993 – 5 N 1/92, point 11.

<sup>29</sup> *Bundesverwaltungsgericht*, arrêts du 25 novembre 1993 – 5 N 1/92, points 11 et suiv., et du 25 novembre 2011 – 5 CN 1/03, points 21 et suiv.; *Oberverwaltungsgericht der Freien Hansestadt Bremen*, arrêt du 9 avril 1991 – 2 N 1/90, points 41 et suiv.

<sup>30</sup> *Bundesverwaltungsgericht*, arrêt du 27 novembre 2003 – 2 C 38/02, points 12 et suivants.

<sup>31</sup> *Oberverwaltungsgericht des Saarlandes*, ordonnance du 15 octobre 2001, supra note 26, point 19; à cet égard, voir également Rodi, *Die Subventionsrechtsordnung*, Mohr Siebeck, 2000, p. 522, qui constate que de telles circulaires établissent à elles seules les critères matériels d'attribution des subventions.

exceptionnels liés aux intérêts supérieurs de l'État<sup>32</sup> ainsi qu'à des circulaires fixant certains taux d'émissions en matière d'environnement<sup>33</sup>.

22. S'agissant de la portée du contrôle exercé, le juge administratif opère un contrôle équivalent à celui dont ferait l'objet une norme au sens propre. Ce contrôle porte autant sur les aspects de légalité externe, plus particulièrement en ce qui concerne la compétence de l'autorité émettrice et le respect des exigences de forme et de procédure, que de légalité interne, notamment le respect du principe de proportionnalité, tout en tenant compte d'une large marge d'appréciation de l'administration.<sup>34</sup>

### III. CONCLUSION

23. La possibilité de contester directement une mesure relevant du droit "souple", à savoir, dénuée d'effet contraignant ou d'effet externe à l'administration, doit, de manière générale, être considérée comme un cas de figure exceptionnel.
24. Cependant, en vertu des garanties constitutionnelles, à savoir, du droit à une protection juridictionnelle effective et, plus généralement, des droits fondamentaux, un recours administratif doit être disponible dès lors que la personne concernée par une telle mesure établit le risque d'une ingérence dans ses droits subjectifs, plus particulièrement ses droits fondamentaux.
25. Ainsi, ont été considérés recevables, selon des modalités procédurales différentes, des recours dirigés contre des avertissements émanant d'autorités publiques, adressés soit au public soit directement à des particuliers. En outre, ont également été déclarés recevables des recours contre des circulaires administratives produisant des effets quasi-normatifs, plus particulièrement dans la mesure où elles fixent à elles seules les conditions d'accès à certaines prestations publiques.
26. En ce qui concerne le contrôle de légalité exercé dans le cadre des recours jugés recevables, celui-ci revêt une portée comparable au contrôle exercé contre une mesure administrative contraignante, autant en ce qui concerne les aspects de légalité interne qu'externe.

[...]

<sup>32</sup> *Bayerischer Verwaltungsgerichtshof*, arrêt du 15 novembre 2010 – 19 BV 10.871, point 19.

<sup>33</sup> *Bundesverwaltungsgericht*, arrêts du 20 décembre 1999 – 7 C 15/98, points 9 et suiv.

<sup>34</sup> Sur ce dernier point, voir Knauff, supra note 2, p. 358.

## DROIT BELGE

### I. INTRODUCTION

- 1 En droit belge, le contentieux relatif à l'annulation d'actes administratifs relève, en règle générale, de la compétence du Conseil d'État<sup>1</sup>. Ainsi, la question de la recevabilité de recours juridictionnels visant des instruments de droit "doux" adoptés par des autorités administratives belges sera analysée, dans la présente étude, à l'aune de la jurisprudence du Conseil d'État belge.

### II. LE CADRE JURIDIQUE

- 2 L'article 14, paragraphe 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État dispose que:

"Si le contentieux n'est pas attribué par la loi à une autre juridiction, la section [du contentieux administratif] statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements:

1° des diverses autorités administratives; [...]"

- 3 L'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État dispose que:

"La section du contentieux administratif est seule compétente pour ordonner par arrêt, les parties entendues ou dûment appelées, la suspension de l'exécution d'un acte ou d'un règlement susceptible d'être annulé en vertu de l'article 14, §§ 1<sup>er</sup> et 3, et pour ordonner toutes les mesures nécessaires afin de sauvegarder les intérêts des parties ou des personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire.

[...]"

### III. RECOURS CONTRE DES ACTES ADMINISTRATIFS NON OBLIGATOIRES

#### A. RÈGLE GÉNÉRALE: IRRECEVABILITÉ DES RECOURS CONTRE DES ACTES NON OBLIGATOIRES

- 4 Les conditions de recevabilité des recours en annulation introduits devant le Conseil d'État sont d'ordre public<sup>2</sup>. Il s'ensuit que, même à défaut de fin de non-recevoir soulevée par l'administration, la recevabilité des recours en annulation

<sup>1</sup> Voir, à cet égard, Bouvier, P., Born, R., Cuvelier, B. et Piret, F., *Éléments de droit administratif*, 2<sup>ème</sup> édition, Larcier 2013, p. 345 et 346.

<sup>2</sup> Salmon, J., Jaumotte, J. et Thibaut, E., *Le Conseil d'État de Belgique*, Volume 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, point 241.

introduits contre des actes administratifs non obligatoires sera, en principe, examinée d'office par le Conseil d'État<sup>3</sup>.

- 5 En vertu d'une jurisprudence constante du Conseil d'État, seuls les actes administratifs obligatoires sont susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation. Les recours en annulation ne peuvent, dès lors, viser des actes administratifs individuels ou réglementaires que lorsque ceux-ci produisent des effets de droit de nature à faire immédiatement grief aux intéressés ou, du moins, à certains d'entre eux<sup>4</sup>.
- 6 Dans la mesure où seuls les actes susceptibles d'annulation peuvent faire l'objet d'une demande en suspension devant le Conseil d'État<sup>5</sup>, les actes administratifs non obligatoires ne sont, en règle générale, également pas susceptibles de recours en suspension.
- 7 Il s'ensuit que les actes administratifs qui sont destinés à faire connaître le point de vue de l'administration sur un certain point sans affecter immédiatement l'ordre juridique en général et la situation juridique du requérant en particulier, ne sont pas susceptibles de recours en annulation et ne peuvent également pas faire l'objet d'un recours en suspension devant le Conseil d'État.

## B. MISE EN ŒUVRE DE LA RÈGLE GÉNÉRALE

### 1. AVIS ET DÉCISIONS NON OBLIGATOIRES

- 8 Le recours en annulation contre un avis non contraignant émis par un organisme, une autorité ou un fonctionnaire en préparation de l'adoption d'un acte administratif par l'autorité administrative investie du pouvoir de décider est irrecevable. Ce principe a été confirmé dans un arrêt récent du Conseil d'État, déclarant irrecevable le recours dirigé contre l'avis d'un fonctionnaire délégué concernant un certificat d'urbanisme, dans la mesure où cet avis ne constituait qu'un acte préparatoire pour la délivrance dudit certificat d'urbanisme par l'autorité administrative compétente<sup>6</sup>.
- 9 Dans le même sens, le Conseil d'État a jugé, dans un arrêt du 6 avril 2004, qu'une décision de la "Commission des droits de l'élève", par laquelle celle-ci avait "statué en droit sur le droit d'inscription" d'un élève dans une école, ne constitue pas un acte susceptible d'annulation, puisqu'il s'agit d'une décision qui n'est pas

<sup>3</sup> Voir, notamment, Conseil d'État, arrêt n° 234.857 du 25 mai 2016, point 6, disponible sous le lien suivant: <http://www.raadvst-consetat.be>. Toutefois, le Conseil d'État peut également choisir de rejeter au fond un recours irrecevable sans se prononcer sur l'irrecevabilité du recours. Voir, à cet égard, Salmon/Jaumotte/Thibaut, *o.c.* (fn. 2), p. 519, note de bas de page n° 1.

<sup>4</sup> Salmon/Jaumotte/Thibaut, *o.c.* (fn. 2), point 243.

<sup>5</sup> Article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État.

<sup>6</sup> Voir, notamment, Conseil d'État, arrêt n° 231.538 du 11 juin 2015, disponible sous le lien suivant: <http://www.raadvst-consetat.be>.

obligatoire et qui n'oblige en rien la direction de l'école et le gouvernement flamand, ou ne limite pas leur pouvoir d'appréciation<sup>7</sup>.

- 10 Une argumentation similaire a été retenue quant aux instructions données par une autorité administrative concernant l'application de dispositions normatives qu'il ne lui appartient pas de modifier. Ainsi, s'agissant d'un recours en suspension introduit contre l'instruction d'un ministre à son administration d'assurer, avec effet immédiat, le respect total d'un arrêté gouvernemental relatif à la lutte contre le bruit généré par le trafic aérien, le Conseil d'État a constaté que cette instruction mettait fin à une instruction ministérielle antérieure de suspendre toutes les procédures prévues par l'arrêté gouvernemental précité concernant la verbalisation d'infractions commises pendant la nuit. Or, dans la mesure où cette instruction antérieure n'impliquait, ni ne pouvait impliquer aucune modification des dispositions normatives de l'arrêté gouvernemental précité, la révocation d'un tel acte ne pouvait pas davantage entraîner une modification de l'ordre juridique. Le Conseil d'État en a conclu que l'instruction attaquée ne constituait pas un acte attaquant au sens de l'article 14, alinéa 1<sup>er</sup>, des lois coordonnées sur le Conseil d'État<sup>8</sup>.
- 11 Néanmoins, lorsque des actes administratifs présentés comme non contraignants constituent, en réalité, des actes contraignants et, par conséquent, obligatoires, ceux-ci peuvent faire l'objet d'un recours en annulation. Ainsi, le Conseil d'État a confirmé, dans un arrêt du 6 avril 1992, qu'un avis obligatoire pour l'autorité administrative appelée à statuer à sa suite constitue un acte susceptible de recours en annulation<sup>9</sup>.
- 12 En outre, il convient de signaler que les irrégularités affectant un avis non contraignant adopté en préparation d'une décision administrative obligatoire peuvent être invoquées à l'appui d'un recours en annulation intenté contre ladite décision administrative<sup>10</sup>.

## 2. CIRCULAIRES ADMINISTRATIVES

- 13 Les principes évoqués ci-dessus déterminent également la jurisprudence du Conseil d'État dans le contentieux relatif à l'annulation des circulaires administratives.

<sup>7</sup> Conseil d'État, arrêt n° 130.168 du 6 avril 2004, disponible sous le lien suivant: <http://www.raadvst-consetat.be>.

<sup>8</sup> Conseil d'État, arrêt n° 136.378 du 21 octobre 2004, disponible sous le lien suivant: <http://www.raadvst-consetat.be>.

<sup>9</sup> Conseil d'État, arrêt n° 39.170 du 6 avril 1992, sommaire disponible sous le lien suivant: [www.jura.be](http://www.jura.be). En l'espèce, le Conseil d'État a jugé que l'autorité appelée à statuer sur une demande de permis de bâtir était liée par l'avis prévu à cet égard si cet avis était défavorable, tandis qu'elle ne l'était pas si ledit avis était favorable.

<sup>10</sup> Voir, à cet égard, Salmon/Jaumotte /Thibaut, *o.c.* (fn. 2), point 253.1.4.

- 14 Ainsi, il est désormais de jurisprudence constante que, afin qu'une circulaire puisse faire l'objet d'un recours en annulation, trois critères cumulatifs doivent être réunis<sup>11</sup>:
- la circulaire doit contenir des règles nouvelles et pas uniquement informer son destinataire ou lui proposer une interprétation non contraignante des règles en vigueur;
  - la circulaire doit rendre ces nouvelles règles obligatoires et être rédigée à cet effet en des termes impératifs;
  - l'auteur de la circulaire doit disposer du pouvoir d'imposer sa volonté au destinataire de son texte et de le sanctionner le cas échéant.
- 15 Il s'ensuit, qu'est irrecevable, le recours en annulation visant une circulaire:
- qui ne constitue qu'un commentaire d'une réglementation en vigueur au moment où elle a été émise<sup>12</sup>,
  - qui vise uniquement à offrir un fil conducteur pour l'interprétation et l'application des diverses prescriptions en matière d'aménagement du territoire<sup>13</sup>, ou
  - dont l'unique objectif est d'informer les communes de l'évolution de la jurisprudence concernant les taxes communales sur les antennes G.S.M., et ce, afin de leur épargner des frais de justice inutiles<sup>14</sup>.

#### IV. CONCLUSION

- 16 En droit belge, les actes administratifs ne présentant pas de caractère obligatoire ne sont, en règle générale, pas susceptibles de recours en annulation devant le Conseil d'État. De tels actes ne peuvent également pas faire l'objet d'un recours en suspension devant ladite juridiction suprême.

[...]

---

<sup>11</sup> Conseil d'État, arrêt n° 237.674 du 16 mars 2017, point C.1, disponible sous le lien suivant: <http://www.raadvst-consetat.be>. Voir également, Conseil d'État, arrêt n° 234.857 du 25 mai 2016, point 7, disponible sous le lien suivant: <http://www.raadvst-consetat.be>; Conseil d'État, arrêt n°234.236 du 22 mars 2016, point 13, disponible sous le lien suivant: <http://www.raadvst-consetat.be>.

<sup>12</sup> Conseil d'État, arrêt n° 61.412 du 3 septembre 1996.

<sup>13</sup> Conseil d'État, arrêt n° 120.804 du 3 mai 2007, disponible sous le lien suivant: <http://www.raadvst-consetat.be>.

<sup>14</sup> Conseil d'État, arrêt n° 204.998 du 10 juin 2010, disponible sous le lien suivant: <http://www.raadvst-consetat.be>.

## DROIT ESPAGNOL

### I. LE CARACTÈRE IRRECEVABLE DES RECOURS VISANT DES INSTRUMENTS DE DROIT "SOUPLE"

1. La Cour suprême (*Tribunal Supremo*) et les autres juridictions espagnoles ne semblent pas avoir, jusqu'à ce jour, été amenées à trancher directement la question de savoir si, en droit espagnol, les recours juridictionnels intentés à l'encontre d'instruments de droit "souple" sont recevables. Cependant, l'examen des dispositions relatives à la recevabilité des recours juridictionnels visant les actes adoptés par des autorités administratives, dénommés "recours contentieux administratifs" (*recursos contencioso-administrativos*), semble mener à la conclusion qu'un éventuel recours contre un instrument de droit "souple" serait considéré comme irrecevable par les juridictions espagnoles.

#### A. ACTES ADMINISTRATIFS POUVANT ÊTRE ATTAQUÉS AU MOYEN D'UN RECOURS CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

2. Les dispositions concernant la recevabilité des recours contentieux administratifs sont prévues aux articles 25 et suivants de la loi 29/1998, du 13 juillet 1998, relative au contentieux administratif<sup>1</sup> (ci-après la "loi 29/1998"). Ces articles définissent l'objet du recours contentieux administratif et, plus précisément, détaillent quels sont les actes administratifs attaquables au moyen de ce recours.
3. L'article 25 de la loi 29/1998 prévoit, en son paragraphe 1<sup>er</sup>, que le recours contentieux administratif est recevable concernant les dispositions à caractère général, ainsi que contre les actes explicites et implicites de l'administration publique qui mettent fin à la voie administrative, qu'ils soient définitifs ou préparatoires, si ces derniers tranchent, directement ou indirectement, le fond de l'affaire, entraînent l'impossibilité de poursuivre la procédure ou de se défendre, ou occasionnent des préjudices irréparables à des droits ou à des intérêts légitimes. En vertu du paragraphe 2 du même article, le recours contentieux administratif est également recevable, sous certaines conditions, en cas d'inactivité de l'administration ainsi que s'agissant des activités matérielles de celle-ci constituant une voie de fait.
4. Aux termes de l'article 26, paragraphe 1, de la loi 29/1998, est également recevable le recours contentieux administratif formé à l'encontre des actes administratifs adoptés en application d'une disposition à caractère général et fondé sur l'illégalité de celle-ci. Enfin, selon l'article 28 de ladite loi, le recours contentieux administratif est irrecevable s'agissant d'actes administratifs qui ne font que reproduire un acte antérieur devenu définitif ou d'actes confirmatoires d'un acte devant être considéré comme consenti, c'est-à-dire, n'ayant pas fait l'objet d'un recours formé dans le respect des délais et en bonne et due forme.

---

<sup>1</sup> *Boletín oficial del Estado* n° 167, du 14 juillet 1998, p. 23516.



B. LE CONTRÔLE DE LÉGALITÉ DES INSTRUMENTS DE DROIT "SOUPLE": VOIES DE RECOURS INDIRECTES

5. C'est au regard des dispositions précitées que la doctrine a défendu le caractère non attaquant des instruments de droit "souple", dans la mesure où ils ne relèvent d'aucune des catégories visées par les articles 25 et suivants de la loi 29/1998, à savoir les dispositions à caractère général et les actes administratifs<sup>2</sup>. Un recours formé contre un instrument de ce type devrait donc être déclaré irrecevable<sup>3</sup>. Dans ces circonstances, et dès lors que ces instruments ne peuvent être directement attaqués au moyen d'un recours contentieux administratif, la seule possibilité ouverte au justiciable serait de les attaquer indirectement, dans le cadre d'un recours contentieux administratif intenté soit contre une disposition de droit "dur" ayant été interprétée à la lumière d'un instrument de droit "souple", soit contre un acte administratif ayant été adopté sur la base ou à l'aune d'un tel instrument<sup>4</sup>.
6. À ce sujet, il sera noté que des exemples d'un tel contrôle indirect peuvent être retrouvés dans la jurisprudence espagnole.
7. En effet, la Cour suprême a constaté à plusieurs reprises le caractère illégal de certaines décisions adoptées par l'autorité espagnole en matière de concurrence, la Commission nationale de la concurrence (*Comisión Nacional de Competencia*<sup>5</sup>, ci-après la "CNC"), par lesquelles celle-ci fixait le montant de sanctions découlant d'infractions aux règles en matière de concurrence sur la base des critères prévus dans un instrument de droit "souple", à savoir la communication de la CNC du 6 février 2009, relative à la fixation du montant des sanctions découlant d'infractions des articles 1 et 2 de la loi 15/2007, du 3 juillet 2007, relative à la protection de la concurrence, ainsi que des articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne<sup>6</sup> (ci-après la "communication du 6 février 2009").
8. Ainsi, par exemple, dans son arrêt du 29 janvier 2015<sup>7</sup>, la Cour suprême a jugé qu'il y avait lieu d'annuler les sanctions imposées par la CNC en ce que la méthode utilisée pour le calcul de la sanction imposée à la société requérante au principal,

---

<sup>2</sup> Voir, à cet égard, Sarmiento, D., *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson/Civitas, 2008, p. 91 à 94.

<sup>3</sup> Voir, par exemple, Fernández Montalvo, R., "Artículo 69", dans Espín Templado, E. (coord.), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 450, qui affirme que les actes dépourvus d'effet obligatoire ne sont pas attaquant, les recours intentés à leur égard devant partant être déclarés irrecevables en vertu de l'article 69, sous c), de la loi 29/1998.

<sup>4</sup> Sarmiento, D., *op. cit.*, p. 211.

<sup>5</sup> Qui entre-temps a été renommée: il s'agit aujourd'hui de la Commission nationale des marchés et de la concurrence (*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*).

<sup>6</sup> *Boletín oficial del Estado* n° 36, du 11 février 2009, p. 14654.

<sup>7</sup> Arrêt de la Cour suprême du 29 janvier 2015 (ECLI:ES:TS:2015:112).

bien qu'étant fondée sur la communication du 6 février 2009, était incompatible avec les dispositions en matière de calcul du montant des sanctions prévues notamment par l'article 63 de la loi 15/2007, du 3 juillet 2007, relative à la protection de la concurrence<sup>8</sup> (ci-après la "loi 15/2007"). À cet égard, la Cour suprême a noté que la méthode retenue par la CNC dans sa communication du 6 février 2009 était contraire, d'une part, à la teneur littérale dudit article 63 de la loi 15/2007 et, d'autre part, aux garanties constitutionnelles et aux principes caractérisant le droit répressif espagnol pour ce qui est de la prédétermination par la loi des sanctions, et ce en matière aussi bien pénale qu'administrative. Dès lors, la Cour suprême a souligné que les limites prévues par la loi en matière de sanctions ne sauraient être modifiées par des dispositions à caractère réglementaire, en rajoutant que, en tout état de cause, la CNC ne dispose pas de pouvoir réglementaire et que ses communications "sont dépourvues de nature réglementaire ainsi que de caractère contraignant *ad extra*"<sup>9</sup>. La Cour suprême a enfin salué les efforts réalisés par la CNC dans sa communication du 6 février 2009, en ce qu'elle tentait d'améliorer la prédictibilité des sanctions tout en assurant un équilibre entre l'obligation de fixer des sanctions dissuasives et le respect du principe de proportionnalité. Cependant, la Cour suprême a noté que les lacunes de la loi 15/2007 à cet égard ne sauraient être comblées par "une simple communication adoptée par une autorité dépourvue de pouvoir réglementaire en la matière"<sup>10</sup>.

9. La Cour suprême a confirmé cette approche dans de nombreux arrêts postérieurs, tel que, par exemple, son arrêt du 24 février 2017<sup>11</sup>. Cette ligne jurisprudentielle constitue donc un exemple démontrant que le droit "souple", bien que n'ayant pas fait directement l'objet de recours contentieux administratifs, peut être mis en cause indirectement dans le cadre de recours formés contre des actes administratifs. En effet, comme le prouvent les arrêts de la Cour suprême relatifs à la communication de la CNC du 6 février 2009, dans un recours intenté contre un acte administratif, il est possible d'examiner indirectement la validité d'un instrument de droit "souple", dès lors que celui-ci constitue le fondement des questions litigieuses relatives à l'acte administratif attaqué.

#### C. LES RECOURS CONTENTIEUX ADMINISTRATIFS VISANT LES CIRCULAIRES DE LA BANQUE D'ESPAGNE

10. Enfin, il convient de relever l'existence d'une règle spéciale concernant un instrument de droit "souple" *sui generis*, à savoir les circulaires de la Banque

---

<sup>8</sup> *Boletín oficial del Estado* n° 159, du 4 juillet 2007, p. 28848.

<sup>9</sup> Voir le 7<sup>ème</sup> motif de l'arrêt de la Cour suprême du 29 janvier 2015, précité.

<sup>10</sup> Voir le 9<sup>ème</sup> motif de l'arrêt de la Cour suprême du 29 janvier 2015, précité.

<sup>11</sup> Arrêt de la Cour suprême du 24 février 2017 (ECLI:ES:TS:2017:672).

d'Espagne. Le paragraphe 1 de l'article 3 de la loi 3/1994, du 1<sup>er</sup> juin 1994, relative à l'autonomie de la Banque d'Espagne<sup>12</sup>, prévoit que la Banque d'Espagne peut adopter des circulaires pour autant qu'une disposition normative l'y autorise expressément. Le paragraphe 2 du même article dispose, d'une part, que l'adoption de ces circulaires est soumise à des conditions équivalentes aux conditions prévues pour l'adoption de règlements par le Gouvernement et, d'autre part, que lesdites circulaires doivent faire l'objet d'une publication au journal officiel espagnol, le *Boletín oficial del Estado*. En outre, aux termes de cette même disposition, ces circulaires peuvent être attaquées directement au moyen d'un recours contentieux administratif introduit auprès de la chambre du contentieux administratif de la Cour nationale (*Audiencia Nacional*).

11. Cette dernière règle pourrait donc sembler, à première vue, une exception au principe selon lequel les instruments de droit "souple" ne peuvent pas faire l'objet d'un recours contentieux administratif. Cependant, eu égard aux caractéristiques particulières des circulaires de la Banque d'Espagne, ayant trait aussi bien à leur modalité d'adoption qu'à la possibilité, prévue par la loi, de former des recours contentieux administratifs à leur encontre, lesdites circulaires ne doivent pas être considérées comme des instruments de droit "souple", mais comme des instruments assimilables, en substance, aux dispositions réglementaires à caractère général<sup>13</sup>.

## II. LE RÔLE DU DROIT "SOUPLE" DANS LA JURISPRUDENCE ESPAGNOLE

12. Plusieurs arrêts récents prononcés par la Cour suprême permettent également de déceler certains indices quant à la question de savoir quel est le rôle que le droit "souple" peut être appelé à jouer dans l'ordre juridique espagnol. Deux conclusions à ce sujet semblent se dégager de la jurisprudence de la Cour suprême: d'une part, le droit "souple" peut parfois remplir une fonction en tant que paramètre d'interprétation du droit "dur"; d'autre part, le droit "souple" ne peut être invoqué en tant que paramètre de validité d'actes administratifs ou d'autres dispositions de droit "dur".

### A. LE DROIT "SOUPLE" EN TANT QUE PARAMÈTRE D'INTERPRÉTATION

13. La Cour suprême a reconnu, dans des arrêts relatifs à des domaines juridiques divers, que certains instruments de droit "souple" peuvent être pris en compte en tant que paramètre interprétatif d'actes de droit "dur". Or, le plus souvent, le droit

---

<sup>12</sup> *Boletín oficial del Estado* n° 131, du 2 juin 1994, p. 17400.

<sup>13</sup> Voir, en ce sens, Sarmiento, D., *op. cit.*, p. 129-130.

"souple" est invoqué par la Cour suprême non pas en tant qu'unique argument interprétatif, mais plutôt en tant que critère surabondant (*ad abundantiam*), c'est-à-dire pour étoffer une interprétation également fondée sur d'autres arguments tirés du droit "dur", voire de la jurisprudence.

