HAL
open science

Souplesse du droit, souplesse du juge

Régis Lanneau, Arnaud Sée

To cite this version:

Régis Lanneau, Arnaud Sée. Souplesse du droit, souplesse du juge. Droit administratif, 2017, 2. hal-01674540

HAL Id: hal-01674540

https://hal.parisnanterre.fr/hal-01674540v1

Submitted on 3 Jan 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.

Droit Administratif n° 2, Février 2017, comm. 9

Souplesse du droit, souplesse du juge

Commentaire par Régis Lanneau
maître de conférences en droit publicuniversité Paris Ouest Nanterre La Défense
centre de recherches en droit public

et Arnaud Sée
professeur de droit publicuniversité de Picardie, CURAPP-ESS
membre associé du centre de recherches en droit public

Recours contre un acte de droit souple

Sommaire

Précisant les modalités de son contrôle sur les actes de droit souple des autorités de régulation, le Conseil d'État apprécie souplement la recevabilité du recours mais n'exerce qu'un contrôle superficiel sur les actes de soft law.

CE, 10 nov. 2016, n° 384691, Mme Z et a. : JurisData n° 2016-024112 ; Lebon, à paraître

(...) 1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'un message de sensibilisation à la trisomie 21 intitulé «Chère future maman» a été diffusé par les services de télévision M6, D8 et Canal+, à plusieurs reprises entre le 21 mars et le 21 avril 2014, dans le cadre d'écrans publicitaires ; que ce film, d'une durée de trente secondes, débute par une introduction qui le présente comme un message adressé à une femme enceinte qui vient d'apprendre que le foetus qu'elle porte est atteint du syndrome de Down et qui fait part de son angoisse ; qu'il met ensuite en scène des enfants et adolescents atteints de ce syndrome qui déclarent être heureux et pouvoir exercer de nombreuses activités ; que le message se termine par ces mots : «Chère future mère, ton enfant pourra être heureux, comme je le suis ! Et tu seras heureuse aussi ! Pas vrai Maman» ;

2. Considérant qu'à la suite de cette diffusion, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) a, par une délibération du 25 juin 2014, décidé d'adresser aux responsables des services de télévision concernés un courrier appelant leur attention sur les modalités de diffusion des «messages susceptibles de porter à controverse» ; que, le 31 juillet 2014, le conseil supérieur a diffusé un communiqué par lequel il a précisé la portée de sa démarche ; que les requêtes de Mme L...et autres et de l'association «Collectif Les amis d'Éléonore» et autres tendent à l'annulation de cette délibération et de ce communiqué ; que la requête de la Fondation Jérôme Lejeune tend à la condamnation du CSA à lui verser une indemnité en réparation des préjudices qu'elle estime avoir subis du fait de la délibération du 25 juin 2014 ; que ces requêtes présentent à juger des questions semblables ou connexes ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur la fin de non-recevoir opposée par le CSA aux requêtes de Mme E...et autres et de l'association «Collectif Les amis d'Éléonore» et autres :

3. Considérant que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également

faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ; que, dans ce dernier cas, il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'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 ; qu'il lui appartient également, si des conclusions lui sont présentées à cette fin, de faire usage des pouvoirs d'injonction qu'il tient du titre Ier du livre IX du Code de justice administrative ;

4. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, par sa délibération du 25 juin 2014, qui a fait l'objet d'une publication et d'un communiqué de presse publié le 25 juillet 2014, le CSA a estimé que le message litigieux ne pouvait être regardé ni comme un message publicitaire au sens de l'article 2 du décret du 27 mars 1992 fixant les principes généraux définissant les obligations des éditeurs de services en matière de publicité, de parrainage et de télé-achat, ni comme un message d'intérêt général au sens de l'article 14 du même décret ; qu'il en a déduit que, s'il pouvait être valorisé par une «diffusion mieux encadrée et contextualisée», un tel message ne pouvait être inséré au sein d'écrans publicitaires ; que le président du CSA a ainsi invité les responsables des trois services de télévision concernés, par son courrier du 17 juillet 2014, qui ne présente pas le caractère d'une mise en demeure au sens des dispositions de l'article 42 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication ou des conventions définissant les obligations particulières des services concernés, à veiller, à l'avenir, aux modalités de diffusion de tels messages ; que, par son communiqué du 31 juillet 2014, le CSA a entendu préciser, par une «mise au point», la portée de son intervention, en soulignant qu'il n'avait nullement entendu gêner la diffusion à la télévision du message litigieux, dont il a relevé la contribution positive à la lutte contre la stigmatisation des personnes handicapées, mais seulement voulu attirer l'attention des responsables des services de télévision sur le fait que son insertion au sein d'écrans publicitaires était «inappropriée» ;

