



HAL
open science

Le droit souple, un regard circonspect sur la jurisprudence Crédit foncier de France

Elise Untermaier-Kerléo

► **To cite this version:**

Elise Untermaier-Kerléo. Le droit souple, un regard circonspect sur la jurisprudence Crédit foncier de France . Revue française de droit administratif, 2014, pp.1029-1038. hal-01171338

HAL Id: hal-01171338

<https://univ-lyon3.hal.science/hal-01171338>

Submitted on 25 Apr 2018

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

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

Le droit souple, un regard circonspect sur la jurisprudence *Crédit foncier de France*

Élise Untermaier-Kerléo

*Maître de conférences de droit public à Université Jean Moulin Lyon 3
Directrice adjointe de l'Équipe de droit public de Lyon*

Plan

Plan	1
Résumé	1
Introduction	2
I. Un substitut au pouvoir réglementaire	5
A. Un acte réglementaire qui ne dit pas son nom.....	5
1. La conception restrictive de la règle de droit retenue par le Conseil d'État.....	5
2. Une réflexion nécessaire sur le partage du pouvoir réglementaire.....	6
B. L'introuvable pouvoir directif	7
1. Le pouvoir de fixer des critères sans poser de condition nouvelle.....	7
2. L'impossibilité de fixer des règles de procédure.....	9
II. Un substitut à la motivation des décisions administratives individuelles.....	11
A. Un instrument facilitant le contrôle juridictionnel des motifs.....	12
1. La reconstitution par le juge des directives implicitement suivies par l'administration	12
2. La directive explicite, une « codification des motifs » des décisions individuelles.....	13
B. Un instrument risquant d'occulter la nécessité de généraliser l'obligation de motivation des décisions administratives, même favorables.....	13
1. Le retard du droit administratif français en matière de motivation des actes administratifs unilatéraux	14
2. L'indifférence au tiers à l'acte administratif unilatéral	15
Conclusion.....	16

Résumé

Les directives administratives, dont le Conseil d'État promeut le renouveau dans son étude annuelle de 2013 consacrée au droit souple, constituent un substitut imparfait tant au pouvoir réglementaire qu'à la motivation des actes administratifs unilatéraux. D'une part, on doit considérer ces directives pour ce qu'elles sont : des actes administratifs réglementaires, qui en tant que tels, doivent être publiés et peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. D'autre part, l'édiction de lignes directrices, bien qu'elle facilite le contrôle juridictionnel des motifs, ne doit pas occulter l'exigence fondamentale de motivation des actes administratifs unilatéraux. Car le besoin de lignes directrices est d'autant plus grand que le champ d'application de l'obligation de motivation est limité en droit administratif français.

Introduction

Dans son étude annuelle de 2013 consacrée au droit souple, le Conseil d'État invite à promouvoir un renouveau des directives au sens de l'arrêt *Crédit foncier de France*, qu'il rebaptise « lignes directrices », afin d'éviter toute confusion avec les directives européennes¹.

En effet, « la directive répond(ra)it à un besoin réel et croissant, celui de concilier l'attribution d'une certaine marge de manœuvre aux autorités chargées d'appliquer les règles de droit avec l'égalité de traitement »². De manière générale, le droit souple est présenté par le Conseil d'État comme un moyen de « recentrage du droit dur »³ : la loi et le règlement doivent s'en tenir à l'énoncé de règles générales, dont la mise en œuvre nécessite d'être explicitée par la voie de recommandations ou de lignes directrices.

Avec l'arrêt du 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, la Haute juridiction administrative a admis qu'une autorité investie d'un pouvoir discrétionnaire pour prendre une série de décisions administratives individuelles (dérogations, subventions, etc.) puisse légalement définir des lignes directrices destinées à la guider dans son action⁴. Il s'agissait en l'espèce de subventions que l'agence nationale pour l'amélioration de l'habitat (ANAH) pouvait attribuer aux propriétaires aux fins de restauration des bâtiments anciens. La loi ne précisant pas les conditions d'attribution de ces subventions, l'agence adopta un règlement fixant un certain nombre de critères. En application de ce texte, elle refusa l'octroi d'une subvention pour le ravalement d'un immeuble comportant des parties exploitées commercialement. Alors qu'il pouvait annuler la décision de refus pour erreur de droit en estimant que l'administration s'était fondée sur une circulaire illégale, le Conseil d'État reconnut au contraire la légalité de la référence à de telles lignes directrices.

La directive, au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*, constitue un entre-deux : ni un acte réglementaire, ni un acte purement indicatif. Ainsi a-t-elle pu être qualifiée d'« embryon de règle de droit »⁵, de « pseudo-règle de droit »⁶ ou encore d'« acte hybride »⁷, d'« acte intermédiaire entre la circulaire normatrice et celle non normatrice. Moins que la première, plus que la seconde. Moins qu'un ordre, plus qu'un souhait »⁸. Dans son étude annuelle de 2013, le Conseil d'État place les lignes directrices au milieu de son échelle de

¹ Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013, La documentation française, n° 64 ; v. aussi L. Cytermann, rapporteur général adjoint de la section du rapport et des études du Conseil d'État, « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence *Crédit foncier de France* », *RFDA* 2013, p. 1119

² *Ibid.* p. 140.

³ *Ibid.* p. 150.

⁴ CE, Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de Fce c/ Dlle Gaupillat et Dame Ader*, *Leb.* p. 750, concl. Bertrand ; *GAJA*; *RDP* 1971, pp. 1224-1233, note M. Waline ; *D.* 1971, p. 675, note D. Loschak ; *JCP* 1972. II. 17232, note M. Fromont. V. aussi : CE, Sect., 13 juill. 1962, *Arnaud*, *Leb.* p. 474 et CE, 17 juillet 1925, *Association amicale du personnel de la Banque de France*, note Hauriou, *S.* 1925. III. 33 : le Conseil d'État avait considéré des lettres adressées par le gouverneur de la Banque de France à divers membres du personnel comme des décisions insusceptibles de recours mais le doyen Hauriou les avait déjà qualifiées dans sa note de directive. Il avait anticipé la jurisprudence de 1970 puisqu'il expliquait aussi que la directive ne pouvait pas être attaquée directement mais seulement par voie d'exception, à l'occasion d'un recours contre une mesure particulière en faisant application (p. 34).

V. encore CE, 29 juin 1973, *Soc. Géa* ; *AJDA*, 1973, p. 589, note Vier ; *RDP* 1974, p. 547, note M. Waline : le Conseil d'État a jugé que les directives, dépourvues de caractère réglementaire, ne modifiaient pas par elles-mêmes la situation juridique des intéressés toujours justiciables d'un examen particulier, et n'avaient donc pas à être publiées. Mais la loi du 17 juillet 1978 les soumet à l'obligation de publication.

⁵ J. Boulouis, « Sur une catégorie nouvelle d'actes juridiques : "les directives" », *Recueil d'études en l'honneur de Charles Eisenmann*, Paris, CUJAS, 1975, pp. 191-203, p. 192.

⁶ M. Waline, note sous CE, Sect., 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*, *RDP*, 1971, p. 1229 et s., ici p. 1231.

⁷ M. Cliquennois, « Que reste-t-il des directives ? », *AJDA* 1992, p. 3.

⁸ P.-L. Frier, J. Petit, *Droit administratif*, LGDJ, coll. Domat droit public », 8^e éd., 2013, p. 323.

normativité graduée, entre le droit souple et le droit dur (pp. 70-71). La directive n'est pas considérée comme un acte réglementaire car il est toujours possible pour l'administration de s'écarter des orientations générales qu'elle s'est données, au vu des spécificités d'un dossier. Toutefois, si l'administration entend déroger à ses propres lignes directives, elle doit le faire en se fondant sur un motif d'intérêt général, qu'elle doit précisément justifier. La directive ne dispense donc pas l'administration de l'examen particulier de chaque dossier : l'application de lignes directrices ne peut être mécanique.