14. Cette fonction interprétative se retrouve, par exemple, dans l'ordonnance de la Cour suprême du 8 mars 2017, en vertu de laquelle elle a fait droit à une demande de mesures provisoires visant à obtenir la suspension de la décision du Conseil des ministres du 20 janvier 2017, fixant des critères relatifs à l'établissement d'une liste de trois candidats au poste de juge à la Cour européenne des droits de l'homme. Cette demande de mesures provisoires a été introduite dans le cadre d'un recours contentieux administratif formé à l'encontre de ladite décision du Conseil des ministres par une association professionnelle de juges. Par son recours, cette association vise à ce que la Cour suprême annule un des critères prévus par ladite décision, fixant à 61 ans l'âge maximal des candidats pouvant être proposés par le Gouvernement espagnol. Par son ordonnance du 8 mars 2017, la Cour suprême a fait droit à la demande de mesures provisoires en se fondant, notamment, sur les lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe concernant la sélection des candidats pour le poste de juge à la Cour européenne des droits de l'homme, adoptées le 29 mars 2012. À cet égard, la Cour suprême a relevé que lesdites lignes directrices doivent être considérées "comme de la 'soft law' en ce qu'elles sont dépourvues d'effets juridiques contraignants [ainsi que de] caractère impératif". Néanmoins, elle a également affirmé, en se rattachant au raisonnement de la Cour dans l'arrêt Grimaldi, C-322/88, que ces lignes directrices "ne sont pas dépourvues d'effets juridiques dès lors que les juges nationaux sont tenus de les prendre en considération en vue de la solution des litiges, servant ainsi de critère interprétatif"<sup>14</sup>.
15. Dans le domaine du droit de l'environnement, la Cour suprême a également eu recours à des instruments de droit "souple" en tant que critères d'interprétation: par exemple, dans son arrêt du 18 mai 2016, elle s'est référée au "Guidance Document n° 2 on the harmonized free allocation methodology for the EU-ETS post 2012 - Guidance on allocation methodologies", publié par la Commission européenne le 14 avril 2011<sup>15</sup>, s'agissant de la méthode de calcul pour l'allocation des quotas d'émission de gaz à effet de serre. Après avoir relevé que ce document ne représente

---

<sup>14</sup> Voir le 9<sup>ème</sup> motif de l'ordonnance de la Cour suprême du 8 mars 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2042A). Il convient de noter que trois magistrats ont émis une opinion divergente dans laquelle, bien que s'opposant à l'octroi des mesures provisoires accordées par leurs collègues, ils se réfèrent à maintes reprises aux lignes directrices en tant que critère interprétatif de la décision du Conseil des ministres attaquée.

<sup>15</sup> Disponible sous le lien suivant: [https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/allowances/docs/gd2\\_allocation\\_methodologies\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/clima/sites/clima/files/ets/allowances/docs/gd2_allocation_methodologies_en.pdf)

pas la position officielle de la Commission et qu'il n'est pas juridiquement contraignant<sup>16</sup>, la Cour suprême a repris certaines des règles prévues par celui-ci afin d'étayer l'interprétation de la décision 2011/278/UE de la Commission, du 27 avril 2011, faite par les décisions du Conseil des ministres du 15 novembre 2013 et du 5 décembre 2014<sup>17</sup>.

16. En outre, dans le domaine du droit fiscal, la Cour suprême a également pris en considération des instruments de droit "souple", tel que le Plan d'action concernant l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices (BEPS) de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (ci-après l'"OCDE"), dans l'interprétation de la notion de "raisons impérieuses d'intérêt général" retenue par l'administration fiscale en matière de déduction de frais financiers dans le cadre des groupes de sociétés<sup>18</sup>.

#### B. LE DROIT "SOUPLE" EN TANT QUE PARAMÈTRE DE VALIDITÉ

17. Si la Cour suprême a reconnu au droit "souple" un rôle en tant que critère d'interprétation, il n'en va pas de même s'agissant d'un éventuel rôle en tant que paramètre de validité d'actes administratifs ou de dispositions de droit "dur". En effet, il ressort de la jurisprudence de la Cour suprême que les instruments de droit "souple" ne peuvent pas être invoqués, en tant que tels, pour fonder une déclaration de nullité d'un acte administratif.
18. Par exemple, dans le domaine du droit fiscal, par son arrêt du 21 février 2017, la Cour suprême s'est prononcée sur la question de savoir s'il est possible d'annuler une décision de l'administration fiscale en matière d'impôt des sociétés contestée par le contribuable, notamment, en ce que la méthode retenue afin de calculer la valeur de marché de certaines opérations financières aurait méconnu les principes de l'OCDE applicables en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales. À ce sujet, la Cour suprême a relevé que ces principes étant dépourvus de caractère normatif, ils ne sauraient être considérés, en l'absence d'adoption par l'État, comme des sources de droit pouvant être opposées à l'administration fiscale<sup>19</sup>. Elle a également signalé que, dans ces circonstances, la méconnaissance de tels principes ne peut être invoquée en tant que moyen à l'appui d'un pourvoi.

---

<sup>16</sup> Voir le 6<sup>ème</sup> motif de l'arrêt de la Cour suprême du 18 mai 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2330).

<sup>17</sup> Voir le 6<sup>ème</sup> motif de l'arrêt de la Cour suprême du 18 mai 2016, précité.

<sup>18</sup> Voir le 6<sup>ème</sup> motif de l'arrêt de la Cour suprême du 9 février 2015 (ECLI:ES:TS:2015:481).

<sup>19</sup> Voir le 6<sup>ème</sup> motif de l'arrêt de la Cour suprême du 21 février 2017 (ECLI:ES:TS:2017:704).

19. Il s'agit d'une approche constante dans la jurisprudence de la Cour suprême, qui se retrouve également, par exemple, dans son arrêt du 19 octobre 2016, dans lequel, après avoir souligné l'absence de caractère normatif desdits principes de l'OCDE, elle en a toutefois reconnu la valeur en tant que paramètre d'interprétation de la réglementation nationale<sup>20</sup>. Il sera noté que la réglementation applicable en l'espèce, à savoir la loi 36/2006, du 29 novembre 2006, portant mesures de prévention de la fraude fiscale<sup>21</sup>, soulignait expressément, dans son exposé des motifs, que le législateur national entendait, par l'approbation de cette loi, adapter la législation nationale auxdits principes de l'OCDE. La Cour suprême en a conclu que ce renvoi exprès devait être considéré comme un mandat à l'intention de l'administration fiscale, qui serait tenue de prendre en compte les critères contenus dans lesdits principes, sans pour autant lier les juridictions nationales dans le cadre de leur faculté de libre appréciation des preuves.

[...]

---

<sup>20</sup> Voir le 7<sup>ème</sup> motif de l'arrêt de la Cour suprême du 19 octobre 2016 (ECLI:ES:TS:2016:4675).

<sup>21</sup> *Boletín oficial del Estado* n° 286, du 30 novembre 2006, p. 20843.

## DROIT FRANÇAIS

### I. INTRODUCTION

1. En France, le droit "souple" se retrouve de manière discrète mais insistante dans les principaux aspects des mutations de l'État. Le recours par les acteurs publics à des instruments de droit "souple" répond en effet à un besoin économique et normatif de plus en plus avéré. Les politiques publiques trouvent en conséquence un intérêt assumé dans l'élaboration de nouveaux types d'instruments et d'outils de réglementation qui, sans être obligatoires dans leur substance, ou du fait de la nature des actes qui les portent, s'inscrivent dans une échelle de normativité graduée, entre le droit traditionnel, autrement qualifié de droit "dur" par le Conseil d'État<sup>1</sup>, et les autres formes d'expression (programmatique, politique, médiatique ou morale).
2. Par son ambivalence, le droit souple permet aujourd'hui de répondre à différents besoins en droit français. Il peut offrir un outil incitatif permettant d'appréhender les phénomènes émergents (Internet, prévention des conflits d'intérêts, etc. ...) ou accompagner la mise en œuvre du droit "dur" tant par les administrations (voir notamment le rôle des autorités administratives indépendantes)<sup>2</sup> que les entreprises (chartes de bons comportements, démarches dites de conformité, auto-régulation).
3. La prolifération des instruments de droit "souple" pose la question de leur prise en considération par le juge en droit français. Le juge administratif est ainsi confronté à la nécessité, en termes de clarté et de sécurité juridique notamment, de l'identification de ces instruments au regard de leurs effets de droit éventuels (II.), contribuant de ce fait à l'élaboration de critères objectifs et cohérents de recevabilité des éventuels recours exercés à leur sujet (III.).

### II. LE DROIT "SOUPLE" EN DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS: TENTATIVES DE DÉFINITION

#### A. TENTATIVES DE DÉFINITION

4. Dans son étude annuelle de 2013 consacrée au droit "souple"<sup>3</sup>, le Conseil d'État propose une définition de celui-ci, qui regroupe l'ensemble des instruments susceptibles de rentrer dans cette catégorie, comme répondant à trois conditions cumulatives:

<sup>1</sup> Le droit "souple", Conseil d'État, étude annuelle 2013, les rapports du Conseil d'État, la documentation française, p. 5, disponible sous le lien suivant: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/144000280-etude-annuelle-2013-du-conseil-d-etat-le-droit-souple>.

<sup>2</sup> *Op.cit.*, p. 35 et 36.

<sup>3</sup> *Op.cit.*, Résumé, p. 9.

- Pour accéder à cette qualification, *les instruments de droit "souple" doivent avoir pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant leur adhésion*. Le droit "souple" a pour objet d'influencer par lui-même, sans attendre l'édiction d'une norme ultérieure, les comportements de ses destinataires. Les destinataires du droit souple sont donc invités à choisir de l'appliquer. Si le droit souple peut parfois servir à préparer l'adoption d'une règle de droit "dur", le droit souple doit cependant toujours avoir la capacité d'agir par lui-même sur les comportements.
- *Ces instruments ne créent pas, par eux-mêmes, de droits ou d'obligations pour leurs destinataires*. Le droit "dur" crée des droits et obligations dans le chef de ses destinataires, il modifie l'ordre juridique dans lequel il s'inscrit. Le droit souple n'a pas cet effet: il n'oblige pas et ne crée, par lui-même, aucun droit. Ce critère marque la limite essentielle entre le droit "souple" et le droit "dur" en droit français. Cependant, le droit souple peut être pris en compte, dans certaines circonstances, par le juge administratif, comme moyen auxiliaire d'interprétation notamment, comme référence éventuelle au regard de laquelle apprécier le caractère éventuellement fautif d'un comportement (voire être directement contesté au vu de ses effets éventuels, voir ci-après).
- *Les instruments de droit "souple" présentent par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit*. Les normes techniques, recommandations, codes de bonne conduite, MoUs se présentent en effet sous forme d'articles énonçant des indications prescriptives. Cette formalisation et cette structuration permettent de distinguer les instruments de droit souple des autres formes d'expression relevant du non-droit (politique, communication, morale)<sup>4</sup>.

#### B. UNE POSSIBLE NORMATIVITÉ GRADUÉE ENTRE DROIT "SOUPLE" ET DROIT "DUR"

5. Certaines règles de droit peuvent également fixer des obligations en termes lâches, offrant une souplesse d'application à leurs destinataires. Le Conseil d'État identifie trois degrés intermédiaires à ce propos, en fonction de l'intensité de l'obligation imposée par l'instrument concerné.
6. Certains instruments peuvent tout d'abord laisser à leurs destinataires la possibilité de ne pas les appliquer mais leur imposent de justifier cette approche, sur la forme ou sur le fond. C'est notamment le cas en droit de l'urbanisme et de

<sup>4</sup> À la lumière de ces critères, n'appartiennent pas au droit "souple" car ils relèvent, d'une manière ou d'une autre, du droit "dur": la coutume ou les usages (Cass. Soc. 28 février 1996, n° 9340883), les circulaires réglementaires qui créent une règle nouvelle (CE, Ass. 29 janvier 1954, *Notre-Dame du Kreisker*, n° 7134, Rec. p. 64), les circulaires impératives non réglementaires émanant d'une autorité exerçant un pouvoir hiérarchique sur les destinataires de ces actes qui prescrivent d'adopter une interprétation d'une règle de droit existante (CE, sect., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, n° 233618, Rec. p. 463) ainsi que la jurisprudence en elle-même (Conseil constitutionnel, décisions n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 et n° 2010-52 QPC du 14 octobre 2010).



l'environnement, en matière de schémas directeurs et de gestion des eaux<sup>5</sup> ou au sujet des instructions générales d'action publique du ministre de la Justice aux magistrats du parquet<sup>6</sup>.

7. D'autres instruments, en matière de normes techniques notamment, imposent de prouver la conformité à la règle lorsque l'on s'écarte de l'instrument. Les autorités nationales et les entreprises conservent dans ce cas la possibilité de s'écarter des normes techniques, les premières pour renverser la présomption de conformité, les secondes pour prouver leur conformité à la recommandation par d'autres moyens: *de facto*, ces normes techniques sont ressenties comme obligatoires<sup>7</sup>.
8. Certaines normes imposent par ailleurs aux règles et décisions individuelles qui leur sont subordonnées non pas de leur être conformes mais seulement d'être compatibles avec elles. Ainsi, en matière d'urbanisme par exemple, la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967 a imposé la compatibilité des plans d'occupation des sols (POS) avec les schémas directeurs d'aménagement et d'urbanisme (SDAU)<sup>8</sup>. Dans ces cas, l'obligation de compatibilité est moins forte que celle de conformité dès lors qu'elle n'impose pas le respect de l'instrument supérieur dans tous ses éléments, mais seulement dans sa globalité. L'examen de compatibilité est cependant plus rigoureux qu'un simple contrôle de la dénaturation.
9. Il peut être enfin souligné que le Conseil d'État, dans son étude annuelle de 2013 consacrée au droit "souple"<sup>9</sup>, constate également l'existence d'une gradation de la normativité au sein même des normes constitutionnelles françaises, en distinguant notamment les principes constitutionnels et les "objectifs" de valeur constitutionnelle pour lesquels il incombe au législateur et au gouvernement d'en déterminer les modalités de mise en œuvre<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> CE, 28 juillet 2004, *Association de défense de l'environnement et autres*, n° 256511, Rec. p.730.

<sup>6</sup> CE, 19 mars 1997, *Syndicat de la magistrature*, n° 175288, inédit au Rec., voir aussi CE, 18 mai 2005, *Association spirituelle de l'Église de scientologie d'Ile-de-France*, n° 259982, Rec. p. 201.

<sup>7</sup> Voir par exemple le cas des recommandations de la Commission mixte *Codex alimentarius* de l'OMS et de la FAO en matière de normes alimentaires, telles que prises en compte par l'accord SPS annexé au traité constitutif de l'OMC en matière sanitaire et phytosanitaire.

<sup>8</sup> CE, Sect., 17 décembre 1982, *Chambre d'agriculture de l'Indre*, n°38517, Rec. p. 433 ; CE, Ass., 22 février 1974, *Sieur Adam*, n° 91848, Rec. p.145 ; voir conclusions, CE, 12 décembre 2012, *Société Davalex*, n° 353496.

<sup>9</sup> *Op.cit.*, p. 68 à 71.

<sup>10</sup> Par exemple: Conseil constitutionnel, décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*; Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*.

### III. CONDITIONS DE RECEVABILITÉ DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF DES RECOURS INTENTÉS À L'ENCONTRE D'INSTRUMENTS DE DROIT "SOUPLE"

10. Le critère traditionnel de la jurisprudence administrative pour admettre la recevabilité d'un recours contre un acte est celui de la modification apportée à l'ordonnancement juridique, c'est-à-dire la création de droits ou d'obligations. Les instruments de droit "souple" n'ont donc pas vocation, par nature, à relever de l'office du juge. Le juge administratif a cependant d'abord accepté de voir invoqués devant lui, à la mesure de leurs effets de droit, certains instruments de droit "souple" et à en juger dans certains cas exceptionnels (A.), faisant émerger, dans le champ du recours pour excès de pouvoir notamment, des critères explicites de recevabilité (B.).

#### A. EXCEPTIONS RECONNUES PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

11. Un premier exemple d'instrument de droit souple reconnu par le juge administratif français peut être trouvé dans la jurisprudence, déjà ancienne, du Conseil d'État en matière de "directive" de droit français (décision *Crédit foncier de France*, 11 décembre 1970)<sup>11</sup> permettant à une autorité administrative dotée d'un pouvoir de décision individuelle de définir les critères de son appréciation. À la différence d'un acte réglementaire, la directive ne lie pas cette dernière mais l'administration ne peut s'en écarter qu'en raison de circonstances particulières ou d'un motif d'intérêt général. Les directives au sens de cette jurisprudence sont invocables devant le juge, qu'il s'agisse pour la personne concernée de s'en prévaloir ou d'exciper de leur illégalité, mais elles ne sont pas susceptibles d'un recours direct<sup>12</sup> du fait de l'absence de caractère impératif desdites directives.

12. Dans le cadre de recours soulevant une question d'appréciation d'un comportement, le droit souple peut également être utilement invoqué. Dans le contexte de recours de plein contentieux (responsabilité, sanctions administratives), en matière disciplinaire notamment, des lignes directrices, en matière de déontologie par exemple, peuvent servir à apprécier l'existence d'une faute: le juge ne sanctionne alors pas directement la méconnaissance de l'instrument de droit souple en question mais le prend en compte pour apprécier l'existence d'une faute éventuelle<sup>13</sup>.

13. Le juge administratif accepte également de connaître de recours dirigés contre des contrats-type administratifs - qui ne sont pourtant que des modèles que les parties concernées ne sont pas tenues de reprendre - quand l'adhésion à ces contrats entraîne l'application d'un régime juridique particulier<sup>14</sup>. C'était notamment le cas

<sup>11</sup> CE, Sect., *Crédit foncier de France c/ demoiselle Gaupillat et dame Ader*, 11 décembre 1970, n° 78880, Rec. p. 750.

<sup>12</sup> Voir CE, 18 octobre 1991, *Union nationale de la propriété immobilière*, n° 75831, Rec. p. 338; CE, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu*, n°254961, Rec. p. 193.

<sup>13</sup> CE, 12 janvier 2005, *Kerkerian*, n°256001, Rec. p. 20.

<sup>14</sup> Conclusions sur CE, 16 février 1977, *sieur Galoziaux*, n° 99509, Rec. p. 920.

des anciens cahiers des charges-types des concessions de service public<sup>15</sup> qui constituaient une modalité d'exercice du pouvoir de tutelle par l'autorité d'approbation, impliquant en fait une modification indirecte de l'ordonnancement juridique en question. C'est toujours le cas des cahiers des clauses administratives générales (CCAG) des marchés publics. S'agissant de simples "références" auxquelles les parties peuvent toujours déroger, le Conseil d'État juge recevables<sup>16</sup> les recours dirigés contre ces contrats, dans un souci notamment de bonne administration de la justice et de censure *ab initio* de stipulations illégales susceptibles de générer un contentieux ultérieur plus important.

14. La jurisprudence a admis par ailleurs la recevabilité des recours contre les décisions d'homologation des normes prises par l'Association française de normalisation (AFNOR)<sup>17</sup>. Il a été jugé que la décision d'homologation d'une norme par l'AFNOR relève de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et présente un caractère réglementaire, en raison des effets qui y sont attachés (CE, 14 octobre 1991, *Section régionale "Normandie Mer du nord" du comité interprofessionnel de conchyliculture et Quetier*)<sup>18</sup>. Les recours contre les normes non homologuées mais seulement enregistrées par l'AFNOR sont par contre jugés irrecevables<sup>19</sup>.
15. L'usage du droit souple par de nombreuses autorités administratives indépendantes (AAI) françaises, par l'émission de normes d'interprétation, de recommandations, d'avis, de lignes directrices ou de codes de bonne conduite, élaborés parfois en "corégulation" avec les acteurs concernés, s'apparentent à la notion de "directive" telle que dégagée par le Conseil d'État. Sans pouvoir ajouter aux dispositions législatives ou réglementaires, ces instruments définissent notamment les critères qui guideront la décision de l'autorité concernée.
16. Le juge administratif a été amené à se prononcer à plusieurs reprises sur la recevabilité de recours contre des actes émanant d'autorités administratives indépendantes, ce qui a conduit à l'établissement de critères de recevabilité de plus en plus explicites.

---

<sup>15</sup> CE, Ass., 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, Rec. p. 294 et CE, Sect., 6 mai 1955, *Chambre syndicale des entrepreneurs concessionnaires des services des pompes funèbres*, Rec. p. 240.

<sup>16</sup> CE, 2 juillet 1982, *Conseil national de l'ordre des architectes*, n° 16692, Rec. p. 255; voir aussi conclusions sur CE, Sect., 27 mars 1998, *Société d'assurances La Nantaise et l'Angévine réunies*, n° 144240, Rec. p. 109;

<sup>17</sup> Voir le décret du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation conférant le pouvoir d'homologation des normes à l'AFNOR sous le contrôle de l'État. Il peut être signalé qu'une norme homologuée, facultative à l'origine, peut être rendue obligatoire par arrêté ministériel.

<sup>18</sup> CE, 14 octobre 1991, *Section régionale "Normandie Mer du nord" du comité interprofessionnel de conchyliculture et Quetier*, n° 90260, Rec. p. 777.

<sup>19</sup> CE, 17 février 1992, *Société Textron*, n° 73230, Rec. p. 66.

B. L'ÉMERGENCE DE CRITÈRES EXPLICITES DE RECEVABILITÉ DES RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR À L'ENCONTRE DE CERTAINS ACTES DE DROIT "SOUPLE" ÉMIS PAR DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES (AAI)

17. Le recours pour excès de pouvoir est un recours par lequel le requérant demande au juge de contrôler la légalité d'une décision administrative et d'en prononcer l'annulation s'il y a lieu<sup>20</sup>. Traditionnellement, pour être recevable, un recours pour excès de pouvoir doit être dirigé contre un acte faisant grief. Un acte administratif est réputé faire grief lorsqu'il produit par lui-même des effets juridiques, qu'il modifie l'ordonnancement juridique ou qu'il atteint les droits et obligations des administrés. Un acte qui ne présente aucun caractère exécutoire ou qui n'intervient que pour préparer une décision ultérieure ne fait en théorie pas grief.
18. Dans l'optique de la jurisprudence *Notre-Dame du Kreisker*<sup>21</sup>, seuls les actes à caractère réglementaire faisaient grief et une circulaire ne pouvait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir que si elle "ajoutait" à l'état du droit. Les recommandations et avis des AAI ne pouvaient ainsi pas donner prise à des recours pour excès de pouvoir devant le juge<sup>22</sup>.
19. Par sa jurisprudence *Duvignères* en matière de circulaires (CE, Sect., 18 décembre 2002, n° 233618, Rec. p. 463), le Conseil d'État a abandonné le critère réglementaire pour retenir celui de la formulation impérative des actes en question, critère généralement transposé depuis dans les affaires concernant les AAI<sup>23</sup>: le principe de l'irrecevabilité des recours contre leurs avis et recommandations est maintenu mais sous la réserve du cas où il s'agit de recommandations **de portée générale rédigées de façon impérative**.

<sup>20</sup> À la différence, par exemple, du recours de plein contentieux au sujet duquel le juge dispose de pouvoirs larges, permettant notamment de réformer l'acte ou de lui en substituer un nouveau. Sur la prise en compte récente du droit "souple" par le juge administratif dans le cadre du recours pour excès de pouvoir: voir Seiller, B., *Le contrôle du juge administratif sur les actes composant le "droit souple"*, Lextenso, Gazette du Palais, n° 22, 14 juin 2016, p. 31.

<sup>21</sup> CE, Ass. 29 janvier 1954 *Notre-Dame du Kreisker*, n° 7134, Rec. p. 64.

<sup>22</sup> Au sujet d'un refus du Médiateur de la République de donner suite à une réclamation (CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, n° 5130, Rec. p. 303) ou d'un avis de la Commission de sécurité des consommateurs (CE, 27 mai 1987, *SA Laboratoires Goupil*, n° 83292, Rec. p. 181).

<sup>23</sup> Le Conseil d'État a, par exemple, admis la recevabilité de recours dirigés contre une recommandation de bonnes pratiques de l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé en matière d'accès aux informations concernant la santé d'une personne (CE, 26 septembre 2005, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 270234, Rec. p. 395) ou contre une délibération de la Commission de régulation de l'énergie relative aux modalités d'une expérimentation concernant "l'effacement diffus" de consommations d'électricité (CE, 3 mai 2011, *Société Voltalis*, n° 331858, Rec. p. 723, 748, 755 et 948). À l'inverse, un recours contre une recommandation de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) adressée à une entreprise a été rejeté (CE, 13 juillet 2007, Société Editions Tissot, n° 294195, Rec. p. 335).

20. Le Conseil d'État s'est ainsi attaché à identifier, dans la mesure du possible, les caractéristiques d'une véritable décision dans l'acte contesté<sup>24</sup>. Dans une affaire *Société Casino Ghichard-Perrachon*<sup>25</sup>, dans le cas d'une prise de position de l'Autorité de la concurrence, le Conseil d'État avait envisagé l'hypothèse que la prise de position en question revête le caractère de "**prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance**" pour pouvoir éventuellement déclarer le recours recevable. Ce critère est particulièrement pertinent dans les cas où l'autorité indépendante concernée est, parallèlement, dotée de pouvoirs de réglementation ou de sanction: dans l'affaire *Syndicat français des ostéopathes*, le Conseil d'État avait ainsi déjà jugé recevable un recours contre un rapport du Conseil national de l'ordre des médecins "eu égard à sa formulation impérative et au rôle confié au Conseil national de l'ordre des médecins pour l'application des principes de déontologie médicale"<sup>26</sup>.
21. Deux décisions récentes du Conseil d'État, dans les affaires *Numericable*<sup>27</sup> et *Société Fairvesta International GMBH et autres*<sup>28</sup>, confirment cette jurisprudence et la développent. Tout en rappelant que le requérant devait justifier **d'un intérêt direct et certain** à l'annulation des actes en cause, le Conseil d'État a également précisé que les recours en question pouvaient être recevables si les actes en cause "**sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature**

<sup>24</sup> Dans une affaire *Formindep* (CE, 27 avril 2011, n°334396, Rec. p. 168), sans pour autant procéder à une analyse du caractère impératif de la formulation en cause, le Conseil d'État a considéré une décision de la Haute Autorité de Santé (HAS) recommandant des bonnes pratiques comme faisant grief, celles-ci étant susceptibles d'être prises en compte par de multiples acteurs ("eu égard à l'obligation déontologique, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonnes pratiques").

<sup>25</sup> CE, *Société Casino Ghichard-Perrachon*, 11 octobre 2012, n° 357193.

<sup>26</sup> CE, *Syndicat français des ostéopathes*, 17 novembre 2010, n°332771, Rec. p. 886.

<sup>27</sup> Concernant une prise de position de l'Autorité de la concurrence rendue après avoir autorisé, par décision, le rachat des sociétés TPS et Canal Satellite par la société Vivendi et le Groupe Canal Plus sous certaines conditions, dont une posait des difficultés d'application du fait du rachat ultérieur de la société SFR par la société Numericable. L'autorité de la concurrence ayant estimé que l'une des conditions était devenue sans objet, la société Numericable avait demandé l'annulation de cette délibération ultérieure de l'Autorité de la concurrence, voir CE, Ass., 21 mars 2016, *Numericable*, n° 390023, disponible sous le lien suivant: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-21-mars-2016-Societe-NC-Numericable>.

