

Anne-Laure Girard\*

## LES NOUVEAUX ACTES DE L'ADMINISTRATION : INSTRUMENT ET EGAREMENT DE LA QUALITE DU DROIT

UDK: 342.924

DOI: 10.31141/zrpf.2023.60.148.409

Izlaganje sa znanstvenog skupa

Primljeno: 10. 2. 2023.

Upravni sudac jasnim razgraničavanjem upravnih odluka i dokumentacije upravne prirode uspostavlja jasne principe s ciljem poboljšanja kvalitete pravnih propisa. Doktrina mora težiti što jasnijem razgraničenju spomenutih pojmova, mijenjajući pritom razmišljanja stranke i pravna stajališta.

**Ključne riječi:** *kvaliteta, pravni propisi*

La crise sanitaire n'a pas démenti la fascination contentieuse qui anime, depuis près d'un siècle déjà, la doctrine administrative française. L'attention de celle-ci s'est portée prioritairement et massivement sur ce foisonnement, inédit par son ampleur, d'ordonnances de référé suscitées par les mesures liées à la pandémie. Comme par atavisme, les théoriciens du droit administratif se sont donc peu offerts le loisir de penser les autres bouleversements irriguant au même moment leur discipline. Et, non sans ironie, c'est un homme du Conseil d'Etat, Charles Touboul, en détachement à la tête de la direction des affaires juridiques des ministères sociaux, qui a suggéré que la crise sanitaire était la cause, non pas seulement d'une crise législative, mais d'une crise plus générale de la normativité.

Le lien de cause à effet est exagéré. L'histoire du droit administratif français enseigne que les crises de toute nature constituent un puissant révélateur et accélérateur de formes juridiques latentes. L'épidémie de Covid ne fait pas ici figure d'exception. Elle met au jour, non pas tant de nouvelles modalités de l'action publique, qu'une intensification de celles-ci qui annonce leur banalisation et pérennisation par-delà le contexte sanitaire. Si l'Etat français s'est servi avec prodigalité des instruments classiques du droit – dizaines de lois, centaines de règlements ministériels d'urgence sanitaire, multitude d'ordonnances – il a prolongé cette action au moyen de vecteurs moins ancrés dans la culture juridique française : tweets, communiqués, fiches,

---

\* Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Paris 2/Profesor Sveučilišta Panthéon-Assas, Pariz.

protocoles sanitaires, foires aux questions, guides repères, infographies. Elles ont en partage de relever de l'informel. Non expressément prévues par l'ordonnancement juridique, elles ne supposent pas, pour l'heure, le respect de règles de formes et de procédure. Elles ne disposent même pas de support physique, l'action administrative empruntant ici la voie de la dématérialisation. Elles présentent encore pour caractéristique d'étendre au-delà des seuls agents de l'administration leurs effets, même si la portée réelle de ces derniers à l'égard des tiers -contraignants, notables ou simplement incitatifs- varie à l'envi. Nous rassemblerons aujourd'hui les expressions de cette action administrative originale, qui sera au cœur de notre propos, sous le vocable d'« actes nouveaux ». Ce choix terminologique pourra vous apparaître décevant. Mais la découverte de l'essence et du sens doit précéder l'acte de baptême. Et, pour pasticher Nicolas Boileau : ce que l'on conçoit bien se nomme ensuite clairement.

Cette quête menée autour des nouveaux actes de l'administration ouvre la voie à une réflexion plus ambitieuse sur la figure de l'Etat « hyper-moderne », succédant à celle de l'Etat « post-moderne », dont il faudra bien que la doctrine administrative finisse par se saisir frontalement. Cette substitution de préfixe traduit déjà, dans d'autres disciplines que le droit, les changements affectant la société, l'individu et leurs valeurs. Et les nouveaux actes de l'administration forment autant d'échos aux mots et descriptions inspirés par cette hypermodernité. Sociologues et philosophes évoquent notamment une hyperconsommation face à une gamme, élargie à l'excès, de produits de toutes natures, de moins en moins standardisés et de plus en plus personnalisés. Ils dépeignent aussi un hyperindividualisme où l'homme, persuadé plus que jamais de son autonomie, à force d'informations et d'affranchissement des cadres structurants de la modernité, revendique la pleine liberté de ses comportements. Ils accolent encore à cette hypermodernité la fluidité, la flexibilité. Ils identifient enfin ensemble une accélération du temps, désormais marqué par l'immédiateté et l'urgence. Si l'on veut bien admettre ce changement paradigmatique, les nouveaux actes de l'administration n'apparaissent plus seulement comme une réponse éphémère à une crise, mais s'inscrivent pleinement et durablement dans leur époque. Appelés ainsi à perdurer, en quel sens les actes vont-ils influencer la qualité du droit ?