Sur le plan contentieux, les directives occupent une place singulière dans la typologie des actes pararéglementaires⁹. Cette dernière présente aujourd'hui un caractère très byzantin, et pour tout dire, peu conforme à l'exigence de sécurité juridique. Ainsi faut-il distinguer, au sein des circulaires, celles qui sont impératives et réglementaires, c'est-à-dire qui comportent des règles nouvelles, de celles qui ne sont pas réglementaires tout en étant impératives, et de celles qui ne sont ni réglementaires ni impératives mais purement interprétatives. Dès lors que la circulaire est impérative, elle est susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. En revanche, une circulaire n'est invocable devant le juge administratif que si elle interprète exactement les dispositions législatives et réglementaires.

Des circulaires – ou au sein des circulaires non impératives ?¹⁰, il faut distinguer les directives, même si celles-ci doivent parfois être débusquées dans des documents intitulés circulaires, instructions ou notes de service. À la différence des circulaires impératives, elles ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir¹¹. En revanche, elles peuvent être invoquées par le requérant, à l'appui d'un recours contre une décision individuelle le concernant. Toutefois, certaines directives sont traitées par le juge administratif comme des circulaires et peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dès lors qu'elles remplissent les conditions posées par la jurisprudence *Duvignères*¹². L'étude annuelle du Conseil d'État va certainement conduire la jurisprudence à distinguer plus rigoureusement directives et circulaires.

Les juridictions administratives sont d'ores et déjà parties à la recherche des lignes directrices au sein de diverses circulaires ou instructions.

Ainsi, s'agissant des « instructions spécifiques » prises par l'Agence pour l'enseignement français à l'étranger (AEFE) pour fixer les critères d'attribution des bourses aux enfants français scolarisés à l'étranger, la Haute Assemblée précise que le « décret du 30 août 1991 n'a pas conféré à l'AEFE le pouvoir de déterminer les conditions d'attribution des bourses scolaires pour les enfants français scolarisés à l'étranger, mais a seulement prévu qu'elle édicte des instructions fixant des *lignes directrices* auxquelles il appartient aux commissions locales de l'agence de se référer, tout en pouvant y déroger lors de l'examen individuel de chaque

⁹ Nous retenons l'expression de D. Mockle, *Recherches sur les pratiques administratives pararéglementaires*, préface J. Untermaier, Paris, LGDJ, T. CXLVII, 1984.

¹⁰ V. par ex. les concl. A. Fort-Besnard sur TA Paris, 18 déc. 2013, *M. J. C. O.*, n° 1306958, *AJDA* 2014, p. 454 : la rapporteure publique affirme qu'« au sein des circulaires non impératives une *summa divisio* peut être établie entre, d'une part, les circulaires non impératives purement interprétatives, lesquelles exposent une politique, assignent des objectifs, commentent un texte et, d'autre part, les circulaires non impératives qui « définissent des orientations générales destinées à assurer la cohérence de l'action administrative dans des matières où l'administration dispose d'un large pouvoir discrétionnaire », c'est-à-dire des « directives », au sens de la jurisprudence issue de l'arrêt de section *Crédit foncier de France* du 11 décembre 1970 ».

¹¹ CE, 1/6 ssr, 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu*, n° 254961, *Leb.*

¹² V. par ex. CE, 1^{ère} ss, 18 nov. 2013, *Synd. SUD Travail Affaires sociales*, n° 358046, inédit au *Leb.* : le Conseil d'État a admis la recevabilité d'un recours à l'encontre d'une note de service du ministre du travail rendant publics les critères qui le guident pour les nominations et les mutations des membres du corps de l'inspection du travail, en considérant qu'elle contenait des dispositions impératives à caractère général, au sens de la jurisprudence *Duvignères*.

demande si des considérations d'intérêt général ou les circonstances propres à chaque situation particulière le justifient »¹³.

De la même façon, plusieurs juridictions administratives ont identifié la présence de lignes directrices au sein de la circulaire du 28 novembre 2012 adressée aux préfets par le ministre de l'Intérieur (dite circulaire Valls) relative aux conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière dans le cadre des dispositions du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, admettant en conséquence que les étrangers les invoquent à l'appui de leur recours en annulation contre un refus d'admission exceptionnelle au séjour¹⁴. En revanche, la cour administrative d'appel de Lyon a refusé que le requérant puisse « se prévaloir utilement des dispositions de la circulaire du ministre de l'intérieur du 28 novembre 2012 » en raison du caractère gracieux des mesures de régularisation que peut prononcer le préfet sur le fondement de l'article L. 313-14 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile¹⁵.

Enfin, circulaires et directives doivent également être distinguées des recommandations de bonnes pratiques que certaines autorités administratives indépendantes sont autorisées à émettre. Celles-ci peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dans la mesure où elles sont prises en compte par les instances disciplinaires compétentes pour apprécier les obligations déontologiques qui s'imposent aux membres d'une profession¹⁶.

Ainsi conçues par la jurisprudence administrative, les directives ou lignes directrices ne nous paraissent pas à même d'atteindre les objectifs fixés par la Section du rapport et des études. Elles pourraient même aller à rebours de ces louables intentions. Si le recours à des lignes directrices vise à renforcer la prévisibilité et la sécurité juridiques, on doit considérer les directives administratives pour ce qu'elles sont : des actes administratifs réglementaires, qui en tant que tels, doivent être publiés et peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

Par ailleurs, pour reprendre l'expression employée par le commissaire du gouvernement Bertrand dans ses conclusions sur l'arrêt *Crédit foncier de France*, la directive apparaît comme une « codification des motifs » susceptibles de fonder les décisions individuelles que l'administration est habilitée à prendre. À cet égard, elle permet d'assurer un traitement égalitaire des demandes et de faciliter le contrôle juridictionnel des motifs. Toutefois, le recours à la directive ne doit pas occulter une grave lacune du droit administratif français : l'absence d'obligation générale de motivation des actes administratifs unilatéraux.

Ainsi la directive apparaît-elle comme une espèce de subterfuge, un substitut imparfait, tant au pouvoir réglementaire (I) qu'à la motivation des actes administratifs unilatéraux (II).

¹³ CE, 4/5 srr, 19 sept. 2014, *M. A.*, n° 364385, *Leb.*

¹⁴ V. notamment TA Paris, 18 déc. 2013, *M. J. C. O.*, n° 1306958, et les concl. A. Fort-Besnard, *AJDA* 2014, p. 454, conf. par CAA Paris, 4 juin 2014, *Préfet de police de Paris*, n° 14PA00226-14PA00358, *AJDA* 2014, p. 1181.

¹⁵ CAA Lyon, formation plénière, 2 oct. 2014, *M. A.*, n° 14LY01523 ; v. concl. L. Levy Ben Cheton et comm. E. Untermaier-Kerléo sur le site Alyoda.fr ; *AJDA* 2014, p. 2112, note. A. Samson-Sye.

¹⁶ CE, 1/6 srr, 27 avr. 2011, *Assoc. pour une formation médicale indépendante (FORMINDEP)*, n° 334396, *Leb.* ; *AJDA* 2011. 1326, concl. C. Landais ; *D.* 2011. 1287 ; *ibid.* 2565, obs. A. Laude ; *RDSS* 2011. 483, note J. Peigné ; v. aussi CE, 1/6 ss, 4 oct. 2013, *Soc. Les laboratoires Servier*, n° 356700, *T. Leb.*

I. Un substitut au pouvoir réglementaire

Si le juge reconnaît à une autorité administrative qui dispose d'une dose de pouvoir discrétionnaire pour édicter une série de décisions individuelles, le pouvoir de fixer des lignes directrices, alors il doit traiter ce pouvoir comme ce qu'il est : un pouvoir réglementaire... d'autant plus qu'en dépit de la règle de l'examen particulier de chaque dossier, l'application de ces lignes directrices s'avère en pratique automatique (A). Coincé entre le pouvoir réglementaire et le pouvoir pararéglementaire, le pouvoir de fixer des lignes directrices apparaît très difficile à déterminer, pour ne pas dire insaisissable (B).

A. Un acte réglementaire qui ne dit pas son nom

Le refus d'assimiler la directive à un règlement repose sur une conception très étriquée de la règle de droit (1). Il conduit à contourner la question pourtant fondamentale du partage du pouvoir réglementaire entre les diverses autorités administratives (2).