<sup>28</sup> L'autorité des marchés financiers (AMF) avait diffusé sur son site Internet des communiqués de presse mettant en garde les investisseurs contre des produits financiers commercialisés par le requérant qui avait demandé à l'AMF l'indemnisation du préjudice subi et la publication d'un rectificatif. Devant le refus de l'AMF, le requérant a demandé l'annulation des communiqués de presse, voir CE, Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GMBH et autres*, n° 368082, disponible sous le lien suivant: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-21-mars-2016-Societe-Fairvesta-International-GMBH-et-autres>.

**économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent".**

22. Le contrôle du juge administratif en la matière étant avant tout un contrôle de légalité<sup>29</sup>, le Conseil d'État a précisé dans ce cas que le juge devait "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"<sup>30</sup>.

#### IV. CONCLUSION

23. La prise en compte des instruments de droit souple par le juge administratif français s'est faite progressivement, et ce depuis le début des années 1970. De l'acceptation de leur invocabilité, à la mesure de leurs effets juridiques éventuels, à l'élaboration de critères explicites de recevabilité autorisant un recours direct contre ceux-ci, la profusion d'instruments de droit souple ne cesse d'ouvrir des brèches dans l'ordonnement juridique et les principes gouvernant l'office du juge.
24. Dans son étude de 2015 consacrée au droit souple en droit administratif français, le Conseil d'État constatait que la question d'une évolution de la jurisprudence quant à la recevabilité des recours en matière de lignes directrices se fondant sur le caractère impératif des instruments concernés présenterait une certaine utilité, l'admission d'un recours direct contre ces actes permettant de traiter en amont leur irrégularité.
25. Le Conseil d'État n'a pas tardé à mettre en œuvre cette projection à l'occasion d'affaires récentes concernant des actes de "droit souple" adoptés par différentes autorités administratives indépendantes. Le Conseil d'État admet désormais la recevabilité de recours pour excès de pouvoir dirigés contre certains actes de droit "souple" lorsque:
- le requérant peut justifier d'un intérêt direct et certain à l'annulation des actes en cause;
  - les actes en cause sont de portée générale et sont rédigés de façon impérative;

---

<sup>29</sup> Non exclusif d'une action en responsabilité (CE, sect., 31 mars 2003, n°188833, *Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie c/ SA Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm, Lebon*, p. 159).

<sup>30</sup> Ce à quoi a procédé le Conseil d'État dans l'affaire *Société Fairvesta International GMBH et autres* (points 6 et 7) en examinant la légalité des communiqués de presse attaqués au regard des missions de l'AMF. On remarquera cependant que dans le cas de l'affaire *Numericable*, l'acte en cause, une délibération de l'autorité de la concurrence modifiant "la portée pratique d'une injonction" préalablement établie par une décision réglementaire rattachait en fait l'acte de droit "souple" en cause à un acte de droit "dur" préalablement adopté (points 7 et 8).

- les actes en cause ont le caractère de prescriptions individuelles dont l'autorité d'émission pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance;
- ceux-ci 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.

[...]

## **DROIT HONGROIS**

### **I. REMARQUE PRÉLIMINAIRE**

1. Les recherches effectuées dans le cadre de la présente contribution ont révélé que les normes relevant du droit souple, notamment les recommandations, avis, instructions, communications ou autres circulaires ayant une portée générale (ci-après les "instruments juridiques non contraignants") ne sont pas réglementées, de façon générale, par les règles juridiques hongroises en vigueur et ne peuvent actuellement pas faire l'objet d'un recours juridictionnel.
2. Toutefois, les instruments juridiques non contraignants étaient présents dans le système juridique hongrois jusqu'au 31 décembre 2010, et offraient la possibilité d'introduire un recours devant la Cour constitutionnelle. Par ailleurs, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2018, il sera possible d'introduire un recours juridictionnel contre les instruments juridiques non contraignants devant les cours administratives. Par conséquent, il semble opportun de placer ce sujet dans un contexte historique.

### **II. LE CADRE JURIDIQUE PRÉCÉDENT**

3. La loi n° XI de 1987 sur la législation (ci-après la "loi de 1987"), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010, a connu les normes relevant du droit souple, telles que des directives, communications et positions de principe<sup>1</sup>.
4. À cette époque, il était possible d'introduire un recours contre ces actes devant la Cour constitutionnelle<sup>2</sup>. Ainsi, durant cette période, la Cour constitutionnelle a été saisie d'un grand nombre d'affaires contre les instruments juridiques non contraignants du législateur et de l'administration.
5. La jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle a été fondée sur la décision n° 60/1992 (XI. 17.), par laquelle la Cour a constaté l'inconstitutionnalité de la pratique des ministères et autres autorités publiques, consistant à émettre des instruments juridiques non contraignants en dehors du cadre juridique établi par la loi de 1987. La Cour a jugé, notamment, que ladite pratique était contraire à cette loi.
6. Elle a souligné que, afin d'examiner la constitutionnalité de ces instruments, il était nécessaire de considérer leur contenu, et non leur forme et leur dénomination. Ainsi, la Cour constitutionnelle a déclaré que l'administrateur principal du ministère qui a présenté une circulaire relative à l'interprétation d'une loi, a dépassé les limites de

---

<sup>1</sup> Articles 53 à 56 de la loi de 1987.

<sup>2</sup> Article 1, point b, de la précédente loi n° XXXII de 1989 sur la Cour constitutionnelle.



ses compétences, car en vertu de la loi de 1987<sup>3</sup>, seul le ministère pouvait présenter – sous la forme de positions de principe – une circulaire relative à une telle interprétation. De ce fait, elle a déclaré la circulaire nulle et non existante<sup>4</sup>.

7. Les critères de recevabilité des recours intentés à l'encontre des instruments non contraignants adoptés par les autorités administratives étaient les suivants:
  - la Cour constitutionnelle devait être compétente pour statuer sur la procédure;
  - le recours devait être formulé par une autorité ou par un particulier ayant le droit d'introduire un recours;
  - le requérant devait respecter les délais relatifs à l'introduction du recours;
  - le requérant devait épuiser tous les autres recours, y compris administratifs et judiciaires existants;
  - l'acte ou instrument attaqué devait être en vigueur au moment de l'introduction du recours<sup>5</sup>.
  
8. En pratique, les principaux motifs permettant d'accueillir des recours introduits à l'encontre des instruments non contraignants adoptés par les autorités administratives étaient les suivants:
  - l'acte semblait être une recommandation contraignante de portée générale<sup>6</sup>;
  - l'adoption de l'acte attaqué a enfreint la loi sur la législation relative à la forme et au contenu de ces instruments<sup>7</sup>;
  - l'acte attaqué a eu pour effet de limiter le droit de recours des particuliers;
  - l'acte attaqué a imposé de nouvelles obligations pour les personnes concernées<sup>8</sup>;  
ou
  - l'émetteur de l'instrument a dépassé les limites de sa compétence<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> Article 55, paragraphe 1, de la loi de 1987.

<sup>4</sup> Bien que la Cour constitutionnelle ait jugé que l'instrument attaqué était inconstitutionnel, elle ne l'a pas annulé mais elle a uniquement déclaré que l'instrument n'était pas applicable et qu'il faudrait le traiter comme non existant.

<sup>5</sup> Article 29, points a) à f) de la décision n° 3/2001. (XII.3.) de la Cour constitutionnelle sur le règlement de procédure de la Cour constitutionnelle.

<sup>6</sup> Ordonnance 681/B/2005. de la Cour constitutionnelle.

<sup>7</sup> Décisions n° 45/2001. (XI. 17.), 6/2004. (III. 24.) et 18/2005. (V. 12.), de la Cour constitutionnelle.

<sup>8</sup> Ordonnances 1786/B/1991., 60/1992. (XI. 17.) et 744/B/2002., de la Cour constitutionnelle.

<sup>9</sup> Décision n° 60/1992. (XI. 17.) de la Cour constitutionnelle.

### III. LE CADRE JURIDIQUE ACTUEL

9. En Hongrie, la Loi fondamentale<sup>10</sup> et la loi, en vigueur, n° CXXX de 2010 sur la législation (ci-après la "loi de 2010")<sup>11</sup> définissent les normes juridiques et les autres normes contraignantes. Les instruments juridiques non contraignants ne sont pas réglementés par ces règles juridiques.
10. En effet, la Cour constitutionnelle a annulé, par sa décision n° 121/2009. (XII.17.), la loi de 1987, et, notamment, la réglementation concernant les instruments juridiques non contraignants. À cet égard, elle a jugé que ces instruments ont été traités, en pratique, comme des normes contraignantes car ils ont été interprétés et appliqués comme des actes obligatoires. Cette situation a impacté la sécurité juridique et le principe de l'état de droit. Conformément à cette décision de la Cour constitutionnelle, les instruments juridiques non contraignants ne sont plus réglementés par la loi de 2010 et n'ont pas de valeur juridique.
11. Cependant, actuellement, dans la pratique administrative hongroise, certains instruments non contraignants peuvent encore être détectés. Par exemple, les autorités fiscales émettent des instructions, des communications et des "questions fiscales", qu'elles peuvent publier au Journal officiel intitulé "Notification des Impôts et des Douanes". Au cours des procédures, les parties se réfèrent fréquemment à ces instruments. Toutefois, ceux-ci peuvent être uniquement considérés comme des avis, dans la mesure où ils ne sont contraignants ni pour les parties ni pour les cours administratives. Dans la pratique, les autorités fiscales informent les particuliers de cette circonstance au moment de l'émission de ces instruments, en citant l'ordonnance susmentionnée de la Cour constitutionnelle<sup>12</sup>.

#### A. ABSENCE DE RECOURS CONSTITUTIONNEL

12. Selon la Loi fondamentale, la Cour constitutionnelle est compétente pour examiner la compatibilité d'une règle de droit avec la Loi fondamentale et, lorsque les conditions sont réunies, elle peut l'annuler<sup>13</sup>. La loi n° CLI de 2011 sur la Cour

<sup>10</sup> Les normes juridiques sont les lois, les décrets gouvernementaux, les décrets du Premier ministre, les décrets ministériels, les décrets du président de la Banque nationale de Hongrie, les décrets du directeur de l'organe de réglementation indépendant et les décrets municipaux. Les décrets du Conseil de défense nationale, en cas d'état d'exception, et du Président de la République, en cas d'état d'urgence, sont également des normes juridiques (voir Loi fondamentale de Hongrie, article T, paragraphe 2).

<sup>11</sup> Article 1, paragraphe 1, de la loi n° CXXX de 2010 sur la législation, entrée en vigueur: le 1<sup>er</sup> janvier 2011.

<sup>12</sup> Voir aussi la décision n° 23/2007. (IV.19.), point III.3 de la Cour constitutionnelle.

<sup>13</sup> L'article 24 de la Loi fondamentale est libellé comme suit: "La Cour constitutionnelle: [...] c) supervise, sur la base d'un recours de constitutionnalité, la compatibilité d'une règle de droit appliquée dans une affaire spécifique ou d'une décision judiciaire avec la Loi fondamentale; d) supervise, sur la base d'un recours de constitutionnalité, la compatibilité des décisions judiciaires avec la Loi. [...] (3) La Cour constitutionnelle [...] dans sa compétence incluse aux alinéas b), c) et e) du paragraphe (2), peut annuler toute norme juridique, ou toute disposition d'une norme juridique, contraire à la Loi fondamentale."

constitutionnelle définit les procédures relevant de la compétence de la Cour constitutionnelle et constate que la Cour est compétente pour examiner la compatibilité d'une règle de droit<sup>14</sup> ou certaines autres normes contraignantes<sup>15</sup> avec la Loi fondamentale.

13. Étant donné que les instruments juridiques non contraignants ne peuvent pas être considérés comme "une règle de droit ou autre norme contraignante", la Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour les examiner<sup>16</sup>.

#### B. ABSENCE DE RECOURS JURIDICTIONNEL

14. En vertu du code de procédure civile en vigueur, le juge administratif n'est compétent que pour les recours juridictionnels introduits contre les décisions concrètes prises par l'administration publique dans le cadre d'une affaire individuelle. Ainsi, les cours administratives ne peuvent pas examiner les demandes relatives aux instruments juridiques non contraignants, qui ne sont pas des décisions individuelles<sup>17</sup>.

15. La Cour constitutionnelle a également souligné qu'une partie ne pouvait contester, dans le cadre d'un contentieux administratif, que les décisions individuelles<sup>18</sup>.

### IV. LE CADRE JURIDIQUE FUTUR

16. Le parlement hongrois a adopté la loi n° I de 2017 sur le code de procédure dans le contentieux administratif (ci-après le "code de procédure administrative de 2017") qui entrera en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018. Conformément à cette loi, les particuliers auront le droit d'introduire un recours contre "les agissements de l'autorité administrative"<sup>19</sup>. La notion d'agissement de l'autorité administrative" comprend, vraisemblablement<sup>20</sup>, les instruments non contraignants de portée générale auxquels la loi sur la législation ne s'applique pas<sup>21</sup>. De ce fait, la nouvelle loi

<sup>14</sup> Articles 33, paragraphe 1, et 33/A, paragraphe 1, de la loi n° CLI de 2011 sur la Cour constitutionnelle.

<sup>15</sup> Article 37, paragraphe 2, de la loi n° CLI de 2011 sur la Cour constitutionnelle.

<sup>16</sup> Décision n° 3063/2012. (VII.26.) de la Cour constitutionnelle.

<sup>17</sup> Article 324, paragraphes 1 et 2, de la loi n° III de 1952 sur le code de procédure civile.

<sup>18</sup> Décisions n° 3267/2012. (X. 4.) et 3278/2012. (X. 12.) de la Cour constitutionnelle.

<sup>19</sup> Article 38, paragraphe 1, du code de procédure administrative de 2017.

<sup>20</sup> La teneur de la nouvelle réglementation fait actuellement l'objet de débats animés parmi les juges administratifs nationaux, compte tenu de l'éventuelle modification de la jurisprudence concernant les instruments juridiques non contraignants.

<sup>21</sup> Article 4, paragraphes 1 à 5, du code de procédure administrative de 2017.

permettra les recours juridictionnels devant le juge administratif contre les instruments juridiques non contraignants de l'administration<sup>22</sup>.

17. En vertu du code de procédure administrative, les critères de recevabilité des recours juridictionnels seront les suivants<sup>23</sup>:

- la cour administrative doit être compétente pour statuer sur la procédure;
- le recours doit être formulé par une autorité ou un particulier ayant le droit d'introduire un tel recours;
- une procédure relative à la légalité de l'agissement administratif attaqué ne doit pas déjà être engagée entre les parties, que ce soit devant la même cour administrative ou devant une autre cour administrative;
- le requérant doit avoir épuisé tous les recours administratifs contre les agissements contestés;
- un jugement définitif ne doit pas avoir été rendu sur les mêmes moyens;
- le requérant doit spécifier, dans son recours, le préjudice causé par les agissements contestés;
- le requérant doit être représenté par un représentant légal;
- le requérant doit respecter les délais relatifs à l'introduction de recours juridictionnels;
- le requérant doit respecter le délai relatif à la régularisation éventuelle du recours;
- les parties doivent avoir la capacité d'ester en justice.

18. En vertu de cette loi, pour statuer sur le fond du litige, la cour administrative prendra en compte la légalité de l'agissement contesté<sup>24</sup>; les motifs de l'invalidité et le vice de forme substantiel de l'agissement<sup>25</sup>; et elle examinera la base juridique ayant donné lieu à l'agissement<sup>26</sup>. L'incompétence de l'auteur de l'acte ne sera pas explicitement nommée dans la loi, mais la jurisprudence traitera cette question, très vraisemblablement, comme une question de légalité de l'acte.

---

<sup>22</sup> Projet de loi n° T/12234

<sup>23</sup> Article 48, paragraphe 1, du code de procédure administrative de 2017.

<sup>24</sup> Article 85, paragraphe 1, du code de procédure administrative de 2017.

<sup>25</sup> Article 85, paragraphe 3, point a), du code de procédure administrative de 2017.

<sup>26</sup> Article 85, paragraphe 3, point b), du code de procédure administrative de 2017.

## V. CONCLUSION

19. Partant, il peut être affirmé que, selon la réglementation en vigueur, il n'est pas possible d'introduire des recours juridictionnels contre les instruments juridiques non contraignants. Ainsi, ni la Cour constitutionnelle ni les cours administratives ne peuvent annuler les instruments susmentionnés.
20. Toutefois, selon la réglementation antérieure – sur la base de la loi de 1987 qui était en vigueur jusqu'au 31 décembre 2010 - il existait la possibilité d'introduire un recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle.
21. En outre, en vertu de la réglementation nouvelle sur le code de procédure administrative, qui entrera en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2018, il sera possible d'introduire un recours juridictionnel contre les actes non contraignants de l'administration devant les cours administratives.

[...]

## DROIT IRLANDAIS

### INTRODUCTION

1. La voie de recours direct est en principe ouverte à l'encontre des instruments de droit "souple" dans l'ordre juridictionnel irlandais. Il convient, dans un premier temps, d'exposer la prise de position du juge administratif irlandais en ce qui concerne la recevabilité des recours juridictionnels intentés à l'encontre des mesures administratives, dont celles du droit "souple", où aucun recours n'est formellement prévu (I.). Dans un second temps, sera analysé le contrôle exercé par les juridictions administratives sur différents instruments de droit "souple" afin d'esquisser les motifs permettant de considérer dans quelles circonstances ces recours sont accueillis (II.).

### I. LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE EN MATIÈRE ADMINISTRATIVE ET L'AFFECTATION DIRECTE DES DROITS PAR LA MESURE CONTESTÉE

2. Le principe d'accès à la justice est consacré par l'article 34.3.1° de la Constitution irlandaise qui prévoit que la *High Court* (la Haute Cour) est dotée de la compétence de pleine juridiction, ce que cette juridiction a employé afin de prévoir des voies de recours pour la violation des droits, notamment constitutionnels, où aucun recours n'est évident.<sup>1</sup> La jurisprudence récente en matière administrative vise principalement la nature de l'organe étatique auteur de la mesure contestée et la nature du droit applicable pour l'appréciation de la recevabilité des recours. Cependant, selon une jurisprudence antérieure et bien établie, le recours juridictionnel permettant de demander une ordonnance de *certiorari*<sup>2</sup> existe à l'encontre de toute décision susceptible d'affecter les droits et les intérêts juridiques.<sup>3</sup> Afin de juger que de tels recours sont recevables, les tribunaux (dont

<sup>1</sup> "Kelly, J.M.: *The Irish Constitution*", Hogan & White (2003), chapitres 6.2.04 et 6.2.08.

<sup>2</sup> Le tribunal peut ainsi ordonner la cassation de la mesure contestée.

<sup>3</sup> *JM Kelly: The Irish Constitution, op.cit.* note de bas de page n° 1, chapitre 6.1.49 et sa note de bas de page n° 120: *R (McEvoy) v Dublin Corporation* 2 LR Ir 317 et *R (Wexford CC) v Local Government Board* [1902] 2 IR 349 (*certiorari* permet de casser toute décision affectant les droits d'autrui, ainsi que toute décision imposant une responsabilité); *The State (Crowley) v Irish Land Commission* [1951] IR 250 [une détermination par la commission foncière (*Land Commission*) a été considérée comme susceptible de recours juridictionnel dès lors qu'elle était de nature finale et avait affecté les droits des parties]; *The State (Shannon Atlantic Fisheries Ltd) v McPolin* [1976] IR 93 (un rapport des inspecteurs a été considéré comme susceptible de recours juridictionnel dès lors qu'il affectait la réputation de la société requérante), et *MacPhartlain v Commissioner of Public Works* [1992] 1 IR 111 (la désignation de terres par le ministre comme sites d'intérêt scientifique a été considérée comme susceptible de recours juridictionnel dès lors qu'elle affectait les droits des propriétaires à obtenir des subventions de développement selon un régime statutaire). En principe, les situations régies par le droit contractuel échappent au *judicial review* (le recours en révision).

principalement la *High Court*), à l'instar de la *Supreme Court* (la Cour suprême),<sup>4</sup> considèrent davantage la mesure dans laquelle le droit public régit la décision en cause.<sup>5</sup>

3. Il ressort de l'hétérogénéité des mesures prises en considération par les juridictions irlandaises que l'accès à la justice est, en principe, disponible lorsque la situation juridique du requérant est affectée. Il n'est donc pas surprenant que ces juridictions se soient déclarées prêtes à contrôler des actes de droit "souple".<sup>6</sup> À cet égard, deux arrêts méritent d'être mentionnés.
4. Dans l'arrêt *De Burca v Wicklow County Manager*,<sup>7</sup>, sous l'intitulé de la "justiciabilité", la *High Court* a examiné la recevabilité d'un recours en révision à l'encontre d'un rapport établi par un département régional à l'issue d'une enquête sur un éventuel conflit d'intérêts dans le cadre d'une procédure de planification. La requérante, représentante élue du même département, à l'origine de la plainte qui a donné lieu à cette enquête, a été critiquée par le rapport faisant l'objet du litige notamment car elle s'est abstenue de participer à la totalité de la procédure administrative. Rejetant les arguments selon lesquels le recours en révision était *per se* irrecevable, le juge Hedigan a considéré que ce rapport produisait, en réalité, des effets matériels sur la situation juridique de la requérante. À l'aune du droit constitutionnel de la protection de la réputation de l'individu (article 40.3.2°), le juge a tenu compte du rôle public de la requérante, des critiques à son encontre dans les médias suite à la publication du rapport, ainsi que du fait que les critiques contenues dans ce rapport relevaient du domaine des archives publiques.<sup>8</sup>
5. Le juge Hedigan a notamment relevé un précédent arrêt portant sur le rejet d'une demande de *certiorari* d'un rapport public au motif de son irrecevabilité du fait que ce dernier ne consistait qu'en une étude des faits dans un conflit de travail, que ceci

<sup>4</sup> Arrêt du juge Denham dans *Geoghegan v Institute of Chartered Accountants in Ireland* [1995] 3 IR 86.

<sup>5</sup> Ainsi, le recours en révision a été déclaré recevable à l'encontre de la décision de refuser de prolonger la permanence universitaire d'un enseignant, de la mise en œuvre du plan de viabilité pour le service national d'autobus, de la mesure disciplinaire interne adoptée par le service de police, de la décision de suspendre un lycéen pour trois jours, ainsi que de la décision de retrait d'un étudiant d'une formation par un comité de formation professionnelle, voir Kelly, J.M.: *The Irish Constitution*, *op.cit.* note de bas de page n° 1, chapitre 6.1.51.

<sup>6</sup> "*Hogan & Morgan's Administrative Law*", Morgan (2012), p. 561.

<sup>7</sup> [2009] IEHE 54.

<sup>8</sup> Points 53 et 54: "*The findings of the report, especially in its criticisms of her, were at the foundation of this assault on her reputation. The fact that the criticisms contained in the report now form part of the public record of the State serves only to amplify the ramifications for her, in particular should she wish to continue her career in public office. To allow such undue criticism of a conscientious local councillor to go unconsidered on the basis that it is of no consequence, or that it has no implications, would in my view involve a kind of legal fiction with potentially far-reaching consequences for the public service as a whole. In my view, therefore, the report did have material implications for the applicant.*"

ne donnait lieu à aucune décision susceptible d'annulation et, partant, que les droits du requérant n'étaient pas affectés par une telle étude factuelle.<sup>9</sup> Il importe de souligner que cette divergence d'approche en matière de recevabilité se fondait sur l'ingérence dans les droits fondamentaux au bénéfice des personnes physiques, dont le droit à la protection de sa réputation, qui ne sont pas aussi extensifs pour les personnes morales.<sup>10</sup>

6. Dès la "justiciabilité" du rapport en cause établie, la requérante dans l'affaire *De Burca v Wicklow County Manager* devait néanmoins démontrer son intérêt à agir, ainsi que sa qualité pour agir. Dans ce cadre, le juge a constaté que, nonobstant l'absence de conséquences civiles ou pénales découlant dudit rapport, il était toujours susceptible d'affecter les droits des parties.<sup>11</sup> Sur le fond, une ordonnance d'annulation du rapport a été octroyée en raison de la violation des droits constitutionnels de la requérante.<sup>12</sup>
7. De manière analogue, dans l'arrêt *Law Society of Ireland v Competition Authority*,<sup>13</sup> la *High Court* a considéré comme recevable la demande en révision judiciaire à l'encontre des lignes directrices émises par l'autorité de la concurrence irlandaise nonobstant leur nature non contraignante.<sup>14</sup> Par ces lignes directrices, l'autorité avait tenté d'interdire la représentation légale de plusieurs personnes témoignant devant elle dans le cadre d'une enquête par un seul et même avocat. L'autorité disposait d'une compétence statutaire déléguée d'adopter de tels avis, toutefois, selon la Cour, les lignes directrices en cause ne constituaient pas une règle d'application générale

---

<sup>9</sup> *Ryanair v Flynn* [2004] 2 IR 240.

<sup>10</sup> Point 52: "*In Ryanair, the applicant was a limited liability company and therefore did not enjoy the same personal rights under the constitution as the applicant does in the present case. Furthermore, the findings of the report in that case simply posed internal management difficulties for the applicant, rather than making particular negative findings against its conduct or character.*" Cet arrêt suit une ligne de jurisprudence garantissant un accès à la justice dans les situations de violations éventuelles des droits constitutionnels des particuliers par les constatations (mêmes purement factuelles) contenues dans les rapports adoptés par des organes étatiques, voir *Maguire v Ardagh* [2002] 1 IR 385 et *de Róiste v Judge-Advocate General* [2005] 3 IR 494 où les rapports portaient sur le caractère et la réputation des particuliers.

<sup>11</sup> Point 57: "... the arguments [...] in relation to justiciability apply with equal force under this heading. In that regard, I do not accept the argument that the alleged 'legal sterility' of the report serves to negate the putative standing of a party subjected to heavy criticisms in its contents. The mere absence of civil or criminal legal consequences flowing from the report does not mean that the rights of parties can not be adversely affected."

<sup>12</sup> Le recours a été rejeté pour le surplus pour des motifs procéduraux et, par conséquent, la *High Court* n'a pas traité du recours en indemnité de la requérante.

<sup>13</sup> [2006] 2 IR 262.