5. Considérant que si la délibération du 25 juin 2014 et les communiqués de presse des 25 et 31 juillet 2014 n'ont produit aucun effet de droit, ils ont eu pour objet d'influer de manière significative sur le comportement des services de télévision, en les invitant à éviter de procéder à l'avenir à de nouvelles diffusions du message litigieux ou à la diffusion de messages analogues dans le cadre de séquences publicitaires ; que, dans ces conditions, cette délibération et ces communiqués de presse peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; qu'il suit de là que la fin de non-recevoir opposée par le CSA ne peut être accueillie ;

Sur la légalité de la délibération du 25 juin 2014 et des communiqués de presse des 25 et 31 juillet 2014 :

En ce qui concerne la légalité externe :

6. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que le procès-verbal de la séance au cours de laquelle la délibération du 25 juin 2014 a été adoptée est revêtu de la signature du directeur général du CSA, lequel disposait d'une délégation du président du conseil pour signer tout acte relatif au fonctionnement du conseil ; qu'il suit de là que le moyen tiré de ce que la délibération serait irrégulière faute d'être signée manque en fait ;

7. Considérant que la délibération énonce les considérations de droit et de fait sur lesquelles le CSA s'est fondé ; que, par suite, elle est, en tout état de cause, suffisamment motivée ;

En ce qui concerne la légalité interne :

8. Considérant qu'aux termes de l'article 2 du décret du 27 mars 1992 : «Pour l'application du présent décret, constitue une publicité toute forme de message télévisé diffusé contre rémunération ou autre contrepartie en vue soit de promouvoir la fourniture de biens ou services, y compris ceux qui sont présentés sous leur appellation générique, dans le cadre d'une activité commerciale, industrielle, artisanale ou de profession libérale, soit d'assurer la promotion commerciale d'une entreprise publique ou privée» ; qu'aux termes de l'article 14 du même décret : «Les messages publicitaires ou les séquences de messages publicitaires doivent être aisément identifiables comme tels et nettement séparés du reste du programme, avant comme après leur diffusion, par des écrans reconnaissables à leurs caractéristiques optiques et acoustiques./ (...) / Les messages d'intérêt général à caractère non publicitaire tels que ceux diffusés dans le cadre des campagnes des organisations caritatives et des campagnes d'information des administrations peuvent être insérés, le cas échéant, dans les séquences publicitaires./ (...)» ;

9. Considérant qu'en relevant que le message litigieux présentait un point de vue positif sur la vie des jeunes atteints de trisomie et encourageait la société à oeuvrer à leur insertion et à leur épanouissement, mais qu'il avait aussi une «finalité qui peut paraître ambiguë», dès lors qu'il se présentait comme adressé à une femme enceinte, confrontée au «choix de vie personnelle» de recourir ou non à une interruption médicale de grossesse, le CSA, qui, contraire-

ment à ce qui est soutenu, a pris en compte le contenu du message et non les seules réactions des personnes qui l'ont saisi de plaintes, n'a pas commis d'erreur d'appréciation ;

10. Considérant que la présentation d'un point de vue positif sur la vie personnelle et sociale des jeunes atteints de trisomie répond à un objectif d'intérêt général ; que, toutefois, en estimant qu'en raison de l'«ambiguïté» qu'il avait relevée, le message litigieux était «susceptible de troubler en conscience des femmes qui, dans le respect de la loi, avaient fait des choix de vie personnelle différents» et ne pouvait être regardé comme un «message d'intérêt général» au sens des dispositions précitées de l'article 14 du décret du 27 mars 1992 et que, s'il n'entendait nullement gêner sa diffusion à la télévision, le choix d'une insertion au sein d'écrans publicitaires était inapproprié, le CSA n'a, dans l'exercice de son pouvoir de régulation, commis aucune erreur de qualification juridique ni aucune erreur de droit ;

11. Considérant que, ainsi qu'il a été dit, la délibération du 25 juin 2014 et les communiqués des 25 et 31 juillet 2014 se bornent à indiquer que la diffusion du message litigieux dans le cadre de séquences publicitaires est inappropriée ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de ce que le CSA aurait porté à la liberté d'expression une atteinte disproportionnée, en violation de l'article 1er de la loi du 30 septembre 1986 et de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doit être écarté ;

12. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que Mme L... et autres et l'association «Collectif Les amis d'Éléonore» et autres ne sont pas fondés à demander l'annulation des actes attaqués ; que la fondation Jérôme Lejeune n'est pas fondée à soutenir qu'ils seraient entachés d'une illégalité de nature à engager la responsabilité du CSA ; que les requêtes doivent, par suite, être rejetées ; (...)