1. La conception restrictive de la règle de droit retenue par le Conseil d'État

Le concept de directive a été forgé par la jurisprudence administrative, pour pallier l'absence de pouvoir réglementaire des autorités administratives, en particulier des ministres.

À cet égard, la distinction entre directive et règlement apparaît très artificielle et donne un pouvoir considérable au juge. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Crédit foncier de France*, le commissaire du gouvernement Bertrand énonçait que « *l'instruction n° 46 de la Commission nationale d'amélioration de l'habitat a en effet, par son contenu autant que par la terminologie, toutes les apparences d'un véritable règlement qui, s'il est considéré comme tel, émane à coup sûr d'une autorité incompétente* ». Puis il invita la Haute Juridiction à « *faire l'effort de considérer que la Commission nationale (...) n'a fait après tout, par son instruction n° 46, comme par les autres, qu'arrêter pour elle-même et pour les Commissions départementales, en vue d'opérer l'indispensable sélection des demandes, une doctrine ou ensemble de recommandations laissant place à des dérogations justifiées par des circonstances particulières* »¹⁷. Il résulte clairement de ces affirmations que c'est le juge qui décide si telle ou telle disposition constitue une règle susceptible de dérogation ou non puisque ni le contenu, ni la terminologie ne permettent de distinguer un règlement d'une directive. Ainsi le juge administratif pourra-t-il censurer librement les instructions qu'il considère comme impératives¹⁸. C'est le Conseil d'État qui a créé la notion de directive en la caractérisant par la possibilité qu'a l'administration d'y déroger, afin de préserver le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et d'éviter la dispersion du pouvoir réglementaire¹⁹. Il aurait tout aussi bien pu « réglementariser » la directive.

L'édition de lignes directrices par une autorité habilitée à prendre une série de décisions individuelles pour lesquelles elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, traduit

¹⁷ Concl. Bertrand, préc., *Leb.* p. 758.

¹⁸ V. par exemple : CE, Sect., 10 mars 1972, *Min. chargé de la défense nationale c/ Sieur Le Bris*, *Leb.* p. 199 : une directive décidant par voie générale en réduisant à néant toute faculté d'appréciation ultérieure des situations individuelles est illégale ; CE, 20 déc. 2000, *Conseil des industries françaises de défense*, req. n° 193498, *mentionné aux tables du Lebon* : présentent également un caractère réglementaire les dispositions d'une directive relative à l'évolution des prix dans les marchés de la délégation générale pour l'armement, dans la mesure où « sous couvert de cette directive, le délégué général pour l'armement a en réalité posé des règles pour l'application desquelles les fonctionnaires placés sous son autorité ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation ».

¹⁹ V. en ce sens, P. Delvolvé, « La notion de directive », *op. cit.*, ici p. 459 : la directive, en droit administratif français « est surtout le fruit d'une construction jurisprudentielle se greffant sur une pratique administrative et s'efforçant d'en dégager la portée à travers des tâtonnements successifs ».

l'exercice spontané du pouvoir réglementaire. La directive n'est rien d'autre qu'un acte administratif réglementaire, que le juge a lui-même assorti d'un pouvoir de dérogation.

L'étude annuelle de 2013 du Conseil d'État repose sur une conception très étroite de la règle de droit, et par suite de l'acte réglementaire, qu'il assimile à un acte prescriptif et non susceptible de dérogation. Ainsi peut-on lire que « Le but de la règle de droit est que la prescription qu'elle fixe soit appliquée dans 100 % des cas, celui des lignes directrices est qu'elle soit suivie dans la grande majorité des cas mais écartée en cas de besoin, en faisant confiance à l'autorité d'application pour apprécier ce besoin. » (p. 141). Et plus loin : « Le droit souple se substitue largement (...) à l'exercice du pouvoir réglementaire : comme lui, il précise comment il faut entendre les principes énoncés par le législateur, mais de manière adaptable aux circonstances particulières de chaque cas d'espèce, alors que les dispositions réglementaires ne sont pas susceptibles de dérogation. » (p. 150).

Pourtant, la règle de droit n'est pas nécessairement prescriptive, elle est bien souvent permissive. Elle peut être assortie d'un pouvoir de dérogation accordé à l'autorité chargée de sa mise en œuvre. Lorsqu'un règlement accorde un pouvoir discrétionnaire à l'autorité administrative, il ne pose pas une prescription susceptible d'être appliquée « dans 100 % des cas ». Cette définition de l'acte réglementaire n'a pas de sens s'agissant d'un règlement qui laisse à l'administration une marge de manœuvre pour adopter – ou non – certaines décisions individuelles. Le droit dit « dur » peut donc s'avérer extrêmement souple.

Inversement, le droit dit « souple » peut s'avérer assez dur. D'ailleurs, le rapport du Conseil d'État de 2003 sur la fonction publique avait pointé du doigt la « dérive coutumière » : les lignes directrices sont suivies de façon mécanique par les agents. Le barème des mutations édicté chaque année par le ministère de l'éducation nationale est appliqué de façon automatique²⁰.

Entre le règlement et l'acte purement indicatif, il paraît vain de trouver un entre-deux. L'échelle de normativité graduée entre le droit dur et le droit souple, si elle correspond à la réalité, ne doit pas servir de référence pour le juge. L'intérêt d'une classification est de simplifier le réel, de gommer certains détails en ne retenant que certaines qualités jugées essentielles. Revenons-en à une distinction binaire – acte réglementaire / acte indicatif ou pararéglementaire – à condition toutefois de retenir une définition large de l'acte réglementaire : pas seulement l'acte prescriptif et non susceptible de dérogation mais aussi l'acte directif, susceptible de dérogations justifiées par des circonstances particulières.

2. Une réflexion nécessaire sur le partage du pouvoir réglementaire

Plutôt que de promouvoir le renouveau des lignes directrices, il faut repenser clairement la distribution du pouvoir réglementaire entre les différentes autorités publiques.

C'est d'ailleurs ce qu'invite à faire implicitement l'étude du Conseil d'État consacrée au droit souple. Elle critique, s'agissant des règles applicables aux collectivités territoriales, la rédaction de textes législatifs et réglementaires trop contraignants, en donnant pour exemple un décret qui prévoit que dans les établissements pour enfants handicapés, l'écart entre chaque lit soit au moins 1,5 mètres (art. D. 312-91 du code de l'action sociale et des familles) ou réglemente l'espacement entre les barreaux des parois latérales des lits-parcs dans les pouponnières à caractère social (art. D. 312-128). Selon le rapport, le décret pourrait se borner à fixer les exigences essentielles tenant à la santé, à la sécurité et au bien-être des personnes

²⁰ V. notamment Cour des comptes, Rapport public thématique, *Gérer les enseignants autrement*, mai 2013, et médiateur de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur, Rapport annuel 2010, cités dans l'étude annuelle du Conseil d'État de 2013, *Le droit souple*, p. 148.

accueillies. Ce décret serait complété par une norme technique à laquelle les établissements pourraient se conformer ou prouver leur respect des exigences essentielles par d'autres moyens²¹.

Cet exemple montre deux choses.

D'une part, le droit souple est conçu comme un moyen de recentrage du droit dur. Mais ce droit dit « dur » contenu dans les décrets peut *in fine* être souple, flexible, dès lors qu'il se borne à fixer des exigences essentielles, en laissant les autorités d'application libres de choisir les moyens propres à satisfaire ces exigences. Inversement, si les instruments dits de droit souple contiennent des normes techniques, alors il y a un risque qu'ils deviennent durs, en faisant l'objet d'une application mécanique.

D'autre part, le droit souple apparaît comme la portion congrue laissée aux collectivités territoriales. Certes, le Conseil d'État critique les dispositions trop contraignantes qui s'imposent aux autorités décentralisées. Cependant, il n'invite pas dans son étude à décentraliser l'exercice du pouvoir réglementaire. L'étude semble sous-tendue par l'idée que les collectivités ne sont pas à même d'exercer un véritable pouvoir normatif.