<sup>14</sup> À savoir, la "*Notice in respect of legal representation of persons attending before the competition authority*", en date du 28 juillet 2004.



et, d'ailleurs, elles étaient dépourvues de force obligatoire.<sup>15</sup> Néanmoins, la Cour a analysé l'ingérence potentielle dans le droit fondamental de choisir librement son avocat posée par ces lignes directrices. Elle a conclu à la violation des procédures essentielles au bénéfice des personnes témoignant devant l'autorité et, par conséquent, a octroyé une ordonnance de *certiorari* annulant les lignes directrices en cause.

8. De ces arrêts, il peut être constaté que le juge administratif n'attache pas d'importance à la forme de la mesure adoptée par l'organe administratif objet du recours devant lui, ni à son caractère contraignant. En effet, l'interrogation se concentre sur les effets matériels de cette mesure sur la situation juridique du justiciable afin de lui étendre la protection juridictionnelle dans les situations où il risque une ingérence dans ses droits fondamentaux. Une décision de portée individuelle n'est pas requise et l'instrument de droit "souple" est susceptible d'être contesté par voie de recours direct. Ainsi, le recours juridictionnel à l'encontre des instruments de droit "souple" est considéré, en principe, comme recevable.<sup>16</sup>

## II. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL D'ACTES DE DROIT "SOUPLE"

9. Les instruments de droit "souple" les plus fréquemment employés par les organes étatiques irlandais, globalement nommés les "*administrative rules*", sont les circulaires, les codes de bonne conduite (*codes of practice*),<sup>17</sup> les avis (*notes of guidance*), les "instructions" et les lignes directrices (*administrative guidelines*). Selon la doctrine, leur intitulé importe peu dès lors que les différences entre ces mesures n'ont jamais été précisées, elles ne sont pas utilisées de manière cohérente et, partant, leur statut juridique n'est pas toujours évident.<sup>18</sup> Il est clair que ces instruments ne relèvent pas de la législation primaire ni secondaire. Ainsi, un organe étatique ne peut pas invoquer un tel instrument dans un litige qui l'oppose à un citoyen privé afin d'affecter ou de préjuger les droits de cette personne. Par ailleurs, un citoyen ne peut pas invoquer un instrument de droit "souple" dans un litige qui

<sup>15</sup> "An essential feature of material published under [sub-section] (1)(d) [of Article 30 of the Companies Act 2002] is that it is not a binding rule, or a rule of general application, but is merely a guideline which may be adopted, or rejected if another alternative means of compliance is available." En effet, la conformité avec la législation principale est obligatoire mais les moyens proposés par l'autorité de la concurrence pour s'y conformer n'étaient, du point de vue juridique, que facultatifs.

<sup>16</sup> Ainsi qu'il ressort des considérations figurant au paragraphe 6. ci-dessus, l'affectation des droits ouvre accès à la justice mais la recevabilité de l'affaire est toutefois subordonnée à la démonstration du *locus standi* (intérêt à agir et qualité pour agir) du requérant.

<sup>17</sup> L'élaboration de cette classe d'instruments, très souples, permet la participation de différents groupes professionnels touchés par la mesure afin d'aboutir à une forme d'engagement moral.

<sup>18</sup> *Hogan & Morgan's Administrative Law, op.cit.* note de bas de page n° 6, chapitre 2.73: "... the nomenclature in this area is not of great importance since the distinction between the different [soft law] instruments has never been made clear and there is little consistency."

l'oppose à un autre citoyen privé. Dès lors que les instruments de droit "souple" peuvent néanmoins créer des droits et des obligations, ils sont susceptibles de recours en révision. Ainsi, un citoyen peut les invoquer à l'encontre d'un organe étatique.<sup>19</sup>

10. Les tribunaux administratifs décident souvent de se saisir d'une affaire afin d'avoir la possibilité de casser des appréciations erronées du droit figurant dans les instruments de droit "souple".<sup>20</sup> Les circulaires, instrument le plus répandu en pratique, sont généralement employées lorsque, selon la loi, un organe étatique jouit d'une marge de discrétion et souhaite indiquer les conditions dans lesquelles il exercera cette discrétion. S'agissant du contrôle de leur légalité, la jurisprudence indique que le juge administratif examine davantage si la discrétion en cause est exercée dans les conditions prévues par la législation principale applicable et non pas si cette discrétion a été (auto)limitée. Une circulaire qui dépasse les limites des compétences strictement attribuées par la loi sera annulée (comme étant *ultra vires*). De même, la jurisprudence portant sur les avis démontre que le juge administratif ne permet pas à ces instruments de dénaturer ou de modifier la loi.<sup>21</sup> Ainsi, les décisions administratives fondées sur les avis qui interprètent de manière erronée la loi applicable sont annulées.<sup>22</sup>
11. S'agissant de la recevabilité des recours intentés à l'encontre des instruments de droit "souple", le juge administratif ne fait pas de distinction entre ces instruments selon leur niveau de souplesse mais examine les effets découlant de ceux-ci. À la différence d'autres États membres, le juge administratif n'a pas élaboré de critères de recevabilité tels que l'origine de l'instrument, le soutien éventuel d'une loi, la terminologie juridique ou y ressemblant, la matière ou le contexte dans lequel il a été élaboré. En Irlande, la substance prime sur la forme juridique de l'instrument attaqué. L'affectation de la situation juridique du requérant par la mesure en cause est le critère primordial.
12. Le motif le plus fréquent permettant de former un recours juridictionnel contre les circulaires, les lettres officielles, ou encore les représentations orales et autres instruments de droit "souple" est la confiance légitime. La confiance naît souvent du fait que les particuliers s'appuient sur ces instruments et ne les distinguent pas

<sup>19</sup> *Hogan & Morgan's Administrative Law, op.cit.* note en bas de page n° 6, chapitres 2.78 et 2.82.

<sup>20</sup> *Rooney v Minister for Agriculture (No. 2)* [2004] IEHC 305 et *O'Shiel v Minister for Education* [1999] 2 IR 321. Voir également *Hogan & Morgan's Administrative Law, op.cit.* note de bas de page n° 6, chapitre 2.84.

<sup>21</sup> *Colman (JJ) Ltd v Commissioners of Customs and Excise* [1968] 1 WLR 1286; *Crawford v Centime Ltd* [2005] IEHC 325.

<sup>22</sup> À titre d'exemple, voir *Sherwin v An Bord Pleanála* [2007] IEHC 227.

toujours de vrais actes administratifs.<sup>23</sup> En général, un organe administratif ne peut pas dévier d'une pratique constante de manière arbitraire et sans préavis même si cette pratique ne repose sur aucune base juridique.<sup>24</sup>

13. À titre d'exemple, les *Revenue Commissioners* (l'autorité douanière et fiscale) émettent, d'une part, des "avis anticipés" (*advance rulings*) indiquant s'ils considèrent un schéma de planning fiscal comme compatible avec la loi et, d'autre part, des constatations de pratique (*statements of practice*) indiquant leur interprétation de la législation fiscale. Les *Revenue Commissioners* ne peuvent pas modifier la loi mais les recours fondés sur la confiance légitime peuvent être admis à l'encontre de tels avis et constatations afin de les empêcher de trahir les représentations déjà fournies aux assujettis, de dévier de manière unilatérale d'une pratique constante<sup>25</sup> ou d'assurer que les assujettis, dans des situations identiques, soient traités de la même manière.<sup>26</sup> Les recours sont surtout admis sur ce motif lorsqu'il s'agit de représentations quant aux questions procédurales.<sup>27</sup>

## CONCLUSION

14. La recevabilité des recours juridictionnels, par voie de recours direct, à l'encontre des instruments de droit "souple" a été acceptée depuis longtemps par les juridictions irlandaises. Il suffit que la mesure en cause produise des effets matériels sur la situation du requérant pour que le recours soit recevable. Les juridictions se saisissent de tels recours notamment afin d'empêcher une ingérence dans les droits fondamentaux au bénéfice des individus.

[...]

<sup>23</sup> Voir notamment l'arrêt de la Cour suprême, *Latchford v Minister for Industry and Commerce* [1950] IR 33. Voir également *Hogan & Morgan's Administrative Law, op.cit.* note de bas de page n° 6, chapitre 2.83 et sa note de bas de page n° 178, ainsi que le chapitre 19.26. C'est en raison du manque de clarté par rapport au statut des instruments de droit "souple" que les tribunaux se saisissent d'une affaire, à titre exceptionnel, afin de se prononcer sur la compétence (*vires*) de l'auteur du prétendu acte. Les standards, tels que le code pour la publicité élaboré par le *Broadcasting Commission of Ireland*, peuvent être hautement autoritaires même s'ils n'ont pas de force contraignante. Par ailleurs, certains instruments, comme les lignes directrices émises par la banque centrale pour les autorités réglementaires exerçant ses fonctions sont *de facto* de nature obligatoire, voir *New Private Right of Action for Damages in Financial Services Litigation*, Breslin and Corcoran, *Dublin University Law Journal* 2015, 38(1).

<sup>24</sup> *Glenkerrin Homes Ltd v Dun Laoghaire Rathdown Corporation* [2007] IEHC 298.

<sup>25</sup> Il est nécessaire que cette pratique soit bien établie et que la confiance soit non seulement démontrée, mais également légitime, voir *Wiley v Revenue Commissioners* [1989] IR 350.

<sup>26</sup> *Hogan & Morgan's Administrative Law, op.cit.* note de bas de page n° 6, chapitre 19.28. Par exemple, *Pandion Haliaetus Ltd v Revenue Commissioners* [1987] IR 309.

<sup>27</sup> *Keogh v Criminal Assets Bureau* [2004] IESC 32.

## DROIT ITALIEN

### I. INTRODUCTION

1. En droit administratif italien, la loi ne fournit pas de définition de l'acte administratif. Il s'agit, davantage, d'une notion élaborée par la jurisprudence ainsi que par la doctrine afin d'apporter une solution au problème de l'identification des actes pouvant être attaqués devant les juridictions administratives<sup>1</sup>.
2. Dans cette vaste catégorie des actes administratifs, une distinction est faite entre les actes administratifs simples et les actes administratifs donnant lieu à une décision. L'acte administratif englobe toute déclaration de volonté, de prise de connaissance ou de prise de position, effectuée par une entité de l'administration publique dans l'exercice du pouvoir administratif<sup>2</sup>.
3. L'acte administratif donnant lieu à une décision constitue une manifestation de la volonté adoptée par l'administration à la fin d'une procédure, poursuivant la réalisation d'un intérêt public concret et produisant des effets juridiques de manière unilatérale dans les rapports externes avec les destinataires<sup>3</sup>.
4. Les actes administratifs ne donnant pas lieu à une décision peuvent être divisés, d'une part, en actes constituant ou non des manifestations de volonté et, d'autre part, en actes d'impulsion<sup>4</sup> et de "déclaration constitutive" produisant des effets favorables pour le destinataire<sup>5</sup>.
5. Les actes constituant une manifestation de volonté sont constitués des actes "paritetici", par lesquels l'administration publique répond à une obligation fixée par la loi, ainsi que des actes préparatoires et des actes de contrôle<sup>6</sup>. En revanche, les actes ne constituant pas une manifestation de volonté sont les actes reconnaissifs, à

---

<sup>1</sup> Garofoli, R., Ferrari, G., *Manuale di Diritto amministrativo*, X Ed., 2016, Nel Diritto Editore, p. 821.

<sup>2</sup> Garofoli, R., Ferrari G., *Idem*.

<sup>3</sup> Garofoli, R., Ferrari G., *cit*, p.822.

<sup>4</sup> Il s'agit de propositions exprimant un jugement sur le contenu à donner à un acte et de directives demandant la réalisation d'un programme ou d'une tâche déterminés.

<sup>5</sup> Il s'agit d'inscriptions, d'enregistrements, ou de subventions.

<sup>6</sup> Les actes de contrôle existent sous des formes très diverses, à savoir: actes de contrôle sur les autres actes ou sur les organes, actes de contrôle interne ou externe à une administration et actes de contrôle préventif ou successif.

savoir des manifestations de connaissance confirmant des faits juridiquement importants<sup>7</sup>, ainsi que les actes d'évaluation<sup>8</sup> et les avertissements<sup>9</sup>.<sup>10</sup>

6. Plus particulièrement, les actes administratifs ne donnant pas lieu à une décision ont une nature accessoire et fonctionnelle, contrairement aux actes donnant lieu à une décision. Ces actes, n'étant pas autonomes, ne peuvent pas être attaqués car seul l'acte administratif, en fonction duquel ils ont été adoptés, peut avoir des effets préjudiciables.
7. Ainsi, la distinction entre les actes administratifs susmentionnés a une importance pour la pratique au niveau procédural. En effet, seuls les actes administratifs donnant lieu à une décision sont directement attaquables. Plus précisément, les effets des actes ne donnant pas lieu à une décision ne sortent pas du cadre de l'administration car ils ne peuvent pas avoir d'incidence sur les situations juridiques de tiers, reconnues par l'ordre juridique et protégées.
8. Enfin, il convient de souligner que, selon une partie de la doctrine, il existe également des actes ayant une nature mixte, consistant en partie en des manifestations de volonté et en partie en des manifestations par lesquelles l'administration montre une prise de position ou une prise de connaissance ne poursuivant pas directement l'intérêt public, mais ayant plutôt pour objet de promouvoir l'activité d'autrui. À cet égard, il convient de faire référence aux visas, approbations, désignations, directives et contestations.
9. Cette étude présente la jurisprudence et la doctrine relatives aux différents actes administratifs ne donnant pas lieu à une décision (II.) ainsi qu'une catégorie particulière d'actes administratifs, à savoir les circulaires (III.).

## **II. LES ACTES ADMINISTRATIFS NE DONNANT PAS LIEU À UNE DÉCISION**

### **A. LES AVIS**

10. Les avis sont considérés comme des manifestations de jugement adoptées par les administrations auxquelles la loi attribue des compétences consultatives. Ils sont divisés en deux catégories: facultatifs et obligatoires. Ces derniers peuvent être à

---

<sup>7</sup> Il s'agit d'actes tels que les inspections, les enquêtes, les certifications et les verbalisations.

<sup>8</sup> Il s'agit d'actes comme le jugement déclarant aptes les participants à un concours, les avis, les manifestations fonctionnelles de jugement à l'adoption d'un acte donnant lieu à une décision.

<sup>9</sup> Une administration envoie un avertissement formel à un tiers en vue d'obtenir le respect d'une obligation.

<sup>10</sup> Garofoli, R., Ferrari, G., *cit*, p. 838 à 841.

leurs tours contraignants, non contraignants, partiellement contraignants ou conformes<sup>11</sup>.

11. Les avis contraignants négatifs peuvent faire l'objet d'un recours lorsqu'ils produisent des effets sur des tiers, ou lorsqu'ils ne laissent aucun doute à l'intéressé concernant le contenu de la décision finale<sup>12</sup>.
12. Par un arrêt de 2012, le Conseil d'État a affirmé que l'avis contraignant rendu par un organe consultatif et favorable au rejet de la demande d'un particulier, même s'il constitue un acte adopté pendant la procédure ("endoprocedimentale"), est directement attaquant lorsqu'il a déterminé l'abandon de la procédure par l'administration en question<sup>13</sup>.

#### B. LES ACTES INTERLOCUTOIRES

13. Les actes interlocutoires font partie des exceptions définies par le Conseil d'État aux actes ne donnant pas lieu à une décision qui peuvent faire l'objet d'un recours. En effet, ces actes peuvent être attaqués car ils sont susceptibles de stopper la procédure administrative, empêchant l'intéressé d'obtenir rapidement satisfaction<sup>14</sup>.

#### C. LES ACTES REPORTANT UNE DÉCISION (ATTI SOPRASSESSORI)

14. Les actes reportant une décision, même s'ils constituent des actes adoptés lors d'une procédure administrative, ont également été inclus, par le Conseil d'État parmi les exceptions aux actes ne donnant pas lieu à une décision qui peuvent faire l'objet d'un recours. Selon le Conseil d'État, ces actes, en renvoyant à un événement futur incertain le moment où l'intérêt qu'un particulier fait valoir sera satisfait, sont susceptibles de stopper la procédure administrative que le particulier avait lui-même débütée par une demande<sup>15</sup>.

#### D. LES COMMUNICATIONS

15. L'autorité des marchés financiers (Commissione Nazionale per la Società e la Borsa, CONSOB) utilise deux types de communications: d'une part, les communications de portée générale, par lesquelles elle précise les normes applicables et, d'autre part, les communications ponctuelles en réponse à des questions précises posées par les

<sup>11</sup> Garofoli, R., Ferrari, G., *cit.*, p. 839 et 840.

<sup>12</sup> Bellomo, F., *Manuale di diritto amministrativo*, volume 2, CEDAM, 2009, p. 177 à 179. Voir arrêt du Conseil d'État n° 296 du 4 février 2008, n° 1246 du 11 mars 2004, n° 226 du 11 mars 1997, et n° 1377 du 9 octobre 1998.

<sup>13</sup> Voir arrêt du Conseil d'État n° 1829 du 28 mars 2012.

<sup>14</sup> Voir arrêt du Conseil d'État n° 296 du 4 février 2008, n° 1246 du 11 mars 2004, n° 226 du 11 mars 1997 et n° 1377 du 9 octobre 1998. Giovagnoli, R., Fratini, M., *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, Procedimento e accesso, Tomo I, Giuffrè Editore, 2007, p. 95 et 96.

<sup>15</sup> *Idem*.

opérateurs économiques. Ces deux types de communications constituent des instruments propres à l'autorité dont elle s'est dotée pour satisfaire des exigences pratiques et ne sont pas prévues par des dispositions législatives. En revanche, lorsque l'activité de cette autorité relève d'une disposition législative, les communications de la CONSOB ont une nature réglementaire et ne constituent pas une simple orientation. Dans ce cas, un recours présenté contre une telle communication est admissible<sup>16</sup>.

#### E. LES RECOMMANDATIONS CONTRAIGNANTES DE L'AUTORITÉ NATIONALE DE L'ANTICORRUPTION

16. En vertu de l'article 221, paragraphe 2, du code des marchés publics, lorsque l'autorité nationale de l'anticorruption (ci-après l'"ANAC") relève des vices d'illégalité dans les actes d'appel d'offres, elle peut demander au pouvoir adjudicateur d'y remédier dans les soixante jours. Il s'agit d'une "recommandation contraignante" permettant à l'ANAC de sanctionner, par une amende allant de 250 à 25 000 euros, le pouvoir adjudicateur n'ayant pas remédié à la situation.
17. La recommandation étant contraignante, elle peut être attaquée devant la juridiction administrative compétente au sens de l'article 120 du code du procès administratif (codice del processo amministrativo)<sup>17</sup>.

### III. LES CIRCULAIRES

18. Les circulaires sont considérées comme des actes administratifs autonomes faisant partie des actes internes typiquement destinés à l'autoréglementation des organes de l'administration. Plus précisément, les circulaires sont des instruments de communication d'actes qui peuvent avoir n'importe quel contenu<sup>18</sup>.
19. Selon une jurisprudence constante, les circulaires ne peuvent pas être attaquées directement. Toutefois, la circulaire peut faire l'objet d'un recours lorsqu'elle est attaquée de manière conjointe avec l'acte administratif donnant lieu à une décision ou encore avec l'acte administratif d'application. Partant, le recours contre une circulaire constitue uniquement une faculté pour le destinataire de l'acte donnant lieu à une décision.

<sup>16</sup> Voir arrêt du tribunal administratif du Latium n° 10709 du 26 novembre 2002. Les rapports du Conseil d'État (ancienne collection Étude et documents du Conseil d'État), p. 232.

<sup>17</sup> Il convient de signaler que le Conseil d'État, par un avis de 2016, a proposé de modifier la règle prévue par ledit article 221 du code des marchés publics ou d'introduire la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de demander le réexamen de la recommandation contraignante.

<sup>18</sup> Il s'agit d'un instrument utilisé pour informer de l'existence d'un acte déterminé aux tiers. La doctrine a identifié plusieurs types de circulaires, et notamment, les circulaires informatives, interprétatives, normatives, de courtoisie et d'organisation.

20. Lorsque la circulaire est attaquée conjointement avec l'acte donnant lieu à une décision, le juge administratif connaîtra des deux documents dans leur intégralité ce qui permettra, le cas échéant, d'annuler l'acte et la circulaire<sup>19</sup>.
21. L'autorité chargée du recouvrement des impôts (Agenzia delle Entrate) peut publier des circulaires exposant l'interprétation d'une disposition fiscale. Il s'agit de documents à usage interne qui ne sont contraignants ni pour le contribuable ni pour le juge administratif. Toutefois, les circulaires peuvent être invoquées par les particuliers dans leurs rapports avec l'administration afin de faire valoir leur position<sup>20</sup>.

[...]

---

<sup>19</sup> Garofoli, R., Ferrari, G., *cit*, p. 77 à 83.

<sup>20</sup> Voir arrêt du Conseil d'Etat n° 6243 de 2005. Les rapports du Conseil d'État (ancienne collection Étude et documents du Conseil d'État), p. 231 et 232.



## DROIT LETTON

### I. INTRODUCTION

1. En Lettonie, il existe deux types de procédure juridictionnelle dans lesquelles les instruments de droit “souple” adoptés par les autorités administratives, tels que des circulaires ou instructions, pourraient éventuellement être invoqués aux fins du contrôle de leur légalité. Il s’agit de la procédure administrative et de la procédure constitutionnelle, la première étant effectuée par les juridictions administratives et la deuxième étant effectuée par la Cour constitutionnelle.
2. Par conséquent, dans un premier temps, les règles de la procédure administrative seront présentées accompagnées d’exemples de la jurisprudence de la section administrative de la Cour suprême. Dans un second temps, les règles pertinentes de la loi sur la Cour constitutionnelle ainsi que des exemples de la jurisprudence de cette juridiction seront exposés.

### II. PROCÉDURE ADMINISTRATIVE

3. En vertu de l’article 184 de la loi sur la procédure administrative (*Administratīvā procesa likums*)<sup>1</sup>, intitulé “L’objet d’un recours”, un recours peut être formé contre un acte administratif ou un comportement factuel.
4. En ce qui concerne les actes administratifs, le recours peut porter soit sur l’annulation, soit sur la constatation de la validité ou de la non-validité de l’acte concerné. Par ailleurs, l’objet de la demande peut aussi consister à obliger les autorités publiques à adopter un acte administratif. De surcroît, le recours peut viser à faire constater soit l’existence de relations de droit public découlant d’un acte normatif, soit le contenu de celles-ci. Enfin, le recours peut porter sur la compatibilité d’un contrat de droit public avec les normes de droit, sur la validité dudit contrat, sur sa conclusion ou sur son exécution.
5. L’article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la loi sur la procédure administrative fournit la définition de la notion d’un acte administratif. Selon cette définition, un acte administratif est un acte juridique orienté vers l’extérieur, adopté par une autorité (institution) dans le domaine du droit public, qui concerne une personne ou des personnes définies et qui crée, amende, constate ou clôture les relations juridiques en cause, ou constate l’existence d’une situation factuelle. Cette disposition précise également quels sont les actes explicitement exclus de cette notion, tels que les décisions internes institutionnelles qui concerne uniquement l’institution elle-même ou une institution ou personne subordonnée à cette première institution, ainsi que les

---

<sup>1</sup> Administratīvā procesa likums. Publicēts: "Latvijas Vēstnesis", 164 (2551), 14.11.2001.

décisions politiques adoptées par le Parlement, par le Président de la République, par le cabinet des ministres ou par un conseil municipal.

6. L'une des caractéristiques inhérentes à l'acte administratif est que cet acte fait naître des effets juridiques. Cela signifie que cet acte a un impact sur les droits et obligations de son destinataire, et ce dans le domaine de droit public. Afin de considérer un acte comme administratif, il est nécessaire que celui-ci fasse directement naître des effets juridiques et qu'il soit la décision finale adoptée dans le cadre de la procédure administrative.<sup>2</sup>
7. La Cour suprême, par exemple, a estimé que la décision d'un conseil municipal de reconnaître la gestion des déchets comme un secteur stratégique dans la municipalité en cause n'est pas considérée comme un acte administratif car cette décision ne fait pas naître d'effets juridiques envers les particuliers et, en outre, elle n'a pas été adressée aux personnes définies.<sup>3</sup>
8. En vertu de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 6, de la loi sur la procédure administrative, un acte normatif interne est un acte juridique adopté par un organisme de droit public afin d'établir la procédure interne, pour lui-même ou pour une institution subordonnée à cet organisme, ou afin d'expliquer la procédure d'application d'un acte normatif externe dans le domaine de sa compétence (instruction, recommandation, règlement intérieur, etc.). L'objectif principal de ces actes n'est pas de réglementer les relations entre une institution et une personne mais d'appliquer les normes des actes normatifs externes de manière uniforme.<sup>4</sup>
9. L'article 72, paragraphe 4, de la loi sur le système de l'administration de l'État (*Valsts pārvaldes iekārtas likums*)<sup>5</sup> prévoit qu'un acte normatif interne est contraignant à l'égard de l'institution (ses divisions et les employés) ou des fonctionnaires, par rapport auxquels cet acte a été adopté. Cela signifie que ces actes ne sont pas censés produire d'effets à l'extérieur de l'administration, vis-à-vis des personnes privées, ce qui correspond au principe dit de réserve de la loi. Ce principe prévoit qu'un acte administratif ou un comportement factuel de l'administration défavorable pour une personne doit être basé sur la Constitution, une loi, les normes du droit international, ou sur un règlement gouvernemental ou municipal si une telle délégation directe ou indirecte existe dans la Constitution, dans une loi ou dans les normes du droit international.<sup>6</sup> Si l'autorité a utilisé un acte normatif interne dans la

<sup>2</sup> Latvijas Republikas Augstākās tiesas Senāta Administratīvo lietu departamenta 2008. gada 25. marta lēmuma lietā SKA-119/2008 13.punkts.

<sup>3</sup> Latvijas Republikas Augstākās tiesas Senāta Administratīvo lietu departamenta 2013. gada 20. septembra lēmums lietā SKA-746/2013.

<sup>4</sup> Latvijas Republikas Augstākās tiesas Senāta Administratīvo lietu departamenta 2008. gada 8. maija sprieduma lietā SKA-153/2008, 10.punkts.

<sup>5</sup> Valsts pārvaldes iekārtas likums. Publicēts: "Latvijas Vēstnesis", 94 (2669), 21.06.2002.