Note :

Au cours de l'année 2014, certains services de télévision (M6, D8 et Canal +) ont diffusé un message de sensibilisation à la maladie de Down (plus connue sous le nom de trisomie 21), intitulé sobrement « chère future maman ». Ce message « présentait un point de vue positif sur la vie des jeunes atteints de trisomie et encourageait la société à oeuvrer à leur insertion et à leur épanouissement ». Néanmoins, s'adressant aux « futures mamans », il visait principalement les femmes enceintes dont le foetus est atteint de trisomie 21. Il était même possible de considérer qu'il cherchait à les inciter à ne pas avorter. Les derniers mots du message sont d'ailleurs assez clairs sur ce point : « Chère future mère, ton enfant pourra être heureux, comme je le suis ! Et tu seras heureuse aussi ! Pas vrai Maman ». Ce message a été diffusé dans le cadre d'écrans publicitaires à titre gracieux par certains services de télévision. Il pourrait être analysé comme une entrave au droit à l'avortement, dont la répression est en passe d'être renforcée *(*V. *Proposition de loi relative à l'extension du délit d'entrave à l'IVG, n° 4118, adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, 1er déc. 2016).*

C'est précisément pour cette dernière raison que le CSA a décidé, le 25 juin 2014, d'envoyer aux responsables de ces services un courrier les « invitant » à mieux veiller à l'avenir aux modalités de diffusion de messages d'intérêt général au sein d'écrans publicitaires, l'ambiguïté de l'objectif du message lui apparaissant trop prononcée. L'autorité de régulation a considéré qu'un tel message ne pouvait être diffusé dans le cadre d'écrans publicitaires, n'étant ni un message publicitaire, ni un message d'intérêt général au sens du décret du 27 mars 1992. Selon l'autorité de régulation audiovisuelle, le message « ne peut pas (...) être regardé comme un message d'intérêt général, au sens de l'article 14 de ce même décret, puisqu'en s'adressant à une future mère, sa finalité peut paraître ambiguë et ne pas susciter une adhésion spontanée et consensuelle ». Notons cependant que le décret ne comprend pas de définition du message d'intérêt général ; il précise simplement que parmi ces messages figurent « ceux diffusés dans le cadre des campagnes des organisations caritatives et des campagnes d'information des administrations ». La référence à « l'adhésion spontanée et consensuelle » est d'ailleurs utilisée pour la première fois par le CSA pour préciser la notion d'intérêt général.

Pour autant, l'autorité n'a pas souhaité sanctionner les opérateurs concernés et s'est contentée de les inviter « à l'avenir » à respecter le décret de 1992. D'ailleurs, quelques semaines plus tard, le 31 juillet 2014, le CSA a émis un communiqué dans lequel il « [apporte] des éclaircissements sur la portée de cette démarche ». Dans ce dernier, le CSA a explicité la portée de son intervention, en précisant, comme le relève le Conseil d'État, « qu'il n'avait nullement entendu gêner la diffusion à la télévision du message litigieux, dont il a relevé la contribution positive à la lutte contre la stigmatisation des personnes handicapées, mais seulement voulu attirer l'attention des responsables des services de télévision sur le fait que son insertion au sein d'écrans publicitaires était inappropriée ».

C'est par la voie du nouveau contentieux de l'excès de pouvoir du droit souple des autorités de régulation *(CE, sect., 21 mars 2016, n° 390023, Sté NC Numericable : JurisData n° 2016-004897. - CE, 21 mars 2016, n° 368082, 368083 et*

368084, Sté Fairvesta International GMBH et a. : JurisData n° 2016-004898) que plusieurs jeunes trisomiques et associations ont formulé une demande d'annulation de ces deux actes de soft law, complétée par une demande d'injonction au CSA de publier sur son site internet la décision prononçant cette annulation. En outre, certains requérants ont souhaité engager la responsabilité du CSA du fait des préjudices qu'ils auraient subi, du fait d'actes de droit souple illégaux *(CE, 31 mars 2003, n° 188833, min. éco. fin. ind. c/ Laboratoires Bergaderm : JurisData n° 2003-065082)*.