Or, il faut sans ambivalence poser la question de la décomposition, de la décentralisation du pouvoir normatif. Veut-on ou non accorder aux autorités administratives, et notamment aux collectivités territoriales le pouvoir de décider des règles qu'elles appliquent ? Quelle que soit la réponse choisie, il paraît dangereux de ne conférer à une autorité qu'un pouvoir réglementaire déguisé sous forme de lignes directrices. Ou bien la loi ou le règlement lui accorde le pouvoir d'édicter des règles générales, qui ne la dispenseront pas de l'examen particulier de chaque cas d'espèce, ou bien elle le lui interdit et l'oblige à décider par voie individuelle, conformément aux règles générales fixées au niveau national. Mais entre l'édiction de règles générales et les décisions de portée individuelle, le pouvoir de fixer des lignes directrices apparaît insaisissable.

B. L'introuvable pouvoir directif

Outre les incertitudes entourant le statut des directives – le juge les assimile parfois à des circulaires et leur applique la jurisprudence *Duvignères*²², les limites du pouvoir de fixer des lignes directrices s'avèrent encore mal définies. Selon la jurisprudence administrative, le pouvoir de fixer des lignes directrices apparaît très résiduel. S'il permet aux autorités administratives de déterminer des critères, sans toutefois pouvoir poser de condition nouvelle (1), il ne les autorise pas à établir des règles procédurales encadrant l'édiction des décisions individuelles qu'elles sont amenées à prendre (2).

1. Le pouvoir de fixer des critères sans poser de condition nouvelle

Comme l'énonce l'étude du Conseil d'État consacrée au droit souple, « La définition de critères de décision et de priorités d'action est l'objet même des lignes directrices » (p. 141). Pour autant, l'autorité administrative chargée d'édicter les décisions individuelles ne peut pas fixer de condition nouvelle.

Ainsi, dans un arrêt du 18 novembre 2013, *Syndicat SUD Travail Affaires sociales*, le Conseil d'État a-t-il admis la recevabilité d'un recours à l'encontre d'une note de service du ministre du travail susceptible d'être qualifiée de directive ou de lignes directrices, en considérant qu'elle contenait des dispositions impératives à caractère général, au sens de la jurisprudence *Duvignères*. Il reconnaît qu'« il est loisible au ministre chargé du travail de

²¹ Conseil d'État, *Le droit souple*, *op. cit.*, p. 152.

²² *Supra*, introduction.

rendre publics les critères qui le guident pour les nominations et les mutations des membres du corps de l'inspection du travail ». Mais il ajoute : « Toutefois, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires expresses, l'application de ces critères ne saurait en aucun cas le conduire à fixer des règles nouvelles ». Dans la mesure où le décret portant statut particulier du corps de l'inspection du travail ne subordonne pas l'avancement de grade, non plus que l'affectation à certains emplois, à l'accomplissement d'une obligation de mobilité, le ministre du travail ne peut « compétemment subordonner la promotion de grade d'un membre du corps de l'inspection du travail à l'accomplissement d'une mobilité au moment de cette promotion ou antérieurement à celle-ci ». Même si, dans le même arrêt, la Haute juridiction reconnaît que la plus grande mobilité des personnes concernées constitue un « objectif légitime », elle annule cette note de service²³.

Au contraire, dans un arrêt du 15 mai 2013, le Conseil d'État admet la légalité de circulaires du ministre de l'intérieur dans la mesure où leurs dispositions « n'ont, pour les chefs de service auxquelles elles sont destinées, qu'une valeur indicative en vue de faciliter l'attribution des différentes indemnités dont ils assurent le paiement et ne peuvent, dès lors, avoir pour effet de leur permettre d'arrêter les montants individuels des indemnités selon des critères autres que ceux prévus par les différents décrets indemnitaires qui les ont institués et en dehors des montants de référence fixés par les arrêtés interministériels pris pour leur application »²⁴.

Dans le même sens, une note de service ministérielle peut contenir « la mention, à titre indicatif, d'une expérience souhaitée d'un moins trois années » dans la mesure où elle ne constitue pas une condition impérative au prononcé d'une mutation²⁵.

Comme le reconnaît le rapport du Conseil d'État lui-même, « L'état de la jurisprudence laisse ainsi plusieurs questions en suspens. La limite de ce qu'un chef de service peut faire en termes de fixation de critères, en d'autres termes la frontière qui sépare les simples indications de l'ajout illégal aux dispositions réglementaires, n'est pas aisée à déterminer. » (p. 148-149).

Ceci s'explique justement par le fait que le juge administratif ne conçoit pas ce pouvoir de fixer des lignes directrices comme l'exercice d'un pouvoir réglementaire. L'entre-deux – la directive non réglementaire – est difficile à trouver. En effet, la définition de critères, même si ces critères peuvent être écartés en cas de circonstances particulières, traduit bien l'exercice de la fonction de réglementation.

²³ CE, 1ère ss, 18 nov. 2013, *Synd. SUD Travail Affaires sociales*, n° 358046, inédit au *Leb*.

V. aussi CE, 1/6 srr, 23 juill. 2012, *Soc. EDF*, n° 347088, T. *Leb.* : la note de service adoptée par le directeur du centre EDF-GDF Services du Périgord, en ce qu'elle a fixé un « critère géographique d'ouverture du droit à indemnité de repas, qui ajoute une condition à la circulaire du 11 août 1982 citée ci-dessus » est entachée d'illégalité.

V. encore CE, 1/6 srr, 26 oct. 2012, *M. A...B...*, n° 346648, T. *Leb.* : en interdisant, en dehors des fêtes légales, l'octroi d'autorisation pour des fêtes religieuses autres que celles dont la direction générale de l'administration et de la fonction publique publie annuellement la liste, au demeurant indicative, le ministre a entaché la circulaire d'excès de pouvoir.

²⁴ CE, 3^e ss, 15 mai 2013, *Synd. national Force ouvrière des personnels de préfecture (SNFOPP)*, n° 358856, inédit au *Leb*.

V. aussi CE, 2/7 srr, 7 nov. 2012, *GISTI*, n° 353624, T. *Leb.* : s'agissant d'une circulaire relative à la maîtrise de l'immigration professionnelle, le Conseil d'État relève que ces instructions n'ont pas pour effet de soumettre l'examen de la demande d'autorisation à un critère distinct de l'appréciation de la situation de l'emploi dans la profession et dans la zone géographique dans les conditions prévues par le 1^o de l'article R. 5221-20 du code du travail ; que, par suite, les ministres signataires de la circulaire ont pu les énoncer sans excéder leur compétence ».

²⁵ CE, 4/5 srr, 19 déc. 2012, *SNES*, n°357416, inédit au *Leb*.

Prenons un exemple.

Le décret n° 2012-364 du 15 mars 2012 relatif au référentiel fixant les critères d'agrément des assistants maternels laisse une marge de manœuvre aux services départementaux de protection maternelle et infantile (PMI). Le référentiel demande de prendre en compte « l'existence d'un espace suffisant permettant de respecter le sommeil, le repas, le change et le jeu du ou des enfants accueillis. » Il précise qu' « une vigilance particulière doit être apportée (...) au couchage de l'enfant dans un lit adapté à son âge, au matériel de puériculture, ainsi qu'aux jouets qui doivent être conformes aux exigences normales de sécurité et entretenus et remplacés si nécessaire ».

Que faut-il entendre par couchage de l'enfant dans un lit adapté à son âge ? Le service de la PMI peut-il exiger un lit en bois ou accepter des lits en toile ?

Si, dans le cadre de lignes directrices, la PMI exige un lit en bois, elle ne fixe pas de règle nouvelle par rapport au référentiel : elle interprète simplement de façon restrictive l'exigence tenant au « couchage de l'enfant dans un lit adapté à son âge ».

Cet exemple révèle la dimension normative de l'interprétation. Il relativise la distinction forgée par la jurisprudence *Duvignères* entre l'impératif interprétatif et l'impératif réglementaire.