<sup>6</sup> Article 11 de la loi sur la procédure administrative.

motivation d'un acte administratif, elle doit l'indiquer mais cette indication a un caractère exclusivement informatif.<sup>7</sup>

10. Par conséquent, l'acte administratif est un acte d'application individuelle concernant une personne ou plusieurs personnes privées bien définies, contrairement à l'acte normatif, qui est un acte d'application générale, et contraignant uniquement à l'égard de l'administration publique, en ce qui concerne les actes normatifs internes, ou en dehors du cadre de cette administration, en ce qui concerne les actes normatifs externes (la constitution, les lois, les règlements gouvernementaux).
11. Par conséquent, les actes de droit "souple" adoptés par les autorités administratives<sup>8</sup> sont plutôt considérés comme des actes normatifs internes et ne sont pas attaquables directement devant les juridictions administratives.
12. Néanmoins, les autorités utilisent ces actes de droit "souple" dans le cadre des procédures administratives, et les juridictions administratives vérifient si ces actes ont été appliqués correctement. Par exemple, la Cour suprême, saisie d'un litige dans le domaine de l'aide aux agriculteurs concernant une demande visant l'annulation d'un acte administratif défavorable et visant l'adoption d'un acte administratif favorable au requérant, a vérifié si le manuel de recommandations (un acte normatif interne) avait servi de base de restriction des droits du requérant et a conclu que cette base se trouve dans les actes normatifs externes et non dans le manuel, ce dernier ayant été utilisé seulement comme une aide (à titre subsidiaire).<sup>9</sup>

### III. PROCÉDURE CONSTITUTIONNELLE

13. L'article 85 de la Constitution de la République de Lettonie (*Satversme*)<sup>10</sup> prévoit notamment que la Cour constitutionnelle en Lettonie est compétente pour se prononcer sur la compatibilité des lois avec la Constitution. Cet article délègue au législateur le pouvoir de définir les autres compétences de cette Cour.
14. L'article 16 de la loi sur la Cour constitutionnelle (*Satversmes tiesas likums*)<sup>11</sup> définit la compétence additionnelle de ladite juridiction. Le point 3 dudit article

<sup>7</sup> Latvijas Republikas Augstākās tiesas Senāta Administratīvo lietu departamenta 2008. gada 8. maija sprieduma lietā SKA-153/2008, 11.punkts.

<sup>8</sup> Les autorités (institutions) lettones adoptant un grand nombre de ces actes, comme des lignes directrices ou orientations, sont l'administration fiscale et le centre de la protection des droits des consommateurs où ces institutions expliquent les actes normatifs externes. Voir: Pastars, E., Novicka, S., Priekulis, J., Iestāžu vadlīnijas – laba prakse vai likuma atrunas principa pārkāpums. Jurista Vārds, 2017. gada 24. janvāris, n° 4 (958).

<sup>9</sup> Latvijas Republikas Augstākās tiesas Senāta Administratīvo lietu departamenta 2010. gada 13. maija sprieduma lietā SKA-207/2010 12.punkts.

<sup>10</sup> Latvijas Republikas Satversme. Publicēts: "Latvijas Vēstnesis", 43, 01.07.1993.

<sup>11</sup> Satversmes tiesas likums. Publicēts: "Latvijas Vēstnesis", 103 (588), 14.06.1996.

prévoit que la Cour constitutionnelle est compétente pour se prononcer sur un recours visant la compatibilité d'un acte normatif ou sa partie avec des normes (actes) juridiques ayant une force juridique supérieure.

15. Selon un avis doctrinal, cette disposition couvre non seulement les actes normatifs externes mais également les actes normatifs internes.<sup>12</sup> Cet avis est également confirmé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle susmentionnée.
16. Tout d'abord, il convient de mentionner l'arrêt du 19 décembre 2001 portant sur la compatibilité avec la Constitution d'un ordre du ministère de la Justice concernant la procédure à suivre en cas de détention des suspects, accusés et condamnés dans les prisons d'investigation. Sur la base de cet ordre, l'autorité responsable de la gestion des centres pénitentiaires a approuvé le règlement interne des prisons d'investigation. L'affaire en cause a été initiée par deux personnes privées concernées par cet ordre et ce règlement interne.
17. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle a considéré que l'ordre et le règlement interne précités sont les actes normatifs internes qui en principe devraient s'imposer uniquement aux institutions qui les ont adoptés, toutefois, ils régissent indirectement les relations entre l'État et les détenus. Selon la Cour constitutionnelle, la réglementation des relations entre l'État et les détenus par le biais d'actes normatifs internes est possible uniquement si les conséquences de cette réglementation ne sont pas défavorables aux détenus, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. En outre, la juridiction constitutionnelle a conclu qu'en interdisant aux détenus de recevoir des produits alimentaires de l'extérieur, l'autorité responsable de la gestion des centres pénitentiaires, qui détient une partie du pouvoir exécutif, a enfreint la Constitution en s'arrogeant les compétences du législateur.<sup>13</sup>
18. Il convient de mentionner également l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 9 juillet 1999 portant sur la compatibilité avec plusieurs lois du règlement adopté par l'agence nationale de biens immobiliers prévoyant la procédure en vertu de laquelle cette agence loue les biens qu'elle gère. L'affaire a été initiée sur une demande du procureur général et non d'une personne physique comme c'était le cas dans l'affaire précédente.
19. Dans cet arrêt, la Cour constitutionnelle a établi les critères permettant de distinguer les actes normatifs externes des actes internes, le critère principal étant le destinataire de l'acte. Selon la Cour constitutionnelle, le règlement de l'agence

---

<sup>12</sup> Rodiņa, A., *Konstitucionālās sūdzības teorija un prakse Latvijā*. Latvijas Vēstnesis, Rīga, 2009, p. 109.

<sup>13</sup> Latvijas Republikas Satversmes tiesas 2001. gada 19. decembra spriedums lietā Nr. 2001-05-03. Publicēts: "Latvijas Vēstnesis", 187 (2574), 22.12.2001. Concernant la constitutionnalité du même règlement interne, la Cour constitutionnelle s'est prononcée également dans l'arrêt du 22 octobre 2002 dans l'affaire n° 2002-04-03, publié: "Latvijas Vēstnesis", 43, 01.07.1993. Au sujet du contrôle des actes normatifs internes, il convient de mentionner également l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 22 février 2002 dans l'affaire n° 2001-06-03, publié: "Latvijas Vēstnesis", 31 (2606), 26.02.2002.

nationale de biens immobiliers en cause correspond aux critères applicables aux actes normatifs externes. En effet, son objectif principal était de déterminer les personnes éligibles pour louer les biens, non employées par l'agence, et c'est ainsi que ce règlement a produit des effets juridiques externes. Sur la base de ce règlement, l'agence a adopté des actes administratifs accordant le droit de location. La juridiction constitutionnelle a conclu qu'en adoptant ce règlement, l'agence a enfreint sa compétence et a agi *ultra vires*.<sup>14</sup>

20. Il découle de cette jurisprudence que le contrôle, effectué par la juridiction constitutionnelle, est possible dans le cas des actes normatifs internes. Toutefois, il est à souligner que cette jurisprudence n'est pas très récente et qu'elle a été adoptée dans des circonstances spéciales, bien qu'il ne s'agisse pas d'actes normatifs internes ordinaires mais que ceux-ci produisent des effets juridiques externes vis-à-vis des personnes privées. Il convient de noter que la loi prévoit des conditions que les personnes privées doivent remplir afin d'introduire un recours devant la juridiction constitutionnelle telles que l'existence d'une atteinte aux droits fondamentaux garantis par la Constitution et l'épuisement d'autres moyens existants dans le système juridique.<sup>15</sup>
21. Enfin, il existe un autre avis doctrinal, plus récent, selon lequel ni les juridictions administratives ni la Cour constitutionnelle ne peuvent annuler les actes normatifs internes car seule l'administration de l'État les ayant adoptés est compétente pour ce faire. En outre, le législateur a accordé aux institutions (autorités publiques) la possibilité de ne pas appliquer ces actes dans certains cas et les juridictions administratives ne sont pas liées par ces actes.<sup>16</sup>

#### IV. CONCLUSION

22. Le droit "souple", en Lettonie, existe sous la forme d'actes normatifs internes qui, par leur nature, ne sont pas adoptés pour produire des conséquences juridiques négatives vis-à-vis des personnes privées. C'est la raison pour laquelle le recours direct contre les actes de droit "souple" n'est pas admissible dans le cadre de la procédure administrative. Néanmoins, le contrôle indirect est réalisé dans le cadre de ladite procédure concernant, par exemple, les actes administratifs dans les procès d'adoption dans lesquels les actes normatifs internes ont été utilisés.

<sup>14</sup> Latvijas Republikas Satversmes tiesas 1999. gada 9. jūlija spriedums lietā Nr.04-03(99). Publicēts: "Latvijas Vēstnesis", 229/230 (1689/1690), 14.07.1999.

<sup>15</sup> L'article 19.<sup>2</sup> de la loi sur la Cour constitutionnelle. Cet article prévoit également les exceptions concernant la deuxième condition et le délai de six mois pour l'introduction d'un recours.

<sup>16</sup> Pastars, E., Novicka, S., Priekulis, J., Iestāžu vadlīnijas – laba prakse vai likuma atrunas principa pārkāpums. Jurista Vārds, 2017. gada 24. janvāris, Nr.4 (958).

23. Partant, en ce qui concerne la procédure devant la Cour constitutionnelle, il existe une certaine incertitude. Il ressort de la jurisprudence de ladite juridiction qu'un tel recours serait éventuellement possible concernant les actes normatifs internes produisant en réalité des effets juridiques externes vis-à-vis de personnes privées (se trouvant en dehors de l'administration publique). Toutefois, il est nécessaire de tenir compte du fait que la jurisprudence, confirmant cet avis, n'est pas très récente, qu'il existe un avis opposé postérieur dans la doctrine, et que le principe général demeure que la Cour constitutionnelle est la juridiction qui assure le contrôle des actes normatifs externes.

[...]

## DROIT NÉERLANDAIS

### I. INTRODUCTION

1. À titre liminaire, et avant d'aborder la question de recevabilité de recours juridictionnels intentés à l'encontre des instruments de droit dit "souple", il est nécessaire de définir la notion d'instruments de droit "souple" dans l'ordre juridique néerlandais.
2. La notion précitée fait référence aux règles de conduite et de décision dites non juridiques. Dans l'ensemble, trois types d'instruments de droit "souple" peuvent être distingués, les deux premiers portant sur l'exercice, par un organe administratif, de ses propres compétences, le troisième provenant plutôt d'un organe tiers.<sup>1</sup>
3. Il s'agit, tout d'abord, des lignes directrices (beleidsregels). La notion de "ligne directrice" est définie, dans l'article 1:3, paragraphe 4, de la loi générale sur le droit administratif (Algemene wet bestuursrecht, ci-après l'"AWB"), comme une règle générale qui, tout en n'étant pas un acte obligatoire de portée générale, est établie par une décision<sup>2</sup> et qui concerne la mise en balance des intérêts, la constatation de faits ou l'interprétation de dispositions légales dans le cadre de l'exercice d'une compétence d'un organe administratif.
4. Ce type d'instrument de droit dit "souple" présente les caractéristiques les plus proches de celles du droit administratif.<sup>3</sup> Au titre de l'article 4:81, paragraphe 1, de l'AWB, un organe administratif peut définir des lignes directrices concernant les pouvoirs qui lui sont conférés, qui sont exercés sous sa responsabilité, ou qu'il délègue. Dans d'autres cas, l'organe administratif peut uniquement définir des lignes directrices, pour autant que la loi le permette.<sup>4</sup> En vertu de l'article 4:84 de l'AWB, l'organe administratif agit conformément aux lignes directrices, à moins que cela n'ait, à l'égard d'un ou de plusieurs intéressés, des conséquences qui, en

<sup>1</sup> Bröring, H.E., Bestuursrechtelijke 'soft law', Of: lang leve de beleidsregel, maar niet de beleidsregel alleen, in R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, S.D.P. Kole, A.G.A. Nijmeijer, In de regel, Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht, Radboud Universiteit Nijmegen, Kluwer, 2012, p. 167.

<sup>2</sup> Pour la définition de la notion de "décision", voir la partie II., point A., sous 1., ci-après.

<sup>3</sup> Bröring, H.E., Bestuursrechtelijke 'soft law', Of: lang leve de beleidsregel, maar niet de beleidsregel alleen, in R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, S.D.P. Kole, A.G.A. Nijmeijer, In de regel, Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht, Radboud Universiteit Nijmegen, Kluwer, 2012, p. 168.

<sup>4</sup> Il convient de penser, à cet égard, à des lignes directrices visant une compétence d'un autre organe. Voir, Verbeek, J., Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht, Bevoegdheid tot vaststellen bij: Algemene wet bestuursrecht, Artikel 4:81 [Bevoegdheid tot vaststelling], disponible sous le lien suivant: <http://deemlinking.kluwer.nl/?param=009DOE2B&cpid=WKNL-LTR-Nav2>, p. 4.

raison de circonstances particulières, seraient disproportionnées par rapport à l'objectif que ces lignes directrices poursuivent. Les lignes directrices doivent toujours être publiées conformément à l'article 3:42 de l'AWB<sup>5</sup> et sont, notamment de ce fait, qualifiées par la Cour suprême de droit au sens de l'article 79 de la loi sur l'organisation judiciaire, impliquant que les lignes directrices peuvent être interprétées dans le cadre d'un pourvoi en cassation.<sup>6</sup> Toutefois, les juridictions ne sont pas tenues d'appliquer d'office les lignes directrices.<sup>7</sup>

5. Il convient de remarquer que, pour qu'un instrument de droit "souple" puisse être considéré en tant que ligne directrice, sa forme et sa désignation ne sont pas déterminantes. Il peut s'agir, à titre indicatif, de circulaires, de lettres, de plans, ainsi que de notes.<sup>8</sup>
6. Ensuite, les "autres" instruments de l'exercice des compétences propres, qui n'ont pas le statut de "lignes directrices" et qui sont davantage fondés sur une compétence implicite, concernent, à titre indicatif, des instructions internes, des manuels, des protocoles, ainsi que des "lignes directrices" qui n'ont pas été publiées et ne sont, partant, pas entrées en vigueur en tant que décision<sup>9</sup>. En résumé, il s'agit d'une sorte de ligne de conduite constante. L'engagement de l'organe administratif envers ces instruments, qui est plus faible qu'en cas de lignes directrices, ressort notamment des principes de non-discrimination et de conduite correcte et cohérente des politiques. Toutefois, aucune exigence de publicité ne s'appliquant à ces instruments, ils ne sont pas considérés comme une

---

<sup>5</sup> En effet, en vertu de l'article 3:40 de l'AWB, une décision n'entre pas en vigueur tant qu'elle n'a pas été publiée.

<sup>6</sup> En vertu de l'article 79, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'organisation judiciaire, la Cour suprême annule des actes, des arrêts, des jugements et des décisions au motif de la violation du droit, à l'exclusion du droit des États étrangers. Voir, Hoge Raad, 28/03/1990, NJ 1991/118.

<sup>7</sup> De Poorter, Tekst & Commentaar Awb, commentaar op art. 1:3 Awb, Besluit; beschikking; aanvraag; beleidsregel, disponible sous le lien suivant: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=009D0E28&cpid=WKNL-LTR-Nav2>, p. 15. Voir, Hoge Raad, 28/03/1990, NJ 1991/118. Partant, les juridictions ne sont tenues que de se prononcer sur la violation d'une ligne directrice, lorsque celle-ci est invoquée par une des parties.

<sup>8</sup> De Poorter, Tekst & Commentaar Awb, commentaar op art. 1:3 Awb, Besluit; beschikking; aanvraag; beleidsregel, disponible sous le lien suivant: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=009D0E28&cpid=WKNL-LTR-Nav2>, p. 14.

<sup>9</sup> Pour la définition de la notion de "décision", voir la partie II., point A., sous 1., ci-après.



décision au sens de l'article 1:3, paragraphe 1, de l'AWB ni comme droit au sens de l'article 79 de la loi sur l'organisation judiciaire.<sup>10</sup>

7. Enfin, il existe un troisième type d'instruments de droit dit "souple" provenant d'un tiers, au lieu de l'organe administratif même, qui suggèrent, en général, à une autre personne que l'auteur de l'instrument, une certaine façon d'agir (tels qu'à titre indicatif, une opinion d'expert). Ces instruments, fréquemment intitulés "directives" (richtlijnen), qui ne reposent sur aucune compétence attribuée, ne lient en général pas l'organe administratif et ne doivent pas être publiés selon des exigences précises. Par ailleurs, ils ne concernent pas non plus de droit au sens de l'article 79 de la loi sur l'organisation judiciaire. L'engagement éventuel de l'organe administratif envers lesdits instruments ne ressortira que du principe de diligence et de l'obligation de motivation, au sens des articles 3:2 et 3:46 de l'AWB.<sup>11</sup> En effet, en vertu de ces dispositions, lors de l'élaboration d'une décision, l'organe administratif collecte toutes les informations nécessaires concernant les faits et les intérêts concernés. Par ailleurs, la décision doit être dûment motivée.

## II. LE CADRE JURIDIQUE

### A. ABSENCE DE VOIE DE RECOURS DIRECT DEVANT LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES CONTRE LES INSTRUMENTS DE DROIT "SOUPLE"

#### 1. ABSENCE DE VOIE DE RECOURS DIRECT DEVANT LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES CONTRE UN INSTRUMENT NE CONSTITUANT PAS UNE DÉCISION

8. En droit néerlandais, la recevabilité des recours juridictionnels intentés devant les juridictions administratives à l'encontre d'un acte adopté par un organe

<sup>10</sup> En vertu de l'article 79, paragraphe 1, sous b), de la loi sur l'organisation judiciaire, la Cour suprême annule des actes, des arrêts, des jugements et des décisions au motif de la violation du droit, à l'exclusion du droit des États étrangers. Voir, Hoge Raad, 28/03/1990, NJ 1991/118.

Bröring, H.E., Bestuursrechtelijke 'soft law', Of: lang leve de beleidsregel, maar niet de beleidsregel alleen, in R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, S.D.P. Kole, A.G.A. Nijmeijer, In de regel, Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht, Radboud Universiteit Nijmegen, Kluwer, 2012, p. 168, 169; Bröring, H.E., Geertjes, G.J.A., Bestuursrechtelijke soft law in Nederland, Duitsland en Engeland, NTB 2013/12, p. 2-3; De Poorter, Tekst & Commentaar Awb, commentaar op art. 1:3 Awb, Besluit; beschikking; aanvraag; beleidsregel, disponible sous le lien suivant: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=009D0E28&cpid=WKNL-LTR-Nav2>, p. 2.

<sup>11</sup> Bröring, H.E., Bestuursrechtelijke 'soft law', Of: lang leve de beleidsregel, maar niet de beleidsregel alleen, in R.J.N. Schlössels, A.J. Bok, S.D.P. Kole, A.G.A. Nijmeijer, In de regel, Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht, Radboud Universiteit Nijmegen, Kluwer, 2012, p. 168, 169; H.E. Bröring, G.J.A. Geertjes, Bestuursrechtelijke soft law in Nederland, Duitsland en Engeland, NTB 2013/12, p. 3.

administratif dépend d'une part de l'intérêt d'agir de l'intéressé, et d'autre part du type d'acte.

9. En effet, l'article 8:1 de l'AWB prévoit uniquement la possibilité d'introduire un recours devant les juridictions administratives contre une "décision". Par ailleurs, en vertu de cette dernière disposition lue en combinaison avec l'article 1:2, paragraphe 1, de l'AWB, le requérant doit être directement concerné par ladite décision.
10. Ce qu'on entend par une "décision" et, par conséquent, par un acte attaquant devant les juridictions administratives néerlandaises est clarifié par l'article 1:3, paragraphe 1, de l'AWB. La notion de "décision" est définie, au premier paragraphe de cette disposition, comme "une décision écrite d'un organe administratif contenant un acte juridique de droit public".
11. Cette notion qui comprend tant des décisions de portée générale, que des décisions de portée individuelle, est, partant, composée de quatre éléments.
12. En effet, tout d'abord, il doit s'agir d'un instrument écrit. Ensuite, il est impératif que celui-ci provienne d'un organe administratif. Par ailleurs, l'instrument doit contenir un acte juridique qui est, enfin, de droit public.
13. Par conséquent, l'instrument doit être destiné à produire des effets juridiques externes.<sup>12</sup> Selon le Conseil d'État, un acte a un effet juridique lorsqu'il est destiné à faire naître ou à supprimer une compétence, un droit ou une obligation pour une ou plusieurs personnes, ou lorsqu'il est destiné à déterminer le statut juridique d'une personne ou d'un bien.<sup>13</sup> Ces effets ne se produisent, d'ailleurs, qu'à partir de la date de publication de l'instrument, l'article 3:40 de l'AWB prévoyant qu'une décision n'entre pas en vigueur avant sa publication.<sup>14</sup>
14. Pour revenir sur les trois types d'instruments de droit dit "souple", tels qu'énumérés ci-dessus, il convient de constater que la distinction entre les trois se fonde sur la circonstance selon laquelle seules les lignes directrices constituent des "décisions" au sens des articles 1:3, paragraphe 1, et 8:1 de l'AWB.

---

<sup>12</sup> Van Angeren, J.R., Module Algemeen bestuursrecht, commentaar op artikel 1:3 AWB, 2.2.3. Rechtshandeling, disponible sous le lien suivant: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CC4A54&cpid=WKNL-LTR-Nav2>, p. 1.

<sup>13</sup> Van Angeren, J.R., Module Algemeen bestuursrecht, commentaar op artikel 1:3 AWB, 2.2.3. Rechtshandeling, disponible sous le lien suivant: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CC4A54&cpid=WKNL-LTR-Nav2>, p. 1; Raad van State, 30/01/2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC3065, JB 2008/57.

<sup>14</sup> A.Q.C. Tak, Het Nederlands bestuursprocesrecht, in theorie en praktijk, boek 2, Rechtsmacht en Bewijsrecht, Wolf Legal Publishers, 2014, p. 853.

15. Par conséquent, les deux derniers types d'instruments de droit dit "souple" ne sont pas des instruments attaquables devant les juridictions administratives, en vertu de l'article 8:1 de l'AWB.<sup>15</sup>

2. ABSENCE DE VOIE DE RECOURS DIRECT DEVANT LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES CONTRE UNE LIGNE DIRECTRICE

16. Tandis que les lignes directrices constituent des décisions au sens des articles 1:3, paragraphe 1, et 8:1 de l'AWB, et pourraient, de ce fait, faire l'objet d'un recours direct devant les juridictions administratives en vertu de ces dispositions, l'article 8:3, paragraphe 1, sous a), de l'AWB exclut, néanmoins, les lignes directrices des décisions contre lesquelles un recours administratif peut être introduit.<sup>16</sup>
17. Par conséquent, il peut être conclu qu'un recours direct à l'encontre d'un instrument de droit dit "souple" devant les juridictions administratives est exclu en vertu du droit administratif néerlandais, tant pour les lignes directrices que pour les autres instruments de droit dit "souple".

B. AUTRES VOIES DE RECOURS

1. VOIE DE RECOURS INDIRECT DEVANT LES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

18. Une procédure administrative n'est ouverte qu'à titre d'exception, par le biais d'un acte individuel fondé sur une ligne directrice ou tout autre instrument de droit dit "souple".<sup>17</sup>
19. La légalité de ladite ligne directrice ou de l'autre instrument de droit "souple" ne pourra, partant, être contestée que de manière indirecte devant les juridictions administratives, à savoir par le biais d'une éventuelle décision individuelle adoptée en application de cette ligne directrice ou de cet autre instrument de droit "souple".

<sup>15</sup> J.A.P.N. Antonis, Lexplicatie, commentaar op artikel 8:3 AWB, disponible sous le lien suivant: <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00C687D9&cpid=WKNL-LTR-Nav2>, p. 2; H.E Bröring, G.J.A. Geertjes, Bestuursrechtelijke soft law in Nederland, Duitsland en Engeland, NTB 2013/12, p. 3; P.J.J. van Buuren, T.C. Borman, Algemene wet bestuursrecht, tekst & commentaar, Kluwer, 2006, p. 37 en faisant référence à la décision du Conseil d'État du 24 mai 2006, AB 2006, 250, ainsi qu'à la décision de cette même juridiction du 21 mars 2007, AB 2007, 197.

<sup>16</sup> Cette disposition exclut également d'autres décisions d'un recours administratif. Il s'agit, à titre informatif, des actes obligatoires de portée générale, à savoir des actes qui ne sont pas des actes individuels qui contiennent des normes juridiques de portée générale pouvant être appliquées à plusieurs reprises et destinés à produire des effets juridiques pour des personnes physiques ou morales, ainsi que des simples décisions préalables à un acte juridique privé.

<sup>17</sup> A.Q.C. Tak, Het Nederlands bestuursprocesrecht, in theorie en praktijk, boek 2, Rechtsmacht en Bewijsrecht, Wolf Legal Publishers, 2014, p. 1123 et 1124.

## 2. VOIE DE RECOURS CIVIL

20. En absence de voie de recours direct devant les juridictions administratives contre une ligne directrice ou tout autre instrument de droit dit "souple", il est, néanmoins, possible d'introduire devant les juridictions civiles une action en responsabilité extracontractuelle, en vertu de l'article 6:162 du code civil néerlandais.<sup>18</sup>
21. En effet, cet article prévoit que:
- 1) celui qui, envers autrui, commet un acte illicite pouvant lui être imputé, est tenu de réparer le préjudice que ce dernier a subi;
  - 2) sont réputés illicites, sauf fait justificatif, l'atteinte à un droit, ainsi que l'acte ou l'omission contraire à une obligation légale ou à une règle non écrite qui énonce ce qui est socialement admis;
  - 3) l'acte illicite est imputable à l'auteur s'il résulte de sa faute ou d'une cause dont il doit répondre en vertu de la loi ou suivant l'opinion généralement admise.
22. Ainsi, les juridictions civiles ont un rôle de "filet de sécurité". Néanmoins, l'intéressé devra établir - ce qui peut s'avérer difficile - que les conditions suivantes sont réunies: existence d'un acte illicite; acte imputable à l'auteur; existence du préjudice; lien de causalité entre l'acte et le préjudice subi; la norme transgressée doit avoir pour objet la protection contre le type de préjudice que la personne lésée a subi.
23. Par ailleurs, afin que l'action devant les juridictions civiles soit recevable, il est impératif qu'il n'y ait aucune procédure administrative indirecte possible, par le biais d'une décision d'application, contre l'instrument de droit "souple" concerné.<sup>19</sup>

### III. CONCLUSION

24. Au vu de ce qui précède, il peut être conclu que dans l'ordre juridique néerlandais, il n'existe pas de voie de recours direct devant les juridictions administratives à l'encontre d'un instrument de droit dit "souple". Le seul instrument de ce type qui

---

<sup>18</sup> Damen L.J.A., e.a., *Bestuursrecht, Deel 2, Rechtsbescherming tegen de overheid, Bestuursprocesrecht*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2009, p. 341; A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht, in theorie en praktijk, boek 2, Rechtsmacht en Bewijsrecht*, Wolf Legal Publishers, 2014, p. 1284.