Le recours ainsi exercé posait les questions de sa recevabilité, mais aussi du contrôle du juge sur le droit souple du CSA. La première interrogation conduit le juge à confirmer sa jurisprudence récente en admettant largement la recevabilité du recours dirigé contre le droit souple **(1)**. Néanmoins, sur le second point, force est de constater que le contrôle opéré alors est des plus superficiel et qu'il invite à s'interroger sur les conséquences possibles d'une décision d'annulation, même si cette situation ne s'est pas encore produite **(2)**.

1. La souplesse de l'appréciation de la recevabilité du recours contre le droit souple

Le Conseil d'État rappelle le considérant de principe dégagé dans ses arrêts du 21 mars 2016 dont la portée reste encore à définir avec précision. Ainsi, « les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance ; que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ». Ces conditions de recevabilité relatives à l'acte attaqué étaient remplies en l'espèce.

Pour que le recours soit recevable, les actes en cause doivent émaner d'une autorité de régulation dans l'exercice des missions dont elle est investie. C'est évidemment le cas du Conseil supérieur de l'audiovisuel, qualifié d'instance de régulation de l'audiovisuel par le juge constitutionnel *(Cons. const., 17 janv. 1989, déc. n° 88-248 DC : JurisData n° 1989-300022*. - sur les missions de l'autorité, V. *A. Gras, Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, in Michel Bazex et alii : Dictionnaire des Régulations, LexisNexis, 2016)*. Le juge procédera peut-être à une extension du recours aux actes de droit souple d'autres autorités administratives dans l'avenir, mais l'affaire commentée ne lui en a pas donné l'occasion.

Le fait que l'acte soit pris par une autorité de régulation n'est évidemment pas suffisant pour justifier de son contrôle par le juge. L'acte doit surtout être susceptible de produire des effets « notables » pour que le recours contre ce dernier soit recevable. C'est le cas en l'espèce. Certes, « la délibération du 25 juin 2014 et les communiqués de presse des 25 et 31 juillet 2014 n'ont produit aucun effet de droit ». Certes encore « l'invitation » « ne présente pas le caractère d'une mise en demeure ». Pourtant, cette délibération n'est pas sans effet puisque, pour éviter une possible intervention du CSA, les diffuseurs vont naturellement modifier leurs comportements, s'ils considèrent que le CSA reste dans le cadre de sa mission et qu'une intervention plus « dure » reste probable. La délibération n'est alors qu'un avertissement à la prudence. Le Conseil peut donc considérer que les actes du CSA « ont eu pour objet d'influer de manière significative sur le comportement des services de télévision, en les invitant à éviter de procéder à l'avenir à de nouvelles diffusions du message litigieux ou à la diffusion de messages analogues dans le cadre de séquences publicitaires ; que, dans ces conditions, cette délibération et ces communiqués de presse peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir » *(consid. 5)*.

On peut cependant regretter que l'adjectif « significative » (ou « notable » plus généralement) ne soit pas davantage spécifié par le Conseil. En effet, dès lors qu'une autorité agit dans le cadre de sa fonction, ne peut-on pas considérer que toutes ses actions pourront potentiellement créer des effets notables ? Ou que le but de son action n'est pas d'influencer significativement le comportement des individus ? Dans le premier cas, cela signifierait que l'autorité n'en est pas une, dans le second que son action serait inutile car sans effet. La catégorie d'acte non susceptible de recours lorsqu'il émane d'une autorité de régulation ne pourra que se définir en creux au fil des contentieux.

D'une manière générale, la décision commentée révèle la grande souplesse du juge dans l'appréciation de la recevabilité du recours contre un acte de droit souple. Si le juge rappelle que le recours doit être « introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation », il ne prend pas la peine de vérifier l'intérêt à agir des requérants en l'espèce. Or, si celui des associations semblait clair, l'intérêt à agir du requérant individuel trisomique était peut-être plus discutable. L'approche contentieuse du Conseil d'État tranche ainsi largement avec la nécessaire limitation des recours

préconisée par les rapporteurs publics dans leurs conclusions sur les décisions d'assemblée du 21 mars. Cette souplesse se poursuit d'ailleurs dans l'examen au fond de l'acte contesté.