La jurisprudence administrative se doit de clarifier les choses : ou bien elle reconnaît le pouvoir réglementaire « directif », ou bien elle refuse de le faire.

2. L'impossibilité de fixer des règles de procédure

La question se pose aussi de savoir si l'autorité administrative qui dispose d'un pouvoir discrétionnaire, peut organiser la procédure d'édiction des décisions individuelles comme elle l'entend.

En l'état actuel de la jurisprudence administrative, la réponse à cette question est négative : les règles de procédure dont la violation peut être invoquée dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir sont celles qui ont été définies par des dispositions législatives ou réglementaires. Les règles de procédure résultant d'une directive que l'administration s'est fixée à elle-même ne peuvent pas être invoquées devant le juge de l'excès de pouvoir, sauf si la loi ou le règlement ont expressément renvoyé à un acte de l'autorité administrative le soin de fixer elle-même les règles de procédures applicables à l'édiction des décisions qu'elle est amenée à prendre dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

Ainsi, dans un arrêt du 10 février 2014, la Haute juridiction a-t-elle écarté le moyen soulevé à l'appui du recours pour excès de pouvoir contre un décret relatif à une aire d'appellation d'origine contrôlée (AOC), selon lequel l'Institut national de l'origine et de la qualité (INAO) avait méconnu une de ses propres directives en recourant à une procédure simplifiée de délimitation de l'aire d'appellation d'origine²⁶. Cette solution s'inscrit dans la lignée des arrêts *Association nationale des psychologues de la petite enfance*²⁷ et *CFDT*²⁸ dans lesquels le Conseil d'État rejette comme inopérants les moyens tirés de l'irrégularité de la procédure suivie devant des organes consultatifs au regard des règles fixées par le

²⁶ CE, 3/8 srr, 10 févr. 2014, *Synd. viticole de Cussac-Fort-Médoc*, n° 356113, *Leb.*

V. aussi CE, 2/7 srr, 7 nov. 2012, *GISTI*, n° 353624, *T. Leb.* : la circulaire attaquée, relative à la maîtrise de l'immigration professionnelle ne s'est pas bornée à tirer les conséquences des dispositions réglementaires citées, mais a ajouté à celles-ci, en fixant une nouvelle règle d'examen de la demande d'autorisation, qui impose à l'employeur de déposer une nouvelle demande. Par suite, ces dispositions doivent être annulées.

²⁷ CE, 1/6 srr, 25 janv. 2012, *Assoc. nat. des psychologues de la petite enfance*, n° 342210, *T. Leb.*

²⁸ CE, 1/6 srr, 27 nov. 2013, *CFDT*, n° 354920, inédit au *Leb.*

règlement intérieur ou la charte de fonctionnement établis par ces derniers. Le juge précise, à propos de la charte de fonctionnement dont la méconnaissance était invoquée par le requérant, que « celle-ci, dont l'existence n'est prévue par aucune disposition législative ou réglementaire, est dépourvue de valeur normative ».

Pourtant, même si la liberté procédurale des autorités publiques apparaît assez limitée, la jurisprudence administrative reconnaît la possibilité pour une autorité administrative de se soumettre spontanément à une règle de procédure non prévue par la loi ou le règlement²⁹.

Ainsi, dans l'arrêt *Ville de Paris et Association Jean Bouin*, la Haute juridiction administrative admet que « dans le silence des textes, l'autorité gestionnaire du domaine peut mettre en œuvre une procédure de publicité ainsi que, le cas échéant, de mise en concurrence, afin de susciter des offres concurrentes »³⁰. Lorsqu'une autorité administrative décide de se soumettre spontanément à une procédure de sélection du futur occupant, le juge administratif veille alors à qu'elle le fasse régulièrement³¹.

De la même façon, dans le cadre du pouvoir réglementaire d'organisation du service, le chef de service peut instituer un organisme consultatif afin de l'assister dans l'exercice de ses fonctions, dès lors que ce dernier n'entre pas en concurrence avec un autre organisme créé par la loi ou par décret³².

Par ailleurs, dans l'arrêt *Notre-Dame du Kreisker*, le ministre de l'Éducation nationale, de qui dépendent les conseils académiques, se voit reconnaître le pouvoir de dresser la liste des renseignements qui doivent permettre à ces conseils de donner utilement leur avis sur l'opportunité de la subvention sollicitée. Toutefois, ces renseignements ne peuvent être exigés à peine d'irrecevabilité de la demande, la procédure devant de toute façon « aboutir, après avis émis sur chaque affaire par le conseil académique, à une décision de l'assemblée locale statuant sur la demande de subvention »³³.

Inversement, alors même que l'article 5 de la Charte de l'environnement relatif au principe de précaution commande la « mise en œuvre de procédures d'évaluation des

²⁹ V. not. G. Zalma, « *Patere legem quam fecisti* ou l'autorité administrative liée par ses propres actes unilatéraux », *RDJ* 1980, p. 1099, spéc. p. 1115 et s.

³⁰ CE, Sect., 3 déc. 2010, *V. de Paris et Assoc. Paris Jean Bouin*, n° 338272 et 338527, *Leb.* p. 472, concl. N. Escaut. V. aussi CE, 6/2 srr, 10 oct. 1994, *V. de Toulouse*, n° 108691, T. *Leb.* p. 1034. Sur cette question, v. notamment L. Calandri, « Le contentieux des conventions d'occupation domaniale spontanément soumises à publicité et mise en concurrence », *RFDA* 2013, p. 1129.

³¹ V. par ex. CE, 7/2 srr, 25 juin 2004, *Soc. Colas*, n° 261264, inédit au *Leb.* (à propos de l'application volontaire du code des marchés publics par la collectivité de Mayotte) et les arrêts cités par L. Calandri, op. cit., note de bas de page n° 49, p. 1132.

³² V. les arrêts dans lesquels le CE reconnaît la légalité de la création d'un tel organisme : CE, 5/3 srr, 11 mai 1979, *Synd. CFDT du ministère des affaires étrangères*, n° 05020, *Leb.* p. 203, concl. J.-M. Galabert : le Conseil d'État reconnaît que le ministre a pu légalement créer un comité consultatif spécial chargé d'examiner les questions qui lui sont soumises concernant les modalités de fonctionnement du service intérieur du ministère « en vertu de ses pouvoirs généraux d'organisation des services », dans la mesure où ce comité « n'a eu nullement pour effet de dessaisir, à son profit, les comités techniques paritaires des attributions consultatives qui leur sont conférées » par décret ; CE, 4/6 srr, 15 déc. 2000, *Fabre et Renaud*, n° 210669, 211550, *Leb.* : s'il appartient au Conseil supérieur des chambres régionales des comptes de dresser la liste d'aptitude aux fonctions de président de chambre régionale et territoriale des comptes, il était loisible au premier président de la Cour des comptes, président du Conseil supérieur, de créer au sein de ses services une commission ayant pour seul objet de préparer les propositions qu'il entendait pour sa part soumettre au Conseil, dès lors que cette création n'avait ni pour objet ni pour effet de porter atteinte aux prérogatives du Conseil supérieur.

Au contraire, la création d'un organisme est jugée illégale : CE, Sect., 8 janv. 1982, *SARL Chocolat de régime Dardenne*, n° 17270, *Leb.* p. 1 ; CE, 1/4 srr, 28 juill. 1999, *Synd. des psychiatres des hôpitaux*, n° 188196, T. *Leb.*

³³ CE, Ass., 29 janv. 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, *Leb.* p. 64.

risques » et en dépit de l'effet direct de ces dispositions, la Haute juridiction a jugé que « la Charte de l'environnement n'habilite pas, par elle-même, le maire d'une commune à exiger la production de documents non prévue par les textes législatifs ou réglementaires en vigueur, ni à instaurer une procédure, elle-même non prévue par les textes en vigueur »³⁴. Par conséquent, le maire d'une commune qui instruit une demande d'autorisation d'urbanisme portant sur une antenne relais ne peut pas s'opposer à la déclaration de travaux au motif de l'absence au dossier d'un document non requis par les textes.