<sup>19</sup> A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht, in theorie en praktijk, boek 2, Rechtsmacht en Bewijsrecht*, Wolf Legal Publishers, 2014, p. 1284.

pourrait faire l'objet d'un tel recours, à savoir la ligne directrice, est explicitement exclu par la loi en tant qu'acte attaquable.

25. La légalité des instruments de droit dit "souple" ne pourra, partant, qu'être contestée indirectement par le biais d'une décision adoptée sur la base d'un tel instrument ou, en l'absence d'une telle décision, directement devant les juridictions civiles en introduisant un recours en responsabilité extracontractuelle.

[...]

## DROIT ROUMAIN

### I. INTRODUCTION

1. D'emblée, il convient de souligner que la notion d'instrument de "soft law" n'est utilisée ni par la loi n° 554/2004, relative au contentieux administratif, ni par la doctrine de droit administratif<sup>1</sup>. Ainsi, afin de faire référence aux opérations juridiques qui n'ont pas vocation à produire des effets de droit ou qui ne produisent pas de tels effets indépendamment d'un acte administratif, la loi n°554/2004, ainsi que la doctrine renvoient aux notions d'"opérations administratives" ayant la qualité d'acte préparatoire d'un acte administratif et d'"opérations techniques" simples.
2. Ces opérations sont définies dans la doctrine comme des faits matériels des autorités publiques qui interviennent lors de l'adoption ou de l'exécution d'un acte administratif et qui ne produisent pas, par eux-mêmes, des effets de droit<sup>2</sup>. Sans pour autant que cette énumération soit exhaustive, les avis, les rapports, les circulaires, les lettres, ainsi que les ordres de service, relèvent de cette catégorie<sup>3</sup>.
3. Afin de distinguer les opérations des autorités publiques qui relèvent de cette catégorie de leurs actes administratifs, il convient, selon la doctrine, de procéder à l'appréciation de la volonté de l'autorité publique d'adopter un acte produisant des effets de droit mais également de la forme, du contenu et de l'objectif de l'acte concerné<sup>4</sup>.
4. Dans la pratique, afin de faire cette distinction, les juridictions vérifient tout d'abord si l'opération visée est apte à produire des effets de droit. Cette vérification s'impose au vu du fait qu'une des caractéristiques essentielles et intrinsèques de tout acte administratif est sa capacité à produire des effets de droit<sup>5</sup>.
5. Dès lors que les juridictions concluent qu'une opération menée par une autorité publique n'a pas vocation à produire des effets de droit, elles vont, par la suite, analyser si l'opération en cause est un "acte préparatoire" d'un acte administratif ou tout simplement, une "opération technique". Dans la première hypothèse, l'opération qualifiée d'"acte préparatoire" pourra faire l'objet d'un contrôle de légalité en contentieux administratif, mais uniquement de manière conjointe avec l'acte

---

<sup>1</sup> L'article 2, paragraphe 1), sous c), de la loi n° 554/2004 définit l'acte administratif comme "l'acte unilatéral à caractère individuel ou normatif, émis par une autorité publique, en régime de pouvoir public aux fins de la mise en œuvre ou de l'organisation de la mise en œuvre d'une loi, qui crée, modifie ou éteint des rapports juridiques".

<sup>2</sup> Iorgovan, A., *Tratat de drept administrativ*. Vol.II, Ed. All Beck, 2005, p. 15 et 16.

<sup>3</sup> Apostol Tofan, D., *Drept administrativ*. Vol. II, Ed. C.H. Beck, 2015, p. 145 et 146.

<sup>4</sup> Iorgovan, A., *op.cit.*, p. 30 et 522; Trailescu, A. et Trailescu, A., *Legea contenciosului administrativ. Comentarii si explicatii*, Ed. C.H. Beck, 2017, disponible dans la base de données juridique Legalis sous le lien suivant: [www.legalis.ro](http://www.legalis.ro).

<sup>5</sup> Vedinas, V., *Drept administrativ*, Ed. Universul Juridic, 2015, p. 94 à 98.

administratif en considération duquel ledit acte préparatoire a été émis<sup>6</sup>. Dans la seconde hypothèse, l'opération qualifiée d'"opération technique" sera complètement exclue du contrôle de légalité en contentieux administratif.

6. Cette étude expose la jurisprudence ainsi que la doctrine relatives aux différentes opérations des autorités publiques relevant de la catégorie des "opérations administratives" ayant la qualité d'un acte préparatoire d'un acte administratif, à savoir les avis et les rapports (II.), des "opérations techniques" simples, à savoir les circulaires, lettres et ordres de service (III.) ou des opérations administratives ou actes spécifiques en matière de concurrence et des marchés publics (IV.).

## II. LES AVIS ET LES RAPPORTS

7. Il a été jugé, à plusieurs reprises, par la Haute Cour de cassation et de justice (ci-après, la "HCCJ") que les avis<sup>7</sup> rendus par les autorités publiques, qu'ils soient consultatifs<sup>8</sup>, facultatifs<sup>9</sup> ou obligatoires<sup>10</sup>, n'ont pas vocation à produire par eux-mêmes des effets de droit<sup>11</sup>. Ainsi, dans un cas concernant un avis relatif à la construction d'un logement dans une zone architecturale protégée et dans un autre concernant le fonctionnement d'une association, tous deux rendus par un ministère, la HCCJ a jugé que, si les avis contribuent au renforcement de la légalité des actes administratifs, ils ne peuvent pas être qualifiés d'actes administratifs. En effet, la HCCJ a qualifié les avis d'"opérations administratives" ou d'"actes préparatoires" qui ne produisent pas d'effets de droit de manière indépendante des actes administratifs en considération desquels ils ont été émis.
8. S'agissant de la possibilité d'introduire un recours juridictionnel en contentieux administratif contre des avis, la HCCJ a jugé que ceux-ci ne peuvent pas faire,

<sup>6</sup> Oliviu, P., *Contenciosul administrativ*. Vol. I., Ed. Universul Juridic, Bucuresti, 2009, p. 155 et 156; Apostol Tofan, D., *op.cit.*, p. 140 et 141. Voir également la décision de la HCCJ n° 4623 du 28 octobre 2010.

<sup>7</sup> Les avis ont été définis comme une opération matérielle et technique, consistant en l'opinion de spécialité demandée par une autorité publique au sujet de la légalité, de l'opportunité ou du contenu d'un acte administratif, n'ayant pas vocation à produire des effets juridiques. Voir Petrescu, N. R., *Cu privire la activitatea si actele Comisiei de Supraveghere a Asigurarilor*, Revista de drept public, n° 4/2007, p. 18.

<sup>8</sup> Avis qui doit être pris par l'autorité publique qui adopte un acte administratif, dont le sens ne s'impose pas à l'autorité publique saisissante mais en l'absence duquel l'acte administratif peut être annulé.

<sup>9</sup> Avis qu'une autorité publique peut choisir de prendre avant d'adopter un acte administratif.

<sup>10</sup> Avis devant être pris par l'autorité publique qui adopte un acte administratif, dont le sens s'impose à l'autorité publique saisissante et dont l'absence entraîne la nullité dudit acte.

<sup>11</sup> HCCJ, décisions n° 1610 du 15 avril 2008 et n° 1923 du 6 avril 2012.

indépendamment de l'acte administratif en considération duquel ils ont été émis, l'objet d'un tel recours.<sup>12</sup>

9. Par ailleurs, la HCCJ a souligné qu'en vertu de l'article 18, paragraphe 2, de la loi n° 554/2004 sur le contentieux administratif, il relève de la compétence des juridictions de contentieux administratif saisies d'un litige visant la légalité d'un acte administratif de se prononcer sur la légalité "des opérations administratives" qui ont conduit à l'émission de l'acte administratif concerné, tels que les avis. Toutefois, la HCCJ a précisé que ce contrôle sera limité aux situations dans lesquelles les manquements aux dispositions juridiques régissant l'émission desdits avis auraient des effets graves et irrémédiables sur la procédure d'adoption de l'acte administratif soumis au contrôle de légalité<sup>13</sup>.
10. Dans le même esprit, la HCCJ a jugé qu'un rapport du Conseil national d'évaluation et d'accréditation académique, rédigé dans le cadre d'une évaluation des spécialités universitaires, ne peut pas être qualifié d'acte administratif mais peut constituer une opération administrative préparatoire d'un acte administratif qui ne produit pas d'effets de droit<sup>14</sup>. Ainsi, afin qu'un tel acte préparatoire d'un acte administratif puisse faire l'objet d'un contrôle de légalité en contentieux administratif, il doit être soumis audit contrôle conjointement avec l'acte administratif en considération duquel il a été adopté<sup>15</sup>.

### III. LES CIRCULAIRES, LETTRES ET ORDRES DE SERVICE

11. La doctrine est unanime sur la qualification juridique des circulaires et des ordres de service, lesquels sont considérés comme des instruments juridiques contraignants pour les agents de l'administration publique mais qui n'ont pas de conséquences juridiques vis-à-vis des autres personnes<sup>16</sup>. En ce sens, les lettres et les ordres de service "arrivés par voie hiérarchique ou résultant d'une correspondance entre les autorités" ne contribuent ni à la formation ni au renforcement de la légalité d'un acte administratif et

---

<sup>12</sup> Bogasiu, G., *Legea contenciosului administrativ. Comentata si adnotata*, Ed. Universul Juridic, 2015, p. 132 et 133. Voir également la décision n° 439 du 30 janvier 2014 dans laquelle la HCCJ a jugé qu'un avis est une opération administrative ou un acte préparatoire, qui ne peut être attaqué en justice indépendamment de l'acte administratif qu'il prépare.

<sup>13</sup> HCCJ, décision n° 1923 du 6 avril 2012.

<sup>14</sup> HCCJ, décision n° 3771 du 2 novembre 2006.

<sup>15</sup> En l'espèce, l'acte administratif émis sur le fondement du rapport du Conseil national d'évaluation et d'accréditation académique, est la décision de ce Conseil par laquelle il est proposé au ministère de l'Éducation de refuser l'accréditation d'une université. Voir également, la décision de la Curtea de Apel Bucuresti (cour d'appel de Bucarest) n° 998 du 9 mai 2006.

<sup>16</sup> Vedinas, V., *op.cit.*, Ed. Universul Juridic, 2015, p. 187.



ne relèvent, par conséquent, ni de la catégorie des actes administratifs ni de celle des actes préparatoires des actes administratifs<sup>17</sup>.

12. En outre, des lettres par lesquelles une autorité publique communique à un citoyen une réponse à ses requêtes ne peuvent pas être qualifiées d'acte administratif puisque, en dépit du fait d'être émises par une autorité publique, elles n'ont pas été adoptées dans le cadre de la mise en œuvre d'une loi et ne visent pas à créer ou à modifier des droits et/ou des obligations<sup>18</sup>.
13. Par conséquent, à la différence des avis et rapports, les circulaires, les ordres de service et les lettres, qualifiés par la doctrine d'"opérations techniques" ne peuvent pas faire l'objet d'un recours juridictionnel en contentieux administratif, ni conjointement avec un acte administratif, ni indépendamment d'un tel acte<sup>19</sup>.

#### IV. CAS SPÉCIFIQUES EN MATIÈRE DE CONCURRENCE ET DE MARCHÉS PUBLICS

14. Il convient de souligner qu'à titre exceptionnel, dans certains cas expressément prévus par la loi, notamment en matière de passation des marchés publics, les opérations administratives qui produisent ou peuvent produire des effets de droit et qui précèdent la conclusion d'un contrat administratif peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel en contentieux administratif<sup>20</sup>. Une telle solution se justifie par le besoin de prévenir l'attribution d'un contrat administratif pour un marché public en violation des dispositions prévues par la loi<sup>21</sup>.
15. S'agissant du domaine du droit de la concurrence, dans une décision de 2009, la Cour constitutionnelle a qualifié les règlements, instructions et ordres du Conseil de la concurrence comme des actes administratifs unilatéraux à caractère normatif<sup>22</sup>. À la

<sup>17</sup> Iorgovan, A., *op.cit.*, Ed. All Beck, Bucuresti, 2005, p. 526 à 528. Voir les décisions n° 337 du 24 octobre 1934 de la cour d'appel de Bucarest et de la HCCJ, n° 77 du 11 janvier 2013.

<sup>18</sup> HCCJ, décision n° 77 du 11 janvier 2013.

<sup>19</sup> Iorgovan, A., *op.cit.*, Ed. All Beck, Bucuresti, 2005, p. 526 à 528. Voir la décision n° 337 du 24 octobre 1934 de la cour d'appel de Bucarest.

<sup>20</sup> En vertu de l'article 3, alinéa 1, sous a), de la loi n° 101, du 19 mai 2016, concernant les recours en matière de passation des marchés publics, la notion d'"acte de l'autorité contractante" qui peut être attaqué en contentieux administratif, est définie comme "tout acte administratif (...) et toute opération administrative qui produit ou peut produire des effets juridiques (...) en liaison ou dans le cadre d'une procédure de passation des marchés publics".

<sup>21</sup> Trailescu, A. et Trailescu, A., *op.cit.*, Ed. C.H. Beck, Bucuresti, 2017, disponible dans la base de données juridique Legalis sous le lien suivant: [www.legalis.ro](http://www.legalis.ro).

<sup>22</sup> Décision de la Cour Constitutionnelle n° 1037 du 9 juillet 2009 visant la constitutionnalité des dispositions prévues à l'article 27, paragraphe 2 de la loi n° 21, du 10 avril 1996, sur la concurrence, dont la dernière publication date de 2016.

différence des règlements, qui contiennent essentiellement des normes impératives, les instructions adoptées par le Conseil de la concurrence contiennent principalement des normes supplétives. Pour cette raison, la doctrine considère les instructions comme les actes juridiques qui s'apparentent le plus aux instruments de "soft law". De surcroît, il ressort de la doctrine que, par l'introduction de recommandations de bonnes pratiques pour divers secteurs économiques ainsi que par celle de lignes directrices relatives à la mise en œuvre des dispositions du droit de la concurrence, l'existence des normes de type "soft law" a été reconnue en la matière <sup>23</sup>.

16. La réponse à la question de savoir si les recommandations de bonnes pratiques et les lignes directrices peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel en contentieux administratif ne ressort avec évidence ni de la jurisprudence ni de la doctrine.

## V. CONCLUSION

17. À la lumière des observations présentées dans cette étude, il peut être conclu que tandis que les circulaires, lettres et ordres de services ne peuvent pas faire l'objet d'un contrôle de légalité en contentieux administratif, d'autres opérations des autorités publiques peuvent faire l'objet d'un tel contrôle, soit conjointement avec l'acte administratif en considération duquel elles ont été menées (c'est le cas des avis et rapports), soit indépendamment (c'est le cas des opérations administratives en marchés publics). En ce qui concerne les règlements, les instructions et les ordres du Conseil de la concurrence, ils peuvent, du fait de leur qualification en tant qu'actes administratifs à caractère normatif, faire l'objet d'un contrôle de légalité en contentieux administratif.
18. S'agissant des opérations des autorités publiques qualifiées d'"opérations administratives" ayant la qualité d'acte préparatoire d'un acte administratif, il ressort de la jurisprudence, de la doctrine et des dispositions de l'article 18, paragraphe 2, de la loi n° 554/2004, que de telles opérations ne peuvent être attaquées en contentieux administratif que de manière conjointe avec l'acte dont elles constituent la base. Alors que cette condition, à laquelle est soumis le contrôle de légalité desdites opérations administratives, n'a pas reçu de qualification juridique, elle semblerait, en vertu de la jurisprudence, relever des conditions de recevabilité d'un recours juridictionnel<sup>24</sup>.

[...]

<sup>23</sup> Mircea, V., *Legislația concurenței. Comentarii și explicații, ediția 1 – articolul 26*, Editura C. H. Beck, 2012, disponible dans la base de données juridique Legalis sous le lien suivant: [www.legalis.ro](http://www.legalis.ro). En 2010, la loi n° 21 de 1996, précitée, a été modifiée par la loi n° 149/2011 pour l'approbation de l'ordonnance d'urgence du gouvernement n° 75/2010.

<sup>24</sup> Voir les décisions de la HCCJ, n° 3771/2006 et n°1610/2008, précitées.

## DROIT DU ROYAUME-UNI

### I. INTRODUCTION

1. Le droit administratif du Royaume-Uni, ou "judicial review", trouve ses origines dans la doctrine d'ultra vires<sup>1</sup> et est fondé sur le principe constitutionnel du "rule of law"<sup>2</sup>. L'article 54.1(2)(a) des règles de procédure civile prévoit la possibilité d'un recours administratif ("a claim for judicial review") pour le contrôle juridictionnel d'une disposition administrative ou d'une décision, d'un acte (ou d'une omission) dans l'exercice du service public<sup>3</sup>.
2. Aux fins de [la présente contribution], la question principale est de savoir si un instrument de droit ne présentant pas de caractère obligatoire peut entrer dans le champ d'application de l'article 54.1(2)(a) des règles de procédure, en tant que décision ou acte susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Les juridictions du Royaume-Uni<sup>4</sup> ont eu à plusieurs reprises l'opportunité de considérer la recevabilité d'une large gamme d'instruments de droits dits "souples". Chaque catégorie d'instrument de droit sera examinée séparément dans la section suivante. Enfin, la troisième et dernière section présente quelques appréciations globales

---

<sup>1</sup> "The traditional UV doctrine is to the effect that the courts, by ensuring that public bodies do not commit legal errors that take them outwith the scope of their powers, are enforcing the express or implied will of Parliament." Auburn, J., Moffett, J., et Sharland, A., *Judicial Review: Principles and procedure*, Oxford University Press (2013), Ch. 1, *The Legal and Theoretical Bases for Judicial Review*, p. 6.

<sup>2</sup> "The[...] theoretical justification for the courts' judicial review jurisdiction involves recognising the role of courts in enforcing the rule of law as a constitutional principle. [...] The rule of law encompasses various elements, including the principle that public bodies are themselves subject to the law, the principle of legality, and relief from arbitrary action or abuse of power by public bodies. Insofar as public bodies are concerned, judicial enforcement of these elements of the rule of law is achieved through the courts' judicial review jurisdiction." Auburn, J., Moffett, J. et Sharland, A., *Judicial Review: Principles and procedure*, Oxford University Press (2013), Ch. 1, *The Legal and Theoretical Bases for Judicial Review*, p. 7 et 8.

<sup>3</sup> En anglais, "[...] an enactment or a decision, action, or failure to act in relation to the exercise of a public function." Voir aussi Auburn, J., Moffett, J. et Sharland, A., *Judicial Review: Principles and procedure*, Oxford University Press (2013), Ch. 1, *The Legal and Theoretical Bases for Judicial Review*, p. 3.

<sup>4</sup> Aux fins de la présente contribution, il n'y a pas de divergence importante, sur le fond, entre les trois systèmes juridiques du Royaume-Uni. Même si l'Écosse et l'Irlande du nord constituent des juridictions séparées, leur droit administratif trouve ses racines dans la Common Law. Pour l'Écosse, "il n'existe pas une différence substantielle entre le droit de l'Angleterre (et du pays de Galles) et le droit écossais à l'égard des conditions de recevabilité pour un recours administratif". Voir *West v Secretary of State for Scotland*, [1992] SLT 636, et Mullen, T., Pick, K. et Prosser, T., *Judicial Review in Scotland*, University of Glasgow (1996), Ch. 2, p. 5. Voir aussi Anthony, G., *Judicial review in Northern Ireland*, Hart Publishing (2<sup>ème</sup> édition, 2014), p. 8 et 9.

concernant la prérogative du juge administratif<sup>5</sup> du Royaume-Uni de se prononcer sur la recevabilité d'un tel instrument de droit.

## II. CATÉGORIES D'INSTRUMENTS DE DROIT

3. Les catégories d'instruments de droit examinées sont les suivantes: les recommandations, les rapports, les avis, les instructions, les circulaires et les opinions<sup>6</sup>.

### A. RECOMMANDATIONS

4. Les recommandations d'un organe à un autre peuvent être susceptibles de contrôle. La notion de "recommandation" englobe plusieurs documents divers et si le document en question produit des effets juridiques, il sera susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. En effet, la Court of Appeal s'est prononcée sur la valeur d'une recommandation d'un organe qui devait être pris en compte par un autre organe. Tel était le cas dans son arrêt *Eisai Ltd*<sup>7</sup>, qui concernait une recommandation établie par un institut national de santé sur le rapport qualité-prix des médicaments qui devait être pris en compte par des professionnels de santé.
5. Il ressort de la jurisprudence que, dans le cas où une recommandation pourrait être adoptée par un décideur final, mais qu'elle contient une erreur de droit, le juge administratif pourrait se prononcer sur sa valeur juridique<sup>8</sup>. Quoi qu'il en soit, une décision administrative basée sur une recommandation viciée en droit serait elle-même contestable au motif qu'elle est basée sur une considération non pertinente ou illégale.
6. Ainsi, l'existence d'une recommandation pourrait être une précondition à l'exercice d'un pouvoir administratif découlant d'une disposition législative. Par exemple, les recommandations de deux médecins sont nécessaires pour retenir un patient, souffrant d'un trouble mental, afin de lui prescrire un traitement médical. Les

---

<sup>5</sup> En Angleterre et au Pays de Galles, l'Administrative Court, une division de la High Court, est compétente pour les recours administratifs. En Irlande du Nord, la Court of Judicature est compétente pour les recours administratifs. En Ecosse, la Court of Session est compétente pour les recours administratifs.

<sup>6</sup> Il convient de mentionner que, dans certains cas, certaines catégories se chevauchent, puisque l'instrument en question est de nature polyvalente (par exemple, une circulaire contenant des orientations, ou des instructions qui ont été construites comme un avis par la juridiction saisie, etc.).

<sup>7</sup> *R. (Eisai Ltd) v National Institute for Health and Clinical Excellence*, [2008] EWCA Civ 438. Dans cette affaire, la Court of Appeal a annulé la recommandation de l'institut national, vu que ce dernier n'a pas respecté le principe de l'équité procédurale ou son obligation de transparence.

<sup>8</sup> *R v. Portsmouth City Council Ex p. Gregory*, (1990) 154 L.G. Rev. 713.

recommandations peuvent être examinées pour établir si les critères législatifs ont été correctement respectés<sup>9</sup>.

7. Par ailleurs, une recommandation émise par un organe pourrait servir de base aux actions d'un autre organe. Par exemple, une personne condamnée en matière pénale pour des agressions sexuelles devient susceptible de faire l'objet d'une mesure d'éloignement si la même juridiction pénale établit une recommandation à cette fin. Une telle recommandation est susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, bien qu'il n'existe pas d'obligation pour le ministre de l'Intérieur de la mettre en œuvre et même si d'autres motifs pouvant justifier la demande d'éloignement existent<sup>10</sup>.
8. De plus, le non-respect d'une recommandation pourrait conduire à une action subséquente qui produirait des conséquences juridiques. Par exemple, dans son arrêt *Grunwick*<sup>11</sup>, la Court of Appeal s'est prononcée sur la valeur juridique d'une recommandation d'un service de médiation entre des employeurs et leurs employés<sup>12</sup>. Le refus de l'employeur de prendre en considération ladite recommandation a autorisé un syndicat à demander à un comité d'arbitrage central de modifier les conditions d'emploi attachées au contrat de travail de l'emploi en question dans le cas d'espèce, ce qui a conduit la Court of Appeal à se prononcer sur sa validité.

## B. RAPPORTS

9. Le Privy Council a constaté, dans son arrêt *Mahon*<sup>13</sup>, que les rapports faisant naître des effets juridiques à l'égard des individus pourraient être considérés comme affectant lesdits individus et, dès lors, sont susceptibles de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Ce principe concerne à la fois les rapports constituant une conclusion finale d'une procédure investigatrice<sup>14</sup> et les rapports collectant plutôt des faits

<sup>9</sup> Voir Section 3 du Mental Health Act 1983, et arrêt *R v. Hallstrom Ex p. W.*, [1986] Q.B. 1090, où la High Court (Queen's Bench Division) a annulé les recommandations en question.

<sup>10</sup> Section 3(6) de l'Immigration Act 1971, et arrêt *Rv. SS for the Home Department Ex p. Santillo*, [1981] Q.B. 778. Dans cette affaire, la Court of Appeal a confirmé la recommandation pour l'éloignement, constatant que le juge de première instance énonçant ladite recommandation pourrait être considéré comme une autorité compétente aux fins des dispositions de la directive 64/221/CEE pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique.

<sup>11</sup> *Grunwick Processing Laboratories Ltd v. Advisory, Conciliation and Arbitration Services*, [1978] A.C. 655.

<sup>12</sup> Il s'agit d'un organe impartial national (l'"Advisory Conciliation and Arbitration Services").

<sup>13</sup> *Mahon v Air New Zealand*, [1984] A.C. 808.

<sup>14</sup> Comme les rapports du médiateur. Voir *Lewis, C., Judicial Remedies in Public Law*, Sweet & Maxwell (5<sup>ème</sup> édition, 2015), Ch.4, Judicially Reviewable Acts and Omissions, p. 151.

permettant d'aiguiller un décideur final<sup>15</sup>. La question principale pour la juridiction en cause est de savoir si l'organe exerçant un pouvoir d'investigation et établissant le rapport (sur la base d'une disposition législative) a commis une erreur de droit, dépassé sa compétence ou n'a pas respecté le principe de la justice naturelle<sup>16</sup>.