2. La souplesse du contrôle au fond du droit souple

L'office du juge du droit souple a été défini dès les décisions de principe du 21 mars 2016 : « il appartient au juge, saisi de moyens en ce sens, d'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 ». Si cette formulation semblait annoncer une adaptation du recours pour excès de pouvoir, on sait qu'il n'en a rien été, le juge exerçant un contrôle en réalité assez classique sur les actes de droit souple. C'est apparemment le cas en l'espèce. Le juge examine ainsi la légalité externe de l'acte (et précisément le vice de forme, en contrôlant la signature de l'auteur de l'acte) ainsi que l'existence de la motivation de l'acte. Du point de vue de la légalité interne, le Conseil d'État contrôle l'erreur de droit - en concluant à l'absence de violation de la liberté d'expression - et la qualification juridique des faits. Sur ce dernier point, le Conseil d'État exerce un plein contrôle de la qualification juridique, en recherchant si l'autorité n'a pas commis d'« erreur d'appréciation », comme il le fait dans la plupart des contentieux de l'autorité de régulation audiovisuelle.

La décision n'en est pas moins remarquable à plusieurs égards.

D'abord, concernant la légalité externe, le Conseil d'État ne se prononce pas sur la compétence de l'autorité de régulation. Il est vrai que le problème ne se posait pas réellement dans le cas d'espèce mais le Conseil semble s'écarter de son approche traditionnelle en la matière. On sait que la compétence des autorités de régulation pour édicter du droit souple n'est pas souvent prévue par les textes. Or, dans ses décisions précédentes concernant le droit souple, le juge avait pris soin de fonder la compétence de l'autorité pour édicter de telles normes dans la mission générale que la loi lui avait confiée. Ainsi, dans l'affaire Numéricable, le juge avait pris soin de rappeler qu'en vertu de sa mission générale de protection de l'épargne précisée à l'article L. 621-1 du Code monétaire et financier, *« il appartient à l'Autorité des marchés financiers de publier des communiqués invitant les épargnants ou investisseurs à faire preuve de vigilance vis-à-vis de certains types de placements ou de pratiques financières risqués »*. Le Conseil d'État ne reprend pas ce raisonnement dans l'affaire commentée et n'évoque même pas la question de la compétence, qui est pourtant un moyen d'ordre public. On comprend, dans ces conditions, qu'il entend confirmer implicitement la compétence générale de toute autorité de régulation pour édicter une norme de droit souple. D'ailleurs, on voit mal comment une telle prérogative ne pourrait pas être étendue à toute autorité administrative.

Surtout, concernant la légalité interne, le contrôle normal annoncé explicitement masque en réalité un contrôle minimal sur le régulateur audiovisuel. Le Conseil d'État relève que l'autorité de régulation n'a commis aucune « erreur d'appréciation » au terme d'une analyse bien laconique en trois considérants et trop peu d'explications. En l'espèce, l'affaire tournait autour du caractère ambigu ou non du message et la frontière était ténue. Le Conseil reconnaît d'ailleurs que « la présentation d'un point de vue positif sur la vie personnelle et sociale des jeunes atteints de trisomie répond à un objectif d'intérêt général » *(consid. 10)*. Le CSA a cependant considéré que c'est moins la présentation positive qui crée l'ambiguïté que la stratégie de communication qu'il adopte en s'adressant à la « future maman ». Plus encore, il serait possible de considérer que toute présentation positive entraîne l'ambiguïté dans la mesure où elle est susceptible d'avoir des effets sur les décisions d'avorter ou non. L'ambiguïté provient alors du double message potentiel qui conduit à le sortir de la catégorie de message « d'intérêt général » susceptible, comme tel, d'être inséré au sein d'écrans publicitaires. Au regard de la qualification juridique retenue par le CSA, le message ne constitue qu'un appel à la vigilance à la destination des chaînes et une invitation à ne plus diffuser le message dans des écrans publicitaires.

La souplesse du contrôle au fond permet au juge de contrôler le CSA sans pour autant lui dicter sa conduite. La décision commentée semble ainsi expliciter en quoi le recours en excès de pouvoir contre les actes de droit souple est adapté pour tenir compte « du pouvoir d'appréciation dont dispose l'autorité de régulation ». Il semble en effet que la souplesse de la norme induise une souplesse du contrôle au fond ; en d'autres termes, plus l'acte est rigide, plus le contrôle est rigoureux. Tout laisse à penser que le Conseil, par son contrôle, veille à ne pas brouiller la communication des autorités sauf à les forcer à n'agir que de façon « dure » et donc bien plus coûteuse alors que les effets pourraient être atteints de façon plus efficiente. Les prochains arrêts devraient permettre à la fois de mieux circonscrire la zone de discrétion des interventions des autorités de régulation mais aussi la possibilité d'un contrôle différencié en fonction des effets normatifs, avérés ou simplement potentiels, des actes en cause.