Dans le même ordre d'idées, le ministère de la défense ne peut exiger, pour procéder à la sélection des candidats admis à présenter une offre dans le cadre de la passation d'un marché public, la production de renseignements et documents qui ne sont pas au nombre de ceux qui sont limitativement prévus par la réglementation en vigueur³⁵.

Là encore, il faut clairement poser la question de la répartition du pouvoir normatif. Dès lors qu'on reconnaît à une autorité, telle que l'INAO, un pouvoir de décision, il semblerait plutôt logique de la laisser organiser l'édiction des décisions individuelles selon une procédure qu'elle détermine. D'autant plus que lorsqu'une autorité est amenée à prendre des décisions individuelles en série pour lesquelles elle dispose d'une part de pouvoir discrétionnaire, des questions d'ordre procédural se posent, telles que l'ordre dans lequel l'administration doit traiter les demandes³⁶. Mais on peut aussi préférer centraliser le pouvoir normatif et en particulier l'édiction des règles de procédure. Quoi qu'il en soit, il est tout à fait contraire à l'exigence de sécurité juridique de laisser une telle autorité édicter des lignes directrices dont les administrés ne peuvent invoquer la violation alors même qu'ils auraient eu connaissance de leur existence. Ou bien ces lignes directrices peuvent être valablement édictées et constituent des actes administratifs réglementaires, ou bien elles sont illégales et doivent être annulées. Il est essentiel de faire le ménage au sein de l'ordonnement juridique et de le purger de ces instruments à la portée incertaine. S'il est impératif de « recentrer » le droit dur, comme le préconise le rapport du Conseil d'État consacré au droit souple, il faut tout autant éviter une inflation du droit souple. L'objectif d'améliorer la cohérence et l'architecture de l'ordonnement juridique ne serait pas atteint si les dispositions détaillées qui figurent aujourd'hui dans les lois et règlements, étaient tout simplement déplacées dans des instruments de droit souple.

Présentée par le Conseil d'État comme un outil permettant de « concilier l'attribution d'une certaine marge de manœuvre aux autorités chargées d'appliquer les règles de droit avec l'égalité de traitement »³⁷, la directive possède également un autre avantage, celui de faciliter le contrôle juridictionnel des motifs. À cet égard, elle semble compenser le retard français en matière de motivation des actes administratifs unilatéraux.

II. Un substitut à la motivation des décisions administratives individuelles

Les lignes directrices, en posant les critères sur lesquels l'administration entend fonder les décisions individuelles qu'elle est habilitée à prendre, apparaissent comme une « codification des motifs » de ces décisions. Ainsi facilitent-elles le contrôle juridictionnel des motifs (A). Toutefois, le recours aux lignes directrices ne doit pas conduire à occulter la question fondamentale de la motivation des actes administratifs unilatéraux. Car le besoin de

³⁴ CE, 2/7 s.s.r., 21 oct. 2013, *Soc. Orange Fce*, n° 360481, T. Leb.

³⁵ CE, 7/2 s.s.r., 11 avril 2014, *Min. de la défense*, n° 375245, T. Leb.

³⁶ V. not. D. Botteghi et A. Lallet, qui soulèvent cette question dans leur chronique sous l'arrêt CE, 30 déc., *Min. du logement et de la ville c/ Mme Durozey*, n° 308067, *AJDA* 2011, p. 150.

³⁷ Conseil d'État, *Le droit souple*, op. cit., ici p. 140.

lignes directrices est d'autant plus grand que le champ d'application de l'obligation de motivation est limité en droit administratif français (B).

A. Un instrument facilitant le contrôle juridictionnel des motifs

Lorsqu'aucune ligne directrice n'a été déterminée, le juge administratif peut cependant vérifier qu'une décision individuelle prise dans le cadre d'un pouvoir administratif discrétionnaire ne porte pas illégalement atteinte au principe d'égalité. Il doit alors faire l'effort de la comparer aux autres décisions individuelles précédemment adoptées par l'administration (1). Le juge contrôle plus facilement les motifs d'une décision administrative individuelle lorsque l'administration a défini explicitement des lignes directrices (2).

1. La reconstitution par le juge des directives implicitement suivies par l'administration

Tout en respectant la liberté d'appréciation dont dispose l'administration, la jurisprudence s'est efforcée de prévenir le risque d'arbitraire en admettant que le précédent administratif soit, dans une certaine mesure, source de légalité³⁸.

En l'absence de directives formalisées, le juge administratif accepte de vérifier qu'une décision administrative individuelle prise dans le cadre d'un pouvoir discrétionnaire ne porte pas illégalement atteinte au principe d'égalité, en la comparant aux autres décisions individuelles précédemment adoptées par l'administration. Selon la formule de la rapporteure publique Gaëlle Dumortier, « tout se passe un peu comme si chaque décision individuelle, dans les critères qu'elle fait apparaître, dévoilait une partie d'une directive implicite qui se dessinerait par effet de cliquet, faisant renaître une norme générale là où il n'y en avait pas »³⁹.

Ainsi, un particulier à qui un refus de dérogation à la carte scolaire a été opposé, au motif que le lieu de travail des parents ne serait pas un critère pris en compte, peut-il se prévaloir de ce qu'une dérogation a été accordée à d'autres personnes pour ce même motif⁴⁰.

De même, l'administration ne peut refuser le maintien des indemnités liées à l'exercice des fonctions à un surveillant pénitentiaire blessé et placé en congé maladie à la suite d'un match de football dans le cadre de son travail, alors qu'elle l'a accordé à un autre fonctionnaire blessé lors du même match⁴¹.

Par conséquent, même en l'absence de directive explicite, l'administration doit appliquer les critères qu'elle s'est fixée si elle n'a pas de motif pour les écarter. Elle peut toutefois modifier ses critères « lorsqu'un intérêt général en relation avec les objectifs de la législation en cause le justifie »⁴². Aussi, bien que le préfet ait fait droit aux demandes de changement d'affectation d'autres occupants du même immeuble, en fondant son appréciation sur la seule situation du logement au sein de la commune de Courbevoie, il pouvait, sans méconnaître le principe d'égalité, refuser la dérogation sollicitée par Mme Durozey en se fondant sur la nécessité de préserver dans le quartier de La Défense, compte tenu des

³⁸ V. not. A. Werner, « Le précédent administratif, source de légalité. Vers une reconnaissance du principe d'égalité », *AJDA* 1987, p. 435 ; et plus récemment S. Hourson, « Quand le principe d'égalité limite l'exercice du pouvoir administratif : le précédent administratif », *RFDA* 2013, p. 743.

³⁹ Concl. sur CE, Sect., 30 déc. 2010, *Min. du logement et de la ville c/ Mme Durozey*, n° 308067, *Leb.* p. 533 ; *AJDA* 2011. 7 ; *ibid.* 150, chron. D. Botteghi et A. Lallet.

⁴⁰ CE, 4/1 ssr, 10 juill. 1995, *Contremoulin*, n° 147212, *Leb.* p. 213 ; *AJDA* 1995. 925, concl. Y. Aguila.

⁴¹ CE, 2/7 ssr, 18 nov. 2011, *Garde des Sceaux, Min. de la justice et des libertés c/ M. Rousseaux*, n° 344563, *Leb.* p. 573 ; *AJDA* 2012. 502, note P. Lagrange ; *ibid.* 2011. 2263 ; *AJFP* 2012. 193, et les obs.

⁴² CE, Sect., 30 déc. 2010, *Min. du logement et de la ville c/ Mme Durozey*, n° 308067, *Leb.* p. 533 ; *AJDA* 2011. 7 ; *ibid.* 150, chron. D. Botteghi et A. Lallet.

dérogrations qu'il avait déjà accordées dans ce secteur à dominante de bureaux, un nombre suffisant de logements.