10. Vu que les investigations<sup>17</sup> (et les rapports y afférents) constituent une pratique habituelle, les rapports, même s'ils n'imposent pas eux-mêmes des sanctions et sont limités aux observations ou conclusions, peuvent produire des effets (et conséquences) juridiques, selon la Court of Appeal<sup>18</sup>. Cette dernière a constaté que le critère-clé pour justifier la recevabilité d'un recours dirigé contre un tel rapport n'est pas les conséquences juridiques mineures du rapport lui-même, mais le fait que le commissaire du rapport<sup>19</sup> est un fonctionnaire public exerçant une fonction et/ou des pouvoirs relevant du droit public, qui, de ce fait, devrait être soumis à un contrôle juridictionnel, afin de vérifier si les mesures en question n'étaient pas abusives.
11. Par ailleurs, un rapport pourrait inclure une évaluation des questions d'intérêt public et de politique ainsi que la détermination des faits. Un tel rapport serait aussi susceptible de faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Tel était le cas d'un rapport établi par un service de médiation entre des employeurs et leurs employés concernant la question de savoir si un syndicat devrait être reconnu par l'employeur en question<sup>20</sup>. De même, le recours dirigé contre un rapport d'un commissaire spécial d'un trust concernant des mesures à prendre à l'encontre d'un trust de santé publique a été considéré comme recevable<sup>21</sup>. En outre, les rapports de la Commission de la concurrence peuvent également être l'objet d'un contrôle lorsque la fusion envisagée relève de l'intérêt public<sup>22</sup>.

---

<sup>15</sup> Comme les rapports de la Commission de la concurrence. Voir Lewis, C., *Judicial Remedies in Public Law*, Sweet & Maxwell (5<sup>ème</sup> édition, 2015), Ch.4, *Judicially Reviewable Acts and Omissions*, Ibid.

<sup>16</sup> Lewis, C., *Judicial Remedies in Public Law*, Sweet & Maxwell (5<sup>ème</sup> édition, 2015), Ch.4, *Judicially Reviewable Acts and Omissions*, Ibid.

<sup>17</sup> Par exemple, dans le cas d'une investigation par un commissaire quant aux allégations de mauvaise gestion ou corruption de la part d'une autorité locale.

<sup>18</sup> *R v Local Commissioner for Administration for the South, the West, the West Midlands, Leicestershire, Lincolnshire and Cambridgeshire Ex p. Eastleigh BC*, [1988] Q.B. 855.

<sup>19</sup> Le terme "Commissaire" se réfère également au médiateur du Royaume-Uni ainsi qu'aux autres fonctionnaires publics qui sont responsables dans le cadre d'une investigation dans le domaine public.

<sup>20</sup> *Grunwick Processing Laboratories Ltd v. Advisory, Conciliation and Arbitration Services*, [1978] A.C. 655.

<sup>21</sup> *R (Lewisham LBC) v SS for Health*, [2014] 1 W.L.R. 514.

<sup>22</sup> *R v. Monopolies and Mergers Commission Ex p. Brown (Mathew)*, [1987] 1 W.L.R. 1235, et *R v. Monopolies and Mergers Commission Ex p. Visa International Service Association*, [1991] C.O.D. 29.

### C. AVIS ET ORIENTATIONS

12. Bien qu'elles soient non contraignantes de nature, il est de jurisprudence constante que les diverses formes d'avis, d'orientations, de notes explicatives et de lignes directrices publiées par des autorités publiques puissent être susceptibles de contrôle juridictionnel<sup>23</sup>.

#### 1. AVIS ("ADVICE")

13. En premier lieu, un avis adressé à un individu qui constitue en substance une décision ou détermination de nature administrative est susceptible de contrôle. Par exemple, dans son arrêt *Colman*<sup>24</sup>, la Court of Appeal a dit pour droit que l'avis donné par le General Medical Council, selon lequel une publicité proposée par le requérant impliquait une violation de leur code disciplinaire correspondait effectivement à une décision à l'égard du requérant.

14. En deuxième lieu, les juridictions seraient prêtes à déclarer un recours contre un avis recevable dans le cas où son contenu serait probablement suivi par le décideur final. Tel était le cas d'un avis du ministre de l'Environnement concernant le projet d'un aménagement de terrain<sup>25</sup>. Même si la nature de l'avis était non contraignante, la High Court (Queen's Bench Division) estimait que l'autorité publique aurait fort probablement suivi l'avis du ministre, et que dès lors, l'avis était susceptible de contrôle. De même, un avis non contraignant d'un comité concernant la demande d'un agriculteur pour un logement était susceptible de contrôle du fait que l'autorité responsable du logement serait probablement amenée à suivre l'avis<sup>26</sup>.

15. En troisième lieu, les juridictions examinent si l'avis résulte d'une disposition législative spécifique de donner un avis, comme dans le cas de l'affaire *Colman*, précitée. En effet, le fait que les dispositions statutaires établissent l'organe qui émet l'avis et que le décideur final est obligé de tenir compte de l'avis en question, est encore un facteur en faveur de la recevabilité d'un recours contre ledit avis<sup>27</sup>.

16. Par conséquent, selon *Lewis*<sup>28</sup>, il ressort clairement de la jurisprudence que, vu la simplicité avec laquelle le contenu d'un avis devient une question de droit, et vu la volonté du juge administratif d'examiner ces questions, il est possible que le contrôle juridictionnel soit étendu aux cas où le juge administratif estime nécessaire

<sup>23</sup> Lewis, C., *Judicial Remedies in Public Law*, Sweet & Maxwell (5<sup>ème</sup> édition, 2015), Ch.4, Judicially Reviewable Acts and Omissions, p. 152.

<sup>24</sup> *R v. General Medical Council Ex p. Colman*, [1990] All E.R. 489.

<sup>25</sup> *R. v Worthing BC and Secretary of State for the Environment Ex p. Burch*, (1985) 50 P. & C.R. 53.

<sup>26</sup> *R v Agricultural Dwelling-House Advisory Committee for Bedfordshire, Cambridgeshire and Northamptonshire Ex p. Brough*, (1987) 19 H.L.R. 367.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Lewis, C., *Judicial Remedies in Public Law*, Sweet & Maxwell (5<sup>ème</sup> édition, 2015), Ch.4, Judicially Reviewable Acts and Omissions, p. 153.

(pour une des raisons décrites dans cette sous-section, par exemple) une intervention judiciaire.

## 2. ORIENTATION ("GUIDANCE")

17. Il est de jurisprudence constante que le juge administratif se voit disposé à contrôler également des orientations publiées par une autorité nationale<sup>29</sup>. Une considération-clé pour le juge administratif est l'importance du document en cause aux yeux de l'autorité publique ou de l'individu destinataire du document. Par exemple, des orientations publiées par le ministre de l'Environnement concernant les objectifs de dépenses publiques ont été soumis à un contrôle juridictionnel, puisqu'elles étaient considérées comme une première étape dans la procédure permettant de déterminer le montant des subventions accordées par le gouvernement central aux autorités locales<sup>30</sup>.
18. En général, si une disposition législative prévoit l'émission des orientations ou lignes directrices par un ministre, et que les autorités nationales ou autres organes publics sont censés les prendre en compte, lesdites orientations seront susceptibles de contrôle juridictionnel. La High Court (Queen's Bench Division) a constaté que la nature non contraignante d'un tel document n'est pas une raison pour refuser un tel contrôle<sup>31</sup>.

## 3. NON-STATUTORY GUIDANCE

19. En outre, la House of Lords (devenue la Supreme Court) a également accepté, dans certains cas (principalement dans le domaine de la santé publique), de procéder à un contrôle juridictionnel des orientations issues des départements gouvernementaux, même si ces documents n'ont pas pour base légale une disposition législative ("non-statutory guidance"). Dans son arrêt *Royal College of Nursing*<sup>32</sup>, la House of Lords s'est prononcée sur la recevabilité d'un recours concernant une lettre du Department of Health sur la légalité des actions des infirmiers dans le contexte des opérations d'avortement. De façon similaire, la Court of Appeal a déclaré recevable le recours intenté à propos d'un document émis par le Department of Health concernant l'obligation des pharmaciens de ne pas divulguer des informations confidentielles sur leurs patients<sup>33</sup>. Dans les affaires précitées, le critère de recevabilité se fondait sur le fait qu'une question claire de droit se posait, et qu'une mesure prise en vertu des orientations en cause aurait pu conduire à une illégalité.

<sup>29</sup> *R. (BAPIO Action Ltd) v SS for the Home Department*, [2008] 2 W.L.R. 1073.

<sup>30</sup> *R. v SS for the Environment Ex p. Nottinghamshire CC*, [1986] A.C. 240.

<sup>31</sup> *R. v SS for the Environment Ex p. London Borough of Tower Hamlets*, [1993] Q.B. 632.

<sup>32</sup> *Royal College of Nursing of the United Kingdom v Department of Health and Social Security*, [1981] A.C. 800.

<sup>33</sup> *R. v Department of Health Ex p. Source Informatics Ltd*, [2001] Q.B. 424. Voir aussi l'affaire *Colman*, précitée.



20. Quant aux orientations de type "non statutaire", il convient de mentionner qu'il s'agit de cas exceptionnels dans lesquels la situation permet le contrôle juridictionnel<sup>34</sup>. Ainsi, le juge administratif a fait preuve de retenue dans les situations où les orientations n'ont pas pour base légale une disposition législative, principalement lorsqu'il s'agit d'une question sensible<sup>35</sup>. Ceci est le cas, par exemple, dans les affaires où les orientations concernent la détention et/ou l'interrogation de détenus à l'étranger<sup>36</sup>. Selon Lewis, ces types d'affaires impliquent des circonstances qui ne donnent pas lieu à un contrôle juridictionnel car la problématique de l'affaire ou les questions de droit sont prématurées ou hypothétiques. Néanmoins, le juge administratif sera disposé à se prononcer sur des orientations "non statutaires" même dans les cas sensibles où il existe une vraie question de droit ainsi qu'un vrai besoin d'intervenir<sup>37</sup>.

#### D. INSTRUCTIONS

21. Quant à la recevabilité des recours administratifs intentés à propos d'instructions, la High Court (Queen's Bench Division) a constaté, dans son arrêt *Robinson*<sup>38</sup>, que les instructions du Chief Constable aux membres du service de police concernant les entretiens policiers étaient susceptibles de contrôle juridictionnel, "puisque'elles prêtent scrupuleusement attention à [la législation et au code réglementaire en cause]". La même juridiction a constaté, dans son arrêt *Baumber*<sup>39</sup>, que les instructions d'une autorité locale aux psychologues scolaires étaient également susceptibles d'un tel contrôle juridictionnel, puisque "la validité des instructions était une question de droit public".

#### E. CIRCULAIRES

22. La House of Lords (devenue la Supreme Court) a établi la recevabilité du contrôle des circulaires<sup>40</sup> contenant des orientations dans le cadre d'un recours administratif<sup>41</sup>. Il est de jurisprudence constante que les circulaires sont susceptibles de contrôle juridictionnel, particulièrement si celles-ci sont basées sur une disposition législative. Tel est le cas d'une circulaire du Secretary of State for the

<sup>34</sup> R. v SS for the Environment Ex p. Greenwich LPC, [1989], COD 530.

<sup>35</sup> R. (Burke) v General Medical Council, [2006] Q.B. 1132.

<sup>36</sup> R. (Equality and Human Rights Commission) v Prime Minister, [2012] 1 W.L.R. 1380.

<sup>37</sup> Lewis, C., *Judicial Remedies in Public Law*, Sweet & Maxwell (5<sup>ème</sup> édition, 2015), Ch.4, *Judicially Reviewable Acts and Omissions*, p. 154.

<sup>38</sup> R. v Chief Constable of Avon and Somerset Ex p. Robinson, [1989] 1 W.L.R. 793.

<sup>39</sup> R. v Sunderland City Council Ex p. Baumber, [1996] C.O.D. 211. Voir aussi R. v East Berkshire HA Ex p. Walsh [1985] Q.B. 152.

<sup>40</sup> Aux fins de cette contribution, le terme circulaire inclut des bulletins, lettres, ou même des messages électroniques via email, qui sont adressés à un grand nombre des personnes.

<sup>41</sup> Royal College of Nursing of the United Kingdom v Department of Health and Social Security, [1981] A.C. 800.

Home Department émises par les chefs de police concernant le port de matraques en plastique et de gaz CS par les policiers pour un usage lors de situations de désordre public sévère<sup>42</sup>, une circulaire du Secretary of State for Health afin de donner effet à une décision de la Commission européenne<sup>43</sup>, ainsi qu'une circulaire du même ministre pour la prescription du médicament "Viagra" uniquement après la consultation d'un médecin<sup>44</sup>.

23. Il existe aussi des situations dans lesquelles des recours à propos de circulaires, n'étant pas basées sur une disposition législative spécifique, ont été déclarés recevables. La High Court (Queen's Bench Division) s'est prononcée sur la recevabilité d'une telle action à propos d'une circulaire adressée individuellement à un employé d'un cabinet d'avocats, émise en toute bonne foi par un chef-adjoint de police, refusant l'accès aux postes de police à un individu en raison de sa tentative de détournement de la justice<sup>45</sup>. Toutefois, ceci ne suppose pas que le juge administratif devrait se prononcer sur n'importe quelle circulaire. Dans l'affaire Westminster Press<sup>46</sup>, la Divisional Court a constaté qu'une circulaire du Home office aux chefs de police concernant la limitation de l'information donnée aux médias dans certains cas, qui constituait effectivement une orientation non statutaire, n'était pas de nature à être susceptible de contrôle juridictionnel puisqu'elle ne contenait pas de déclarations fausses et que les journalistes n'avaient pas le droit de connaître tous les détails concernant une personne qui était l'objet d'une investigation ou d'une procédure pénale.

#### F. OPINIONS ET AUTRES COMMUNICATIONS

24. En ce qui concerne les opinions, ou autres formes de commentaires publiés, la High Court (Queen's Bench Division) s'est prononcée sur la recevabilité du contrôle d'une opinion du ministre de l'Environnement concernant un permis de construire, puisque l'autorité de planification locale aurait considéré ledit avis comme contraignant (et dès lors, la procédure par voie de l'avis aurait été illégale)<sup>47</sup>. La même juridiction s'est prononcée également sur la recevabilité du contrôle d'un avis (opinion) des Forestry Commissioners concernant une évaluation environnementale à l'égard d'une procédure de planification. La juridiction a noté que, "surtout dans le cas de déforestation, le projet entier [y inclus les propositions contenues dans l'avis], devait être pris en compte en décidant si l'évaluation pertinente était

<sup>42</sup> R. v Secretary of State for the Home Department, Ex parte Northumbria Police Authority, [1989] Q.B. 26.

<sup>43</sup> R. v Secretary of State for Health Ex p. Macrae Seafoods Ltd, [1995] C.O.D. 369.

<sup>44</sup> R. v Secretary of State for Health Ex p. Pfizer Ltd, [1999] 3 C.M.L.R. 875.

<sup>45</sup> R. v Chief Constable of Leicestershire Ex p. Henning, [1994] C.O.D. 256.

<sup>46</sup> R. v Secretary of State for the Home Department Ex p. Westminster Press, [1992] C.O.D. 303.

<sup>47</sup> R. v Worthing BC and Secretary of State for the Environment Ex p. Burch, (1985) 50 P. & C.R. 53.

exigée"<sup>48</sup>. De plus, la High Court (Queen's Bench Division) a déclaré recevable le contrôle du rapport d'enquête d'un coroner puisque le coroner dans le cas d'espèce a ajouté un commentaire dans le rapport formulant une opinion sur une question ne relevant pas de son mandat en vertu des Coroners Rules 1984, et qui dès lors, était illégal<sup>49</sup>. Enfin, la Divisional Court a déclaré une brochure informative issue du ministre de l'Environnement susceptible de contrôle juridictionnel<sup>50</sup>. Dans la mesure où la brochure contenait des inexactitudes concernant une nouvelle taxe introduite par le gouvernement de l'époque, la juridiction était d'avis que l'instrument méritait un contrôle<sup>51</sup>.

### III. CONCLUSIONS

25. La jurisprudence exposée dans cette contribution permet de tirer quelques conclusions générales.
26. Premièrement, il est clair que la question de recevabilité d'un instrument de droit dit "souple" relève du pouvoir discrétionnaire du juge administratif, qui exerce sa discrétion au cas par cas pour déterminer si un tel instrument de droit est susceptible de contrôle juridictionnel. Dès lors, le juge administratif sera prêt à se prononcer sur la recevabilité d'un acte interprétatif, tels qu'un avis, une circulaire ou des orientations, si certaines conditions sont remplies.
27. Deuxièmement, vu la nature de la Common law et du droit administratif du Royaume-Uni, il n'est pas possible d'établir une liste générique et exhaustive énumérant les critères de recevabilité appliqués par le juge administratif. Néanmoins, si un principe général ressort de la jurisprudence, seul un instrument de droit, tels qu'une recommandation, une circulaire, ou un rapport, pourrait être attaqué s'il crée des effets juridiques et peut être contesté en vertu d'un des motifs permettant d'attaquer une disposition législative, une décision ou un acte dans le droit administratif du Royaume-Uni.
28. Troisièmement, il est possible de déduire de la jurisprudence exposée dans cette contribution certaines situations dans lesquelles le juge administratif serait prêt à exercer son pouvoir discrétionnaire pour se prononcer sur un instrument de droit dit "souples".

---

<sup>48</sup> R. (on the application of Tree and Wildlife Action Committee Ltd) v Forestry Commissioners, [2007] EWHC 1623 (Admin).

<sup>49</sup> Voir R. (on the application of Mowlem Plc) v Avon Assistant Deputy Coroner, [2005] EWHC 1359 (Admin).

<sup>50</sup> R. v Secretary of State for the Environment Ex p. Greenwich LBC, [1989] C.O.D. 530.

<sup>51</sup> En revanche, la Divisional Court a rejeté le recours puisque les omissions de la brochure informative n'étaient pas de nature à altérer les raisons de sa publication.

*Les recommandations peuvent être contrôlées dans les conditions suivantes:*

- Possibilité d'adoption par un décideur final, et contenant une erreur de droit<sup>52</sup>,
- Recommandation étant une précondition pour l'exercice d'un pouvoir découlant d'une disposition législative<sup>53</sup>,
- Recommandation étant la base pour les actions d'un autre organe<sup>54</sup>.

*Les rapports peuvent être contrôlés dans les conditions suivantes:*

- Rapport imposant des conséquences juridiques à un individu, et l'organe exerçant le pouvoir public d'investigation et établissant le rapport en question:
  - a commis une erreur de droit,
  - a dépassé sa compétence, ou
  - n'a pas respecté le principe de la justice naturelle<sup>55</sup>.
- Rapport d'un fonctionnaire exerçant une fonction ou un pouvoir public produisant des effets juridiques, en vue de vérifier s'il y a abus de pouvoir<sup>56</sup>.

*Les avis peuvent être contrôlés dans les conditions suivantes:*

- Avis étant en substance une décision de nature administrative<sup>57</sup>,
- Probabilité de l'adoption du contenu de l'avis par un décideur final<sup>58</sup>,
- Obligations du décideur final de tenir compte d'un avis (dont la base est une disposition législative)<sup>59</sup>.

---

<sup>52</sup> Voir note de bas de page n° 8.

<sup>53</sup> Voir note de bas de page n° 9.

<sup>54</sup> Voir note de bas de page n° 10.

<sup>55</sup> Voir note de bas de page n° 13.

<sup>56</sup> Voir note de bas de page n° 19.

<sup>57</sup> Voir note de bas de page n° 24.

<sup>58</sup> Voir notes de bas de page n° 25 et 26.

<sup>59</sup> Voir note de bas de page n° 27.

*Les orientations peuvent être contrôlées dans les conditions suivantes:*

- Disposition législative étant la base: identité de l'expéditeur (par exemple un ministre) et importance du document aux yeux du destinataire<sup>60</sup>,
- Pas de disposition législative comme base (cas exceptionnels): existence d'une question claire de droit et l'action prise en vertu des orientations aurait pu conduire à une situation illégale<sup>61</sup>.

*Les instructions peuvent être contrôlées dans les conditions suivantes:*

- Instructions étant étroitement liées à une législation<sup>62</sup>,
- Validité des instructions étant une question de droit public<sup>63</sup>.

*Les circulaires peuvent être contrôlées dans les conditions suivantes:*

- Disposition législative étant la base<sup>64</sup>

*Les opinions et autres communications peuvent être contrôlées dans les conditions suivantes:*

- Même si de nature non contraignante, si elle est considérée par le destinataire comme étant contraignante<sup>65</sup>,
- Existence de commentaires illégaux ou inexactitudes<sup>66</sup>.

[...]

---

<sup>60</sup> Voir note de bas de page n° 30.

<sup>61</sup> Voir note de bas de page n° 31.

<sup>62</sup> Voir note de bas de page n° 38.

<sup>63</sup> Voir note de bas de page n° 39.

<sup>64</sup> Voir notes de bas de page n° 41, 42 et 43.

<sup>65</sup> Voir notes de bas de page n° 46 et 47.

<sup>66</sup> Voir notes de bas de page n° 48 et 49.

## DROIT SLOVAQUE

1. La recevabilité des recours juridictionnels intentés à l'encontre des instruments de soft law adoptés par les autorités administratives n'est pas expressément régie dans la législation nationale. À cet égard, [des enseignements] peuvent être notamment de la jurisprudence en la matière.

### I. INTRODUCTION

2. À titre liminaire, il semble utile de signaler que le droit administratif slovaque prévoit, en principe, deux types d'actes administratifs, à savoir, les actes administratifs normatifs et les actes administratifs individuels. Les **actes administratifs normatifs** ayant une portée générale (ordonnances du gouvernement, décrets et arrêtés des ministères et d'autres autorités gouvernementales centrales ou régionales, règlements généraux des municipalités et des régions) peuvent faire l'objet d'un contrôle constitutionnel par l'Ústavný súd (Cour constitutionnelle). Les règlements de portée générale adoptés par les municipalités et les régions sont également susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel dans le cadre du contentieux administratif.
3. Il convient de relever que la doctrine reconnaît, dans le cadre de cette catégorie, **les actes normatifs internes** qui ne sont contraignants que vis-à-vis des organes ou des travailleurs subordonnés à l'autorité qui les a adoptés (directives internes, instructions, statuts des ordres professionnels, etc.)<sup>1</sup>. Ces actes ne sont pas considérés comme une source de droit administratif<sup>2</sup>. Vu l'absence de portée générale, ces actes sont exclus du contrôle de constitutionnalité<sup>3</sup>. En outre, la jurisprudence des hautes juridictions et le code de justice administrative indiquent que ces actes ne peuvent pas faire l'objet d'un recours juridictionnel devant les juridictions générales (voir point 9 ci-dessous).
4. Le contrôle juridictionnel des **actes administratifs individuels** est effectué par les juridictions de droit commun dans le cadre de la justice administrative et, dans certains cas, par l'Ústavný súd<sup>4</sup> (voir points 6 à 12 ci-dessous).

<sup>1</sup> Voir Machajová, J. a kol., *Všeobecné správne právo*, Žilina, 2009, p. 139.

<sup>2</sup> Voir Škultéty, P. et Kaššák, R., *Správne právo hmotné. Všeobecná časť.*, Bratislava, 2014, p. 95.

<sup>3</sup> Article 125, paragraphe 1, sous b) à d) de la Constitution.

<sup>4</sup> Article 127 de la Constitution lu en combinaison avec les articles 49 à 56 de la loi n° 38/1993 Rec. relative à l'organisation de la Cour constitutionnelle de la République slovaque, à la procédure devant cette dernière et au statut de ses juges.

5. Ladite classification des actes administratifs est reconnue par la jurisprudence des hautes juridictions<sup>5</sup>.

## II. CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

6. Le contentieux administratif est régi par la loi n° 162/2015 Z. z., Správny súdny poriadok (code de justice administrative, ci-après le "SSP"), adoptée dans le cadre d'une refonte de la procédure civile et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2016. Certes, étant donné qu'il s'agit d'une nouvelle réglementation, la jurisprudence y relative est, pour l'instant, très limitée. Néanmoins, la jurisprudence concernant la réglementation antérieure, à savoir l'ancien code de procédure civile<sup>6</sup>, reste pertinente aux fins de la présente [contribution].
7. Bien que le SSP n'exclue pas expressément la recevabilité des recours formés contre les instruments de soft law non contraignants, **la première condition générale de recevabilité** relative à la nature de l'acte attaqué suscite des doutes.
8. En premier lieu, le SSP n'accorde une protection juridictionnelle qu'aux personnes physiques ou morales dont les droits ou les intérêts légalement protégés ont été **lésés ou directement affectés** par une décision, une mesure, un défaut d'action ou une autre intervention (un acte de fait) de l'administration publique<sup>7</sup>. Selon la jurisprudence constante de l'Ústavný súd et du Najvyšší súd (Cour suprême), la forme de l'acte n'importe pas à cet égard. Il doit, quant à son contenu, s'agir d'un acte administratif individuel affectant directement des droits ou intérêts légitimes des personnes concernées<sup>8</sup>. Dans ce contexte, le Najvyšší súd souligne que, pour déterminer si un acte administratif relève du contrôle juridictionnel, il importe d'examiner ses effets sur la sphère juridique de la personne concernée<sup>9</sup>.
9. En deuxième lieu, le SSP énumère, à son article 7 **les actes exclus** du contrôle juridictionnel, parmi lesquels il convient de mentionner *les actes administratifs qui ne présentent pas un caractère décisionnel par rapport aux droits, intérêts légitimes ou obligations des personnes physiques ou morales, notamment les actes ou les mesures de nature organisationnelle et ceux régissant l'organisation interne de l'autorité qui les a adoptés*<sup>10</sup>. Il convient de noter, à cet égard, que la jurisprudence ne considère pas les instructions internes comme susceptibles de faire l'objet d'un

<sup>5</sup> Voir l'arrêt de l'Ústavný súd du 22 janvier 2009, n° ÚS 354/08-50 et l'arrêt du Najvyšší súd (Cour suprême) du 29 novembre 2012, n° 5Sžf/26/2012.

<sup>6</sup> Zákon č. 99/1963 Zb., Občiansky súdny poriadok, v znení neskorších predpisov.

<sup>7</sup> Article 2 du SSP.

<sup>8</sup> Voir l'arrêt de l'Ústavný súd du 23 septembre 2009, n° PL ÚS 21/08, et l'arrêt du Najvyšší súd du 29 novembre 2012, n° 5Sžf/26/2012.

<sup>9</sup> Voir l'arrêt du Najvyšší súd du 23 février 2017, n° 8Sžo/47/2015.

<sup>10</sup> Article 7, sous b), du SSP.

recours juridictionnel (voir également paragraphe 3. ci-dessus). Le Najvyšší súd estime qu'un guide méthodologique revêt davantage un caractère normatif en ce sens qu'il ne constitue pas un acte visant des personnes particulières, et, dès lors, ne peut pas être examiné dans le cadre du contentieux administratif<sup>11</sup>. Ladite juridiction a considéré que la modification d'un guide méthodologique par l'autorité publique, au cours d'une procédure administrative devant elle, ayant eu pour conséquence une décision administrative défavorable envers une personne ayant agi de bonne foi, constituait un cas de mauvaise administration. Toutefois, dans ce cas, le Najvyšší súd a examiné et annulé la décision administrative et non le guide méthodologique concerné<sup>12</sup>.