Explorer les interactions de ces actes nouveaux de l'administration avec la qualité du droit fait surgir une difficulté supplémentaire. La seule évocation de ces dix dernières années suffit à attester de ce que le sujet forme en France une véritable antienne relayée par des sources prolifiques : lois, circulaires, mission BALAI (Bureau d'annulation des lois anciennes et inutiles), rapports, colloques... Ressassée jusqu'à l'obsession, la qualité du droit n'en demeure pas moins rétive à toute définition. Aucun texte normatif en France n'énonce ses critères qui évoluent au gré des circonstances, des époques, et des cultures. Pavillon recouvrant toutes sortes d'aspirations, elle désigne, en quelques mots, des réponses à une profusion de maux. Nous ne pouvons ici qu'en livrer les principales déclinaisons : prévisibilité de la règle, stabilité des situations juridiques, sécurité juridique, clarté, intelligibilité et accessibilité des textes, pertinence, adaptabilité et effectivité de la norme, déflation

normative, rassemblement des sources éparses par la codification, déverticalisation de la règle de droit. Cette indétermination favorise un jeu autour des rapports de complémentarité, de concurrence et de contradictions que nouent les actes nouveaux de l'administration et la qualité du droit.

On conçoit en effet d'emblée qu'une action administrative saturée d'informel et de dématérialisation alimente le phénomène redouté de la densification normative. L'envahissement de ces « normes de terrain » et du « quotidien », incitant et façonnant les esprits, tantôt l'air de rien, tantôt ostensiblement, par un goutte-à-goutte continu, obscurcit jusqu'à l'idée de normativité : voilà que juges et doctrine vont devoir désormais s'emparer de l'« infra-souple ». Mais, depuis des années déjà, le Conseil d'Etat invite à élargir « la gamme des moyens d'action des pouvoirs publics » en imaginant d'« autres manières [...] d'orienter les comportements que la production de règles de droit dur ». La « passion française » du droit, qui n'a d'égale que celle pour l'égalité, suppose, plus encore en période de crise, que tout problème reçoive une réponse normative. Endiguant la production de règles classiques, et l'accompagnant, par un lien numérique avec le destinataire de la norme ainsi mieux mis à même d'en comprendre le sens et la portée, les nouveaux actes de l'administration se dressent aussi comme des remparts contre la déprédation du droit. Et c'est cette tension, entre promesse d'amélioration (I) et menace de dépréciation du droit (II), dont nous voudrions rendre compte aujourd'hui.

## **1. LA PROMESSE D'UNE RESTAURATION QUALITATIVE**

Parés de vertus singulières et difficilement égalables, les nouveaux actes de l'administration se présentent comme des vecteurs prometteurs de la qualité du droit. Leurs caractères informel et dématérialisé obvient les lenteurs des sources classiques (A). Mieux, ils métamorphosent la physionomie de la règle de droit, nimbée par leur intermédiaire du double visage de l'universalité et de l'individualité (B).

### **1.1. Une réinvention de la temporalité**

Les nouveaux actes de l'administration sont au cœur d'un jeu temporel devant lequel achoppent le plus souvent les sources classiques. Le droit du travail illustre la stratégie d'anticipation et d'adaptabilité déployée grâce à eux en temps de COVID. Dans cette branche, la crise sanitaire a provoqué « une fatalité du droit mou » parce qu'il incombait au ministère de prodiguer une communication rapide, efficace et évolutive avec les entreprises et les salariés sur la manière de travailler. Dès le début de l'épidémie, plusieurs « fiches conseil » adaptables dans le temps, couvrant 49 métiers et détaillant les précautions à prendre dans différents environnements professionnels, ont été publiées sur le site du ministère. Celles-ci ont été relayées par la mise en ligne de nombreuses foires aux questions constamment actualisées. Enfin

la publication, entre mai 2020 et août 2021, de deux protocoles nationaux exposant les mesures de distanciation sociale, les modalités pratiques du nettoyage, la mise en place du télétravail parachève cette entreprise aux confins de la communication et de la réglementation. La diffusion numérique, sur un portail clairement identifié, de documents affranchis de toutes règles de forme et de procédure (parfois même de compétence, le ministère ayant un temps repris à son compte des documentations produites par des organisations professionnelles), a formé un outil plus approprié que le droit dur qui ne peut être constamment modifié, sauf à remettre en cause la qualité même du droit. La vocation substitutive de ces actes nouveaux a d'ailleurs été revendiquée par le Premier ministre lui-même, lors d'une allocution en date du 6 décembre 2021, annonçant, au sujet des documents diffusés par le ministère en charge du travail, que leur non-respect supposerait de remplacer la recommandation par l'obligation. Plus agiles dans leur édicition, mais plus fragiles dans leur exécution, ils offrent un authentique laboratoire d'expérimentation avant l'ultime recours aux règles fixes et contraignantes.

Alors que le thème de la qualité du droit évoque l'évaluation *ex ante* ou *ex post* du droit, les actes informels sont encore dotés d'un atout atypique : celui de procurer une évaluation *in itinere*. Charles Touboul concède ainsi que ces textes parallèles ont pu permettre à l'administration qui avait, dans l'urgence, édicté un mauvais règlement, « d'exciper d'un bon communiqué de presse », conduisant à une application concrète de la règle suffisamment respectueuse des libertés fondamentales pour ne pas alimenter davantage le contentieux du référé-liberté. Mais ceux qui ont à cœur ou en tête quelques grands principes de l'action administrative, à l'exemple de l'obligation d'abroger les règlements illégaux, hésiteront peut-être à applaudir cette propension.

Réponse efficace à l'accélération du temps juridique qui dépasse le seul contexte de crise sanitaire, les actes informels et dématérialisés de l'administration entretiennent donc une relation de complémentarité, parfois matinée d'un brin de concurrence, avec les sources classiques du droit. Elles contribuent aussi à l'effectivité de ces dernières par un tour prodigieux.

## 1.2. Le prodige de l'universalité et de l'individualité

Dans son étude sur la simplification et la qualité du droit en 2016, le Conseil d'Etat rappelait que l'adhésion aux règles de droit et « le respect qui en découle ne peuvent se porter sur un droit que sa complexité tient éloigné de l'ensemble des citoyens, au point de leur devenir étranger ». Les nouvelles modalités de l'action administrative contribuent puissamment à briser ce rapport d'altérité entre le destinataire et la règle. Sous leur effet, la norme ne recouvre pas seulement sa généralité. Elle accède à l'universalité. Véritable fil d'Ariane dans le dédale normatif, les nouveaux actes de l'administration parent le système juridique d'une lisibilité et d'une accessibilité qui lui fait souvent défaut. L'individu sait désormais où trouver une traduction en termes simples et courants de la norme, souvent enrichie de tableaux synthétiques

et de pictogrammes. La documentation produite par les administrations colore les normes d'universalité en mobilisant un langage compris de tous, en s'appuyant sur les sens des hommes, davantage même que sur leur intelligence. La normativité se fait « intuitive, directement comprise, saisie [...] de manière presque réflexe, qui ne requiert [...] ni interprétation, ni réflexion ». Le site du ministère de l'Éducation nationale forme le symbole de cette normativité créative, ludique, concrète et tangible. Le plan de continuité pédagogique repose, pour l'année 2022-2023, sur trois scénarios prévoyant la mise en place ou non d'un enseignement « hybride » ou à distance, en fonction de l'évolution de la situation sanitaire. Ces hypothèses, qui peuvent varier selon les territoires et les niveaux d'enseignement, sont condensés dans un tableau à quatre entrées et autant de couleurs. L'on découvre encore, sur ce même site, l'expression de la diversité des modalités d'aération des espaces scolaires (transversale, en grand, par entrebâillement) à l'aide de dessins. Sans doute ces documents vont-ils plus loin que la seule vulgarisation de la norme proprement dite, en cherchant à susciter des comportements infimes du quotidien qui échappent à l'empire du droit. Mais il y a là une démonstration supplémentaire de la complémentarité entre les actes nouveaux, porteurs de forces détails et principes purement hypothétiques, et les règles classiques, confortées dans leur généralité et permanence.

Dans la même étude de 2016, le Conseil d'Etat ne dissimulait pas sa quête d'outils facilitant « une appropriation de la règle de droit ». La communication ministérielle en ligne, par son langage et ses visuels, contribue certes à ce que le destinataire de la norme la fasse sienne. Mais, elle transforme aussi la règle, littéralement, en bien propre à l'individu. Reflets du terreau de l'hypermodernité dans lequel ils plongent leurs racines, les nouveaux actes de l'administration regorgent d'interpellations personnelles et circonstanciées. Derrière la règle générale, surgit l'adresse individuelle étayant plus encore le respect effectif du droit classique. Les foires aux questions ministérielles recèlent ainsi des questionnements mettant le « moi » en vedette : « que se passe-t-il si **je** suis/vis avec une personne vulnérable » ? « Dans quels cas dois-**je** m'isoler ? » Elles instillent des réponses personnalisées sur le droit applicable à une situation particulière dont on pouvait penser, jusqu'à peu encore, que le rescrit formait l'archétype. Les nouveaux actes de l'administration se dressent alors comme étendard de ce « changement de culture normative », régulièrement élevé au rang de pivot de l'amélioration véritable de la qualité de droit. Vecteur de pédagogie individuelle et citoyenne, ils servent pareillement la démocratie administrative. En effet, exemptés de tout carcan procédural, ils facilitent aussi l'appropriation des principes par l'association des individus à leur conception. Ainsi, la ministre de la Culture a-t-elle pu annoncer, en février 2021, que le cadre d'organisation des festivals serait précisé au moyen de protocoles sanitaires, conçus en concertation avec les professionnels. Ces actes novateurs, associant l'individu, l'interpellant, le touchant jusque dans ses sens atténuent donc le hiatus qui sépare le destinataire de la règle de droit.

Cependant, et pour parodier, cette fois-ci, Romain Gary : avec les nouveaux actes, l'administration « vous fait, à l'aube, une promesse qu'elle ne tient jamais ». L'espérance en la rédemption du droit ne va pas son lot de déceptions.

## **2. LA MENACE D'UNE DÉPRÉDATION NORMATIVE**

Les actes dématérialisés et informels aggravent l'image d'une normativité débordante. Débordante, la normativité l'est d'abord par son volume, que les communications de l'administration font enfler au point que jamais l'expression « harcèlement textuel » n'a résonné avec une telle acuité. Débordante, la normativité l'est ensuite par son objet qui oscille ou enchevêtre obligation, modèle, usage, référence. Seule une œuvre patiente d'acculturation (B) semble à même d'endiguer la menace incarnée par ces nouveaux actes pour la conception de la normativité, désormais vaporeuse et insidieuse, et celle de l'Etat de droit (A).

### **2.1. Une régression de l'Etat de droit**

Les nouvelles modalités de l'action publique minent les soubassements même de l'Etat de droit qui a si puissamment contribué à l'essor du droit administratif français au début du XX<sup>e</sup> siècle.

Elles libèrent, en premier lieu, l'administration du respect des règles de forme et de procédure, que Jèze et Hauriou exaltaient comme autant de garanties d'impartialité et de rationalité de la décision, d'instruments éclairant les autorités administratives et neutralisant les intérêts personnels de ceux appelés à agir au nom des personnes publiques. L'administration elle-même semble consciente des menaces induites par son action. En témoigne, le ministère des solidarités et de la santé rappelant par deux fois son attachement à l'Etat de droit dans son protocole du 20 avril 2020 qui décide aussi bien de la suspension des sorties individuelles et collectives des résidents des EPHAD que la possibilité d'un confinement individuel en chambre. La seule évocation, fût-ce à deux reprises de l'Etat de droit, ne suffit pas à conserver la confiance dans un système juridique qui se déleste de la lourdeur des garanties pour porter atteinte, par des supports numériques, aux droits de ses sujets les plus vulnérables.

En second lieu, les nouveaux actes de l'administration subvertissent jusqu'à la hiérarchie des normes. Ils déforment la règle de droit en diffusant des interprétations erronées sur laquelle s'appuient d'authentiques sanctions pénales. Le communiqué de la préfecture de police de Paris, en date du 19 février 2021, atteste de cette réécriture de la norme en mentionnant l'interdiction des fêtes dans les domiciles privés, quand le décret du 15 janvier 2021 sur lequel il s'appuie, ne prohibe que les rassemblements dans l'espace public et dans les établissements recevant du public. L'affaire des bicyclettes renseigne tout autant sur cette altération et ce durcissement de la norme inscrite dans le droit classique. Alors que l'article 3 du

décret du 23 mars 2020 autorisait les déplacements brefs, dans la limite d'une heure quotidienne, et dans un rayon maximal d'un kilomètre autour du domicile, plusieurs autorités de l'Etat ont diffusé sur les réseaux sociaux et dans des foires aux questions l'information selon laquelle la pratique de la bicyclette était interdite dans ce cadre. Cette communication écrite et relayée par un pictogramme a été source d'une affluence de procès-verbaux de contravention dressés à l'encontre des cyclistes. En réaction, le juge a consacré, si ce n'est une injonction de tweeter, du moins une injonction de communiquer