2. La directive explicite, une « codification des motifs » des décisions individuelles

Comme le rappelle le rapporteur général adjoint de la section du rapport et des études du Conseil d'État, Laurent Cytermann⁴³, la jurisprudence *Crédit foncier de France* est étroitement liée à la jurisprudence *Société Maison Genestal* qui reconnaît au juge administratif la possibilité d'exiger de l'administration qu'elle lui communique tous éléments de fait et de droit propres à l'éclairer sur les motifs. Le commissaire du gouvernement Bertrand, dans ses conclusions sur l'arrêt *Crédit foncier de France* invoque lui-même cet arrêt pour inciter le Conseil d'État à admettre la légalité des directives administratives : « Il importe que le juge de l'excès de pouvoir soit informé (...) des raisons qui ont déterminé la position de l'administration dans chaque cas particulier. C'est le sens de votre décision *Société Maison Genestal* (...). Seulement, (...) cet effort resterait vain si vous deviez persister à censurer ces motifs pour erreur de droit, quand ils consistent en une référence aux règles d'action que l'administration s'est donnée à elle-même. (...) L'administration, dissuadée d'invoquer devant le juge à l'occasion d'un litige les normes dont elle a fait application, trouverait aisément au soutien de sa position des motifs d'intérêt général dont il serait d'autant plus vain d'apprécier la correction matérielle et juridique qu'ils auraient été avancés a posteriori pour les besoins de la cause ».

Laurent Cytermann en conclut : « Permettre à l'administration de se doter d'orientations générales pour mieux contrôler la pertinence de la décision rendue dans chaque espèce, tel est le sens de cette double jurisprudence ». Ainsi la directive apparaît-elle comme « une codification des motifs » susceptibles de fonder les décisions individuelles que l'administration est habilitée à prendre.

Ainsi l'existence d'une directive explicite facilite-t-elle le contrôle juridictionnel des motifs en portant à la connaissance des administrés et du juge les motifs sur lesquels les décisions administratives individuelles sont susceptibles d'être fondées. Au lieu de comparer la décision individuelle attaquée aux autres décisions individuelles précédemment prises par l'administration, le juge n'a qu'à la confronter à la directive.

Toutefois, le système est encore perfectible : l'efficacité du contrôle juridictionnel des motifs se trouverait bien plus renforcée par la généralisation de l'obligation de motivation des décisions administratives, même favorables à leurs destinataires.

B. Un instrument risquant d'occulter la nécessité de généraliser l'obligation de motivation des décisions administratives, même favorables

La difficulté de prouver, d'une part pour le requérant, que l'administration n'a pas respecté les critères sur lesquels elle s'est précédemment fondée, et d'autre part, pour l'administration, qu'elle s'est écartée de ses critères pour un motif d'intérêt général, pourrait être surmontée par la généralisation de l'obligation de motivation des décisions administratives individuelles, même celles qui sont favorables à leurs destinataires. Or, en matière de motivation, le droit administratif français se montre très en retard au regard des droits étrangers (1) et relativement indifférent aux intérêts des tiers aux actes administratifs unilatéraux (2).

⁴³ L. Cytermann, « Le droit souple, un nouveau regard sur la jurisprudence *Crédit foncier de France* », *op. cit.*, p. 1119.

1. Le retard du droit administratif français en matière de motivation des actes administratifs unilatéraux

Certes, l'existence de lignes directrices explicites facilite le contrôle juridictionnel des motifs, notamment lorsque l'administration décide de faire évoluer ses critères de décision. Lorsque les critères ne sont qu'implicites, il appartient au requérant d'établir en quoi sa situation serait identique à celle des autres à qui un sort différent a été fait. Si la décision individuelle révèle un changement de critère, il incombe alors à l'administration de prouver qu'elle n'a pas porté atteinte au principe d'égalité, en montrant qu'elle s'est écartée de ses propres critères pour un motif d'intérêt général en relation avec les objectifs de la législation.

Si le besoin de lignes directrices explicites se fait ainsi sentir, c'est parce qu'il n'existe aucune obligation générale de motiver les actes administratifs unilatéraux. *Grosso modo*, seules les décisions individuelles défavorables à leurs destinataires, listées par la loi du 11 juillet 1979 ou par des dispositions spéciales, doivent être motivées. Quant à la jurisprudence administrative, elle a toujours refusé de consacrer une obligation générale de motivation des actes administratifs unilatéraux⁴⁴.

Le droit français apparaît sur ce point très en retard au regard des droits des États voisins⁴⁵. Dans la plupart des États européens et aux États-Unis, l'obligation de motivation des actes administratifs constitue un principe général, assorti d'exceptions plus ou moins nombreuses. En Italie par exemple, l'article 3 de la loi 241/90 du 7 juillet 1990 sur la procédure administrative et l'accès aux documents administratifs énonce que « *tous les actes administratifs, y compris ceux concernant l'organisation administrative, le déroulement des concours et le personnel, doivent être motivés, sauf dans les cas prévus au deuxième alinéa.* » L'Allemagne⁴⁶, la Belgique⁴⁷, les États-Unis⁴⁸, la Pologne⁴⁹, la Suède⁵⁰ ou encore la Suisse⁵¹ ont également consacré un principe général de motivation des décisions administratives. Au Portugal, ce principe a même été hissé au sommet de la hiérarchie des normes puisque, depuis 1982, l'article 268 de la Constitution du 2 avril 1976 énonce que « *les actes administratifs (...) doivent être expressément motivés et accessibles quand ils portent sur des droits ou des intérêts légalement protégés* »⁵². En outre, le droit de l'Union européenne consacre, à l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux, un principe général de motivation des décisions de l'administration, qui relève du « droit à une bonne administration »⁵³.

⁴⁴ CE, Sect., 26 janv. 1973, *Min. de la justice c/ Lang*, n° 87890, *Leb.* p. 72 ; CE, 4/1 ssr, 10 févr. 1978, *Rischmann*, n° 96495, *T. Leb.* p. 685.

⁴⁵ V. not. E. Untermaier-Kerléo, « Regard critique sur le droit administratif français à l'aune de quelques exemples en droit comparé », contribution au colloque organisé par l'Institut d'Études Administratives, *La motivation en droit public*, Université Lyon 3, 17-18 nov. 2011, Paris, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2013, p. 103.

⁴⁶ Loi sur la procédure administrative (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*) du 25 mai 1976, § 39.

⁴⁷ Loi relative à la motivation formelle des actes administratifs du 29 juillet 1991, art. 1.

⁴⁸ Loi sur la procédure administrative de 1946, § 553-557.

⁴⁹ Code de procédure administrative (*Kodeks postępowania administracyjnego – KPA*) du 14 juin 1960, art. 107 § 1.

⁵⁰ Loi sur la procédure administrative de 1986, section 20.

⁵¹ Loi fédérale sur la procédure administrative du 20 déc. 1968, art. 35.

⁵² Le cas portugais est exceptionnel car en règle générale, l'obligation de motivation des actes administratifs a toujours sa source dans la loi. On soulignera qu'au Luxembourg, la liste des décisions soumises à l'obligation de motivation figure dans un règlement grand-ducal du 8 juin 1979 relatif à la procédure à suivre par les administrations relevant de l'État et des communes, pris sur le fondement d'une habilitation législative toutefois.

⁵³ Art. 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, consacré au droit à une bonne administration. L'article 253 TCE prévoyait déjà une obligation générale de motivation des règlements, directives et décisions adoptés conjointement par le Parlement européen et le Conseil ainsi que lesdits actes adoptés par le Conseil ou la Commission. À l'heure actuelle, c'est l'article 296 al. 2 TFUE qui énonce : « *les*

Il est vrai aussi que dans la plupart des droits européens voisins, si les règles de forme et de procédure sont globalement plus exigeantes qu'en droit français, les irrégularités formelles et procédurales ne sont pas systématiquement sanctionnées au contentieux⁵⁴. Alors qu'en France, le défaut de motivation – lorsque celle-ci est obligatoire – entraîne systématiquement l'annulation de l'acte, l'article 46 de la loi de procédure allemande du 25 mai 1976, par exemple, énonce que « *l'annulation d'un acte administratif (...) ne peut être exigée au seul motif qu'il a été élaboré en violation des règles de procédure, de forme ou de compétence ratione loci, lorsqu'il est manifeste que la violation n'a pas eu d'incidence sur la décision au fond* »⁵⁵.

Si l'édition de lignes directrices ont, entre autres fonctions, de porter à la connaissance des administrés et du juge l'ensemble des motifs susceptibles de fonder telle décision individuelle, seule la motivation de cette dernière leur permet de connaître le ou les motifs finalement retenus par l'autorité administrative. Le procédé de la directive administrative ne compense donc qu'imparfaitement l'absence d'obligation de motiver les décisions administratives individuelles qui, favorables à leurs destinataires, sont défavorables aux tiers.

2. L'indifférence au tiers à l'acte administratif unilatéral

Le statut des tiers aux actes administratifs unilatéraux apparaît précaire et lacunaire. Souvent mis à l'écart dans la procédure administrative, le tiers à l'acte administratif unilatéral est considéré comme un administré et un justiciable de second rang, dont les droits et intérêts semblent moins dignes de protection que ceux des destinataires des décisions administratives⁵⁶.

Le droit administratif se montre largement indifférent à l'intérêt, pour un tiers à un acte administratif unilatéral, de connaître les motifs sur lesquels est fondée une décision accordée à l'un de ses concitoyens.

Comme le faisait valoir le Garde des Sceaux au cours des débats ayant précédé l'adoption de la loi du 11 juillet 1979, il « *serait absurde que soient motivées les réponses positives qui satisfont l'attente de ceux qui les ont sollicitées* »⁵⁷. S'agissant de l'obligation de motivation des décisions administratives individuelles défavorables, posée par la loi du 11 juillet 1979, la jurisprudence administrative considère que « *l'appréciation du caractère*

actes juridiques sont motivés et visent les propositions, initiatives, recommandations, demandes ou avis prévus par les traités ». L'art. 288 donne la liste des actes juridiques de l'UE : règlements, directives, décisions, recommandations, avis.

En revanche, sous l'influence française, le droit d'être entendu par l'administration a été limité, dans la Charte des droits fondamentaux, aux mesures individuelles défavorables.

⁵⁴ V. sur ce point, J.-B. Auby, « Irrégularité procédurales », *Dr. adm.* n° 3, mars 2012, repère 3. L'auteur souligne que s'agissant du vice de procédure, le droit français se rapproche désormais des solutions adoptées dans les États voisins avec la jurisprudence *Danthony* (CE, Ass., 23 déc. 2011, *Danthony*, n° 335033, *Leb.*).

⁵⁵ V. aussi l'art. 21 *octies* de la loi de procédure administrative italienne du 7 août 1990 : « N'est pas annulable la décision adoptée en violation des règles de procédure ou sur la forme des actes, quand, en raison de la nature de la décision, il est évident que le dispositif n'aurait pas pu être différent de celui adopté concrètement ».

V. encore l'art. 63 de la loi espagnole de procédure administrative : « 1. *Sont annulables les actes de l'Administration qui sont entachés d'une violation quelconque de l'ordre juridique, y compris d'un détournement de pouvoir.* 2. *Toutefois, le vice de forme n'entraînera l'annulabilité que lorsque l'acte aura manqué des préalables formels indispensables pour atteindre son objectif ou n'aura pas ouvert aux intéressés la possibilité de se défendre* ».

⁵⁶ Sur cette question, v. E. Untermaier-Kerléo, « Le tiers à l'acte administratif unilatéral : un administré et un justiciable de second rang », *RFDA* 2013, p. 285.

⁵⁷ *JO* Déb. Ass. nat., 26 avr. 1979, p. 3056 ; cité par J. F. Oum Oum, « La motivation de la requalification des demandes par l'administration », *RFDA* 2011, p. 89.

défavorable d'une décision doit se faire en considération des seules personnes physiques ou morales qui sont directement concernées par elle ». Seul « l'auteur de la demande » est considéré comme « directement concerné » par la décision.

Ainsi la décision accordant un permis de construire n'a-t-elle pas à être motivée⁵⁸. Il en va de même s'agissant d'une autorisation de créer un centre commercial accordée à une société à sa demande et contestée par un groupement de commerçants⁵⁹ ; d'une autorisation de mise sur le marché d'un médicament abortif, sollicitée par une société pharmaceutique et attaquée par des associations opposées à l'avortement⁶⁰ ; d'une autorisation d'exploitation de carrière⁶¹ ; d'une autorisation de transfert touristique de débit de boissons⁶² ; d'une décision par laquelle le ministre chargé du travail a reconnu, à sa demande, à la Fédération française de l'esthétique cosmétique le caractère d'organisation syndicale représentative du secteur de la parfumerie, contestée par la Fédération nationale des parfumeurs détaillants⁶³.

C'est aussi le cas en Allemagne où la loi de 1976 sur la procédure administrative non contentieuse (art. 39-2) prévoit qu'« une motivation n'est pas nécessaire lorsque l'autorité administrative fait droit à une requête ou se range à une déclaration et que l'acte administratif ne porte pas atteinte aux droits d'autrui ». C'est encore le cas en Pologne et en Suède. Mais inversement, en Italie, en Grèce, en Belgique, en Espagne, une telle restriction de l'obligation de motivation aux décisions défavorables n'existe pas.

Pourtant, si l'administration prenait l'habitude de motiver de manière systématique les actes individuels qu'elle édicte, elle rendrait son action plus lisible à la fois pour les tiers et pour le juge administratif. En faisant l'effort d'explicitier les fondements de ses actes, elle renforcerait très probablement la cohérence de ses décisions et gagnerait en légitimité vis-à-vis des administrés. Le recours aux lignes directrices ne doit pas éclipser cette question cruciale de l'obligation de motivation des actes administratifs au moins individuels. Cette obligation méritait d'être consacrée par le législateur, tout autant si ce n'est plus, que le principe selon lequel le silence de l'administration sur une demande fait naître une décision implicite d'acceptation, adopté par la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens.

Conclusion

Le recours aux directives administratives ou lignes directrices, comme l'invite à le faire, dans son étude annuelle de 2013, la Section du rapport et des études du Conseil d'État, repose sur des intentions tout à fait légitimes : renforcer la sécurité et la prévisibilité juridiques, recentrer le droit dur, faciliter le contrôle juridictionnel des motifs. Cependant, ces instruments ne constituent qu'un substitut imparfait tant au pouvoir réglementaire qu'à la motivation des actes administratifs unilatéraux. D'une part, si l'objectif est bien de renforcer la sécurité juridique, on doit considérer ces directives pour ce qu'elles sont : des actes administratifs réglementaires, qui en tant que tels, doivent être publiés et peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. D'autre part, l'édiction de lignes directrices, bien qu'elle

⁵⁸ CE, 7/10 s.s., 17 juin 1996, *SARL Scierie du Ternois*, n° 108304, T. *Leb.* pp. 681, 682, 683, 1220. Si une telle décision doit être motivée en vertu de l'article R. 424-5 du code de l'urbanisme, lorsqu'elle est assortie de prescriptions, la motivation exigée par ces dispositions peut résulter directement du contenu même des prescriptions : CE, 4 janv. 1985, *Soc. Serdi*, *Leb.* p. 1.

⁵⁹ CE, 4^e ss, 20 mars 1989, *Féd. des groupements de commerçants de la Hte-Savoie*, n° 72122, inédit.

⁶⁰ CE, Ass., 21 déc. 1990, *Assoc. pour l'objection de conscience à toute participation à l'avortement*, n° 111417, inédit ; *AJDA* 1991, p. 157.

⁶¹ CE, 6/2 s.s., 10 juin 1994, *SARL Fabrimaco*, n° 101929, T. *Leb.* pp. 1049-110-1120.

⁶² CE, 5/3 s.s., 17 déc. 1986, *M. Bernard X.*, n° 69715, inédit.

⁶³ CE, 1^{ère} ss, 12 mai 1997, *Féd. nat. des parfumeurs détaillants*, n° 160541, inédit.

facilite le contrôle juridictionnel des motifs, ne doit pas occulter l'exigence fondamentale de motivation des actes administratifs unilatéraux. Car le besoin de lignes directrices est d'autant plus grand que le champ d'application de l'obligation de motivation est limité en droit administratif français. Le système juridique français mérite mieux que des produits de substitution.