Si elle était confirmée, cette approche trouverait de vraies justifications dans l'analyse économique. De ce point de vue, le contrôle juridictionnel vise à réduire les coûts potentiels qui pourraient résulter de l'acte pour les différents acteurs ;

ce contrôle produit donc des bénéfices. Ces derniers ne sont cependant pas suffisants pour compenser les coûts administratifs engendrés par un contrôle « poussé » de l'acte « normatif ». Plus le contrôle se fait poussé, plus l'analyse doit être fine, ce qui demande à la fois temps et ressource. Plus encore, ce contrôle poussé conduira à engendrer des coûts supplémentaires pour les autorités de régulations qui verront leur pouvoir d'incitation et d'orientation réduit à peau de chagrin là où une régulation moderne prêche davantage l'incitation sur l'obligation, le droit souple sur le droit dur. En revanche, si l'acte de droit souple est susceptible d'avoir des effets puissants sur les comportements des individus, par exemple en matière boursière lorsque l'Autorité des marchés financiers s'exprime, il y a fort à parier que le contrôle opéré par le juge ne sera pas aussi restreint que dans le cas d'espèce. Le contrôle dépend de la force normative potentielle et anticipable des actes pris par les autorités de régulation et le Conseil d'État doit prendre garde à ne pas rigidifier par son contrôle les prises de position des autorités qui veilleront alors aux « éléments de langage » susceptible d'entraîner une réaction du conseil, transformant par la même la perception de ces « éléments » par les régulés qui devront déchiffrer ce nouveau langage imposé pour échapper aux foudres du juge administratif.

En tout état de cause, si le contrôle du juge doit logiquement dépendre des effets de l'acte, la question des conséquences de l'annulation n'est pas des plus simples.

D'une part, un acte de droit souple illégal peut évidemment entraîner la responsabilité de la puissance publique pour faute *(CE, sect., 31 mars 2003, n° 188833, Min. Éco. Fin. Ind. c/ Laboratoires Bergaderm, préc. - CE, ass., 21 mars 2016, n° 368082, 368083 et 368084, Fairvesta, préc. et n° 390023, Numericable, préc.)*, s'il a causé un préjudice au requérant. Ce n'était pas le cas en l'espèce, le juge n'ayant rien trouvé à redire quant à la légalité de la décision. Reste que l'appréciation de la réalité et de l'étendue du préjudice sera délicate. En l'espèce, à supposer que le Conseil ait considéré que le CSA avait outrepassé son pouvoir, un préjudice aurait pu exister puisque la communication n'aurait plus eu la possibilité d'être diffusée gratuitement dans les encarts publicitaires. Mais à supposer qu'il ait pu être prouvé, le problème de son évaluation se serait posé. Dans l'affaire de l'espèce, le préjudice aurait même pu dépendre de la réaction des chaînes à l'invitation du CSA.

D'autre part, en cas d'annulation, le juge pourra faire usage de ses pouvoirs d'injonction pour imposer à la personne publique de modifier sa norme de droit souple, voire même d'enjoindre à l'autorité de publier sur son site la décision juridictionnelle d'annulation. Mais, pour le reste, la seule annulation contentieuse de l'acte de droit souple semble bien platonique, surtout quand, comme en l'espèce, l'affaire a duré plus de 2 ans. En tout état de cause, l'annulation contentieuse d'une norme de droit souple pourrait emporter une perte d'autorité de l'autorité de régulation. Elle enverrait un message ambigu aux opérateurs du secteur, leur laissant la possibilité de parier sur l'illégalité du droit souple pour ne pas changer leurs comportements. Cela ruinerait largement les avantages, en termes de souplesse et d'effectivité, des actes de droit souple. On comprend, dans ces conditions, les réticences du juge à exercer un contrôle trop poussé sur ces normes.

Services publics et régulation. - Acte de droit souple. - Recours. - Conseil supérieur de l'audiovisuel

Encyclopédies : Administratif, fasc. 75