10. Par ailleurs, conformément à l'article 7, sous e), du SSP, sont exclues du contrôle juridictionnel, les décisions et les mesures de l'autorité publique de nature provisoire, procédurale ou organisationnelle, à condition qu'elles ne soient pas susceptibles d'entraîner un préjudice pour les droits des parties à la procédure administrative. Il ressort de cette disposition que le recours juridictionnel ne peut être intenté que contre la décision ou la mesure finale de l'autorité publique. Selon la doctrine, en l'absence de préjudice pour les droits des personnes concernées, les décisions ou mesures préparatoires (par exemple, les avis des organes concernés dans le cadre de la procédure administrative) ne peuvent être examinées que conjointement avec la décision finale<sup>13</sup>.
11. Le SSP ne spécifie pas si lesdits actes provisoires doivent revêtir un caractère contraignant. À cet égard, il convient de relever que la jurisprudence a reconnu un caractère attaquant aux avis ou instructions contraignants. Il découle de la jurisprudence du Najvyšší súd qu'un avis contraignant émis par une autorité publique (la ville de Bratislava) dans le cadre d'une procédure d'autorisation de construction relève du contrôle juridictionnel<sup>14</sup>. Le Najvyšší súd a conclu que même si, en l'espèce, l'avis en cause ne portait pas directement atteinte aux droits de la requérante, **vu son caractère contraignant à l'égard du service de l'urbanisme, il était susceptible de porter atteinte auxdits droits**. De même, l'Ústavný súd a constaté que les instructions et avis contraignants ne peuvent pas être exclus de contrôle juridictionnel<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Voir l'arrêt du Najvyšší súd du 29 novembre 2012, n° 5SŽf/26/2012.

<sup>12</sup> Voir l'arrêt du Najvyšší súd n° 5SŽ 29/2002.

<sup>13</sup> Voir Spišiaková, H., *Obec a správna žaloba podľa Správneho súdneho poriadku*, Právo pre ROPO a obce v praxi, n°3/2017, p. 8.

<sup>14</sup> Voir l'ordonnance du Najvyšší súd du 29 novembre 2016, n° 5SŽo/54/2016.

<sup>15</sup> Voir l'arrêt de l'Ústavný súd du 17 mai 2016, n° III. ÚS 91/2016.



### III. RECOURS CONSTITUTIONNEL

12. La recevabilité du recours constitutionnel est prévue à l'article 127 de la Constitution, ainsi qu'aux articles 49 à 56 de la loi n° 38/1993 Rec. relative à l'organisation de la Cour constitutionnelle, à la procédure devant cette dernière et au statut de ses juges. Le recours peut être intenté contre une décision définitive, une mesure ou une autre intervention de l'autorité publique qui aurait pour conséquence **une violation des droits ou des libertés fondamentaux d'une personne physique ou morale**. Dans ce sens, la condition de recevabilité tenant au caractère de l'acte attaqué est encore plus restrictive que dans le cadre du contentieux administratif. Par ailleurs, la requérante doit épuiser toutes les voies de recours que lui reconnaît la réglementation en vigueur pour la protection de ses droits, dont par exemple le SSP.

### IV. CONCLUSION

13. En droit slovaque, le caractère attaqué des instruments de soft law non contraignants n'est pas expressément exclu. En principe, les juridictions générales effectuent le contrôle de la légalité de tous les actes administratifs sans égard à leur forme, y compris, dans certains cas, des avis et recommandations<sup>16</sup>. Le critère déterminant est de savoir si les effets juridiques de l'acte sont dirigés vers des destinataires concrets et s'il est susceptible d'affecter leurs droits.

14. À cet égard, il pourrait donc être conclu que, du fait que les actes non contraignants n'entraînent pas de conséquences juridiques, **ils ne sont pas susceptibles d'affecter des droits individuels et, partant, de faire l'objet d'un recours juridictionnel**. Toutefois, au regard de la multiplicité des actes administratifs existants, ainsi que du fait que l'examen des effets d'un acte administratif sur les droits individuels est effectué par la juridiction saisie dans chaque cas concret, il paraît délicat d'apporter à cette question une réponse absolument définitive.

[...]

---

<sup>16</sup> Idem.

## DROIT SUÉDOIS

### I. INTRODUCTION

1. La présente contribution examinera, du point de vue du droit suédois, les critères de recevabilité de recours juridictionnels intentés à l'encontre des instruments de droit "souple" adoptés par les autorités administratives et, le cas échéant, les principaux motifs retenus ayant permis d'accueillir de tels recours.

### II. PRÉSENCE DE DROIT "SOUPLE" EN SUÈDE

2. Tout d'abord, il convient de préciser que le droit "souple" constitue une partie importante des normes dans le système juridique suédois.<sup>1</sup> Dès lors, pour l'application de la législation suédoise, les autorités nationales exécutant ladite législation adoptent non seulement des réglementations contraignantes ("föreskrifter") mais également, notamment, des orientations générales non contraignantes ("allmänna råd")<sup>2</sup> qui doivent être portées à la connaissance du public<sup>3</sup> et qui sont, en principe, suivies par leurs auteurs et leurs destinataires, ou qui du moins leur servent de base non contraignante.<sup>4</sup> Même si les orientations générales ne sont pas susceptibles de remplacer une réglementation, un rôle d'instrument important leur a été attribué, ayant pour objectif d'uniformiser l'application de ladite réglementation.<sup>5</sup>
3. L'utilisation élevée d'orientations générales, notamment en tant que moyen permettant de préciser un nombre croissant de lois-cadres adoptées en droit suédois, a été perçue par la doctrine comme un détournement, à l'origine imprévu

<sup>1</sup> Il s'agit dans ce cadre d'orientations générales (allmänna råd), de recommandations (rekommendationer), de lignes directrices (riktlinjer), d'annonces publiques (tillkännagivanden) ou circulaires (cirkulär), et de manuels (handböcker), voir DS 1998:43, Myndigheternas föreskrifter – Handbok i författningsskrivning (ci-après "DS 1998:43"), p. 25 et suiv.

<sup>2</sup> Pour désigner l'ensemble des deux groupes d'instruments, le droit suédois emploie le terme "règles", voir DS 1998:43, p. 26, et Sterzel, F., *Författning i utveckling – Tjugo studier kring Sveriges författning*, Iustus förlag, 2011, p. 264. Pour des exemples dans la jurisprudence où les juridictions suédoises ont constaté que des orientations générales n'ont pas un caractère contraignant, voir, à titre d'exemple, arrêts de la Cour suprême administrative du 5 septembre 2008 dans l'affaire 1021-02 (RÅ 2005 ref 45) et du 13 juin 2008 dans l'affaire 3990-05 (RÅ 2008 ref 27).

<sup>3</sup> Voir articles 18<sup>quater</sup> et 27 à 29 du författningssamlingsförordning (1976:725) [règlement (1976:725) relative au Recueil des réglementations, ci-après le "règlement (1976:725)"], et DS 1998:43, p. 25 et suiv.

<sup>4</sup> Voir Sterzel, F. *op. cit.*, p. 264.

<sup>5</sup> Voir, pour un exemple de cette approche, DS 2008:17, p. 86 et suiv.

du point du vue constitutionnel,<sup>6</sup> du pouvoir législatif vers les autorités publiques, permettant ainsi un contournement de la constitution suédoise.<sup>7</sup>

4. À cet égard, il y a lieu de préciser qu'en vertu de ladite constitution, le Parlement suédois (le Riksdag) représente le pouvoir législatif du pays et est seul compétent pour adopter les lois proposées par le gouvernement suédois.<sup>8</sup> De son côté, le gouvernement est ou peut être habilité par le Parlement à adopter des règlements dans certains domaines restreints. Enfin, il existe la possibilité pour le gouvernement, avec l'accord du Parlement, de déléguer une partie de ses compétences à l'administration publique suédoise lui donnant ainsi le pouvoir d'émettre des actes sous forme de réglementations.<sup>9</sup>
5. Dans ce contexte, il convient de relever que le modèle administratif suédois est caractérisé notamment par la taille relativement modeste du gouvernement et de ses départements ministériels par rapport à l'administration publique (les autorités publiques), qui, en revanche, se distingue sur le plan européen par son ampleur et par son indépendance vis-à-vis du gouvernement.<sup>10</sup> Ceci implique notamment qu'un ministre n'est pas responsable, politiquement ou juridiquement, pour les décisions prises par des autorités relevant de son département ministériel. En outre, le ministre compétent ne saurait, en aucun cas, occuper des fonctions de dirigeant des autorités publiques de son domaine. Il ne dispose pas non plus d'autres moyens lui permettant d'intervenir directement dans les activités courantes des administrations, règle habituellement appelée règle de non-ingérence.<sup>11</sup>
6. Ainsi, le gouvernement fixe le cadre et les conditions dans lesquelles s'exerceront les activités des différentes administrations, toutefois, il ne doit en aucun cas se charger de déterminer la manière dont une autorité publique indépendante doit appliquer une loi ou prendre une décision dans un cas particulier.
7. Nonobstant cette indépendance dont relèvent les autorités publiques, celles-ci sont, à la différence des juridictions suédoises, obligées de respecter le gouvernement et de suivre tant des réglementations générales que des indications précises émises dans un cas concret.

---

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 262.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 275.

<sup>8</sup> La réglementation principale en ce sens se trouve au chapitre 8 du regeringsformen (1974:152) (la Constitution suédoise, ci-après le "RF").

<sup>9</sup> "Föreskrifter".

<sup>10</sup> Disponible sous le lien suivant: <http://www.statskontoret.se/globalassets/publikationer/2000/200020a.pdf>.

<sup>11</sup> "Förbud mot ministerstyre". Voir Nergelius, J., *Svensk statsrätt*, Studentlitteratur, 3<sup>ème</sup> édition, 2014, p. 293 et suiv.

8. Cette répartition des compétences entre le gouvernement et les autorités publiques, donnant à ces dernières un vaste pouvoir, se manifeste notamment par le volume relativement important d'instruments à "caractère normatif" émis par les autorités publiques suédoises<sup>12 13</sup>, dont notamment des orientations générales, par exemple des recommandations.<sup>14</sup> À cet égard, le règlement (1976:725) définit la notion d'"orientations générales" et établit, à son article 1<sup>er</sup>, une distinction entre les réglementations et les orientations générales, ces dernières n'étant pas obligatoires ou contraignantes à l'égard de leurs destinataires.
9. Ainsi, même si ces derniers instruments ont des traits communs avec les réglementations en ce sens qu'ils ont en principe un "caractère normatif", ils ne lient ni les autorités publiques ni les justiciables.<sup>15</sup> Les orientations sont censées préciser l'interprétation et l'application des réglementations contraignantes et sont émises en vertu des directives émises par le gouvernement suédois à l'intention des autorités publiques.<sup>16</sup>
10. À la différence des réglementations émises en vertu du chapitre 8 du RF, la compétence d'émettre des orientations générales n'exige pas de délégation de pouvoir aux autorités publiques. En effet, le droit d'émettre des instruments normatifs non contraignants est censé être inhérent à la position organisationnelle de l'autorité publique concernée.<sup>17</sup> De telles orientations générales ne sont en règle générale pas susceptibles de faire l'objet d'un recours.<sup>18</sup> Ce principe s'applique également notamment aux présentations, propositions, avis adressés par une autorité publique à une autre, ainsi qu'aux décisions de principe prises par de telles autorités.<sup>19</sup>

### III. RECOURS JURIDICTIONNELS À L'ENCONTRE DU DROIT "SOUPLE"

11. Le contrôle de la constitutionnalité de la réglementation suédoise n'a pas été attribué à une Cour constitutionnelle, mais, d'une part, au Lagrådet (le conseil de

<sup>12</sup> À titre d'exemple, la Konkurrensverket (l'autorité de la concurrence), la Naturvårdsverket (l'agence de protection de la nature), la Skatteverket (l'autorité fiscale), et la Socialstyrelsen (la Direction de la santé et des affaires sociales) adoptent une grande quantité d'orientations générales qui sont par la suite publiées dans leurs Recueils de réglementations et autres actes normatifs.

<sup>13</sup> Voir Pålsson, R., *Riksskatteverkets rekommendationer, Allmänna råd och andra uttalanden på skatteområdet*, Iustus förlag, 1995, p. 18.

<sup>14</sup> Ce genre d'instruments semble être relativement peu étudié dans les ordres juridiques scandinaves, voir Pålsson, R., *op. cit.*, p. 18 et suiv., ainsi que Sterzel, F., *op. cit.*, p. 261.

<sup>15</sup> Voir notamment Pålsson, R., *op. cit.*, p. 44 et suiv.

<sup>16</sup> À savoir le règlement (2007:515), ainsi que les directives spécifiques émises, par le gouvernement, à l'intention de chaque autorité publique relevant de ses compétences.

<sup>17</sup> Voir Pålsson, R., *op. cit.*, p. 42. Voir également prop. 1983/84:119 p. 24.

<sup>18</sup> Prop. 1985/86:80, p. 48.

<sup>19</sup> Prop. 1985/86:80, p. 49.

la législation), et, d'autre part, aux juridictions dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité de la réglementation suédoise ("lagprövning")<sup>20</sup> en vertu du chapitre 11, article 14 du Regeringsformen (1974:152) [une des quatre lois fondamentales formant la constitution suédoise, ci-après le "RF"].

12. Ainsi, ce système de contrôle comprend deux volets. Premièrement, pour certaines lois importantes, le gouvernement doit en principe soumettre le projet de loi au Lagrådet, composé de juges de la Cour suprême et de la Cour suprême administrative, en amont de son adoption. Ce conseil va notamment vérifier si ledit projet de loi est conforme aux lois fondamentales.<sup>21</sup>
13. Deuxièmement, le contrôle de la constitutionnalité en vertu du chapitre 11, article 14 du RF permet aux juridictions suédoises de ne pas appliquer, mais non pas d'annuler, une réglementation dans un cas concret, dans la mesure où cette réglementation est jugée inconstitutionnelle.
14. Cependant, ledit contrôle de constitutionnalité est limité aux *réglementations*.<sup>22</sup> Les instruments de droit à caractère "souple" ne relèvent pas de cette catégorie de règles et ne sauraient dès lors faire l'objet d'un tel contrôle.<sup>23</sup>
15. En ce qui concerne les instruments à "caractère normatif" émis par les autorités publiques, il convient, comme décrit ci-dessus, de faire une distinction entre les instruments contraignants et ceux non contraignants. Les instruments contraignants sont, a priori, susceptibles de faire l'objet d'un recours. En effet, l'article 22 du förvaltningslag (1986:223) [loi générale (1986:223) de droit administratif, ci-après la "FL"] prévoit, qu'une *décision* peut faire l'objet d'un recours de la personne *concernée* par ladite décision, *qui lui fait grief*, pourvu que la décision en question soit *attaquable*. En vertu de l'article 22bis de la FL, un recours contre une décision *attaquable* doit être formé devant le tribunal administratif de première instance.
16. Toutefois, certaines décisions, à savoir celles concernant l'adoption de réglementations contraignantes relevant du chapitre 8 du RF ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours devant les juridictions administratives,

---

<sup>20</sup> Moyen de remise en cause et, le cas échéant, de mise à l'écart d'une réglementation inconstitutionnelle par les juridictions de droit commun ou administratif.

<sup>21</sup> Le contrôle par le Lagrådet ne vise que des actes législatifs. Cependant, un certain contrôle préalable est également prévu pour les orientations générales (allmänna råd) non contraignantes émises par une autorité soumise au gouvernement, voir le förordning (2007:1244) om konsekvensutredning vid regelgivning [règlement (2007:1244) prévoyant des analyses d'impact de réglementations], notamment ses articles 4 et 10, ainsi que DS 1998:43, p. 55.

<sup>22</sup> "Föreskrifter".

<sup>23</sup> Voir Lagerqvist Veloz Roca, A., *Föreskrift och föreskriftsprövning enligt 1974 års regeringsform*, p. 303 et suiv. Voir aussi Nergelius, J., *Förvaltningsprocess, normprövning och Europarätt*, Norstedts juridik, 2000, p. 127.

mais seront, le cas échéant, examinées par le gouvernement.<sup>24</sup> Ce régime a été motivé par le fait que de telles affaires ne conviennent pas pour un examen juridictionnel, et qu'elles ne nécessitent pas de tels examens.<sup>25</sup>

17. Outre le FL, certaines lois portant sur des domaines spécifiques prévoient, en tant que *leges speciales*, la même voie de recours devant le gouvernement en ce qui concerne des décisions prises par les autorités publiques en matière de réglementations contraignantes. À titre d'exemple, l'article 32, cinquième alinéa de la livsmedelslagen (2006:804) [loi (2006:804) relative aux denrées alimentaires, et l'article 26 de la tobakslagen (1993:581) [loi (1993:581) sur le tabac], disposent que les recours relatifs à de telles décisions doivent être examinés par le gouvernement.
18. En revanche, si des dispositions relatives au droit de recours des décisions portant sur des réglementations contraignantes sont prévues tant dans la législation générale que dans la législation spéciale, les instruments revêtant un caractère de droit "souple" ne relèvent pas d'une telle possibilité de recours, dans la mesure où ces instruments ne sont pas contraignants et ne créent pas d'effets juridiques.<sup>26</sup> À titre d'exemple, une décision prise dans l'objectif de servir de guide pour des décisions futures, et qui ne constitue dès lors qu'une déclaration de principe, sans effet contraignant, n'était pas susceptible de faire l'objet d'un appel.<sup>27</sup>
19. Dans ce contexte, le Kammarrätten i Stockholm (la cour d'appel administrative de Stockholm) a eu l'occasion d'examiner la recevabilité d'un recours intenté à l'encontre d'une orientation générale émise par le Bokföringsnämnden (l'autorité suédoise des normes comptables). Le Kammarrätten a, dans un arrêt du 31 mars 2014 dans l'affaire n° 432-14, constaté que des instruments par lesquels une autorité publique énonce des avis non contraignants ne sont pas, en règle générale, susceptibles de faire l'objet d'un recours, eu égard au fait que ce genre d'instruments de droit ne produisent pas d'effets juridiques directs et qu'ils ne relèvent pas du besoin de protection juridique traduit par le droit de recours. Ladite juridiction y a inclus des orientations et des informations ou renseignements donnés par une autorité publique.
20. Ensuite, le Kammarrätten a précisé que même si ce principe de non-recours n'est pas absolu, dès lors qu'il n'est pas constamment exigé qu'une décision produise des effets juridiques pour être attaquant, une orientation générale telle que celle

<sup>24</sup> Voir l'article 30 du Myndighetsförordning (2007:515) [règlement (2007:515) d'instruction générale aux autorités publiques, ci-après le règlement (2007:515)].

<sup>25</sup> Voir SOU 2004:23, p. 255 et suiv.

<sup>26</sup> Voir Bohlin, A. et Warnling-Nerep, W., *Förvaltningsrättens grunder*, Norstedts juridik, 2<sup>ème</sup> édition, 2007, p. 47, 250 et suiv. Voir également SOU 2010:29, p. 621.

<sup>27</sup> Arrêt prononcé en 1971 par la Cour suprême administrative (RÅ 1971 ref 35). À condition qu'une décision ait été formulée de façon telle que son caractère non contraignant ressort de façon raisonnablement claire, cet acte ne devrait pas être attaquant, SOU 2010:29, p. 622.

dans le cas d'espèce ne pourrait pas relever de cette exception. Certes, ce type de document pourrait utilement orienter l'appréciation future des questions de compatibilité. Cependant, ceci n'impliquerait pas d'effets juridiques exigeant la protection juridique sous forme d'un droit de recours.

21. Il convient de noter que, en vertu de la jurisprudence suédoise, le droit d'intenter un recours dépend, non de l'aspect formel d'un acte, mais de ses effets réels.<sup>28</sup> Ainsi, un droit de recours a été reconnu par les juridictions suédoises bien qu'un acte d'une autorité publique ait été intitulé "conseil", eu égard au fait que cet acte, vu son contenu, pourrait être perçu comme contraignant par son destinataire.<sup>29</sup> Dans ce contexte, les juridictions suédoises ont précisé que, même si la procédure de recours a pour fonction de permettre à la personne concernée par les effets juridiques réels d'une décision, d'attaquer cette décision, ce critère n'est pas absolu. Dès lors, même en l'absence de tels effets juridiques, une décision doit pouvoir faire l'objet d'un recours dès qu'elle est susceptible d'avoir des effets réels sur la situation personnelle ou économique de la personne concernée par ladite décision.<sup>30</sup>
22. À cet égard, la Cour suprême administrative<sup>31</sup> a examiné si un document, intitulé "lettre concernant la vente de [certains produits d'entretien automobile<sup>32</sup>]" pouvait faire l'objet d'un recours. Ce document envoyé par le chef d'une commission communale de protection de l'environnement et de la santé à certaines entreprises de la commune, les informait ainsi d'une "décision" prise par ladite commission afin de les *inciter* à la cessation des ventes de tels produits d'entretien à partir d'une date précise, dans la mesure où il était possible de remplacer lesdits produits par d'autres produits non nuisibles. La lettre en question renvoyait aux sanctions pénales applicables dans le cadre dudit remplacement et faisait référence à la décision mentionnée, précisant que la commission était compétente pour veiller à ce que la règle de remplacement soit respectée et qu'elle envisageait de visiter les entreprises concernées dans l'avenir pour contrôler que sa décision avait été respectée.

---

<sup>28</sup> Voir, Warnling-Nerep, W., *En "europeiserad" talerätt i förvaltningsprocessen?*, Juridisk publikation 1/2011, p. 119 à 121. Voir également les arrêts prononcés par la Cour administrative suprême le 30 juin 2010 dans l'affaire n° 4902-08 (RÅ 2010 ref 72), le 27 février 2007 dans l'affaire n° 4346-05 et le 10 février 2004 dans l'affaire n° 2696-2003.

<sup>29</sup> Arrêt prononcé le 24 avril 2005 par la Miljööverdomstolen (cour d'appel pour l'environnement) (MÖD 2005:31).

<sup>30</sup> Arrêt du 24 mai 1996 dans l'affaire 2904-1994 (I) (RÅ 1996 ref 43), et du 10 février 2004 dans l'affaire 2696-03 (RÅ 2004 ref 8).

<sup>31</sup> RÅ 1996 ref 43.

<sup>32</sup> Les produits ciblés étaient ceux qui contenaient certaines quantités de substances nuisibles pour l'environnement, remplissant ainsi les critères fixés par la Kemikalieinspektionen (l'inspection suédoise des produits chimiques) pour qu'un produit soit considéré comme nuisible pour l'environnement.

23. Après avoir examiné les circonstances de l'affaire, la Cour suprême administrative a constaté que, effectivement, la manière de classer juridiquement le document intitulé "lettre" qui semblerait ne pas pouvoir produire d'effets juridiques n'était pas claire. L'intention consisterait davantage à informer les entreprises de l'existence de la règle relative au remplacement de produits, de son contenu et des sanctions liées à cette règle. Cependant, l'incitation en combinaison avec les délais indiqués et les sanctions prévues ainsi que l'information sur l'intention de la commission d'entamer des inspections auprès des entreprises concernées, donnait à ladite lettre un tel caractère important pour ses destinataires, que ceux-ci ne devraient pas être privés de droit de recours, et que l'absence d'effets juridiques directs ne pouvait, dès lors, pas être pertinente en l'espèce.
24. Par conséquent, la Cour suprême administrative a constaté que les décisions des instances inférieures de ne pas considérer la lettre comme un acte attaquant *étaient erronées*. Ainsi, ladite cour a décidé d'annuler ces décisions et de renvoyer, à nouveau, l'affaire devant la première instance.
25. Dans une autre affaire également jugée par la Cour suprême administrative,<sup>33</sup> une "information" avait été rédigée par la Livsmedelsverket (l'administration suédoise de l'alimentation) et distribuée aux commissions communales de protection de l'environnement et de la santé ainsi qu'aux parties prenantes du secteur alimentaire, les avertissant que certaines huiles comestibles contenaient des substances susceptibles de nuire à la santé des consommateurs. Dans ce contexte, le Livsmedelsverket constatait que les huiles en question étaient impropres à la consommation et ne devraient pas être commercialisées, en ajoutant que quiconque vendait les huiles concernées était censé prendre les mesures appropriées pour garantir la qualité des huiles mises en vente. Ladite information a été également reprise dans un communiqué de presse et sur le site Internet du Livsmedelsverket, où les marques des huiles analysées et des photos de celles-ci étaient présentées.
26. La Cour suprême administrative a constaté qu'une information "pure" ne saurait faire l'objet d'un recours. Cependant, dans l'affaire en question, le contenu de l'information du Livsmedelsverket était censé être compris, par ses destinataires, comme contraignant et lesdits destinataires, tant les entités publiques que les entités privées avaient agi en conformité avec ladite information. Pour garantir auxdites entités une protection juridique, l'information du Livsmedelsverket devait pouvoir faire l'objet d'un recours. Il convient de noter que, dans ce contexte, la Cour suprême administrative a considéré que le Livsmedelsverket avait agi *en dehors de ses compétences*, et que l'information qu'il avait émise devait par conséquent être annulée.

---

<sup>33</sup> RÅ 2004 ref. 8.



27. En revanche, à condition qu'une décision ait été formulée de façon telle que son caractère non contraignant en ressort de façon raisonnablement claire, cet acte ne devrait pas être attaqué.

#### **IV. CONCLUSION**

28. Le droit suédois est caractérisé par un large éventail d'instruments de droit "souple" émanant d'autorités publiques ayant une position relativement indépendante vis-à-vis du législateur suédois.
29. Cependant, en émettant de tels instruments de droit, lesdites autorités publiques sont obligées de respecter les limites et les compétences prévues notamment par la constitution suédoise.
30. Les instruments "souples" ne sont, en règle générale, pas susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel. Ceci est dû au fait que de tels instruments ne sont pas contraignants et n'ont pas d'effets juridiques directs à l'égard du destinataire dudit instrument.
31. Cependant, selon la jurisprudence suédoise, même en l'absence de tels effets juridiques, la présence d'effets réels négatifs de l'instrument en question sur la situation personnelle ou économique dudit destinataire peut rendre cet instrument attaqué.

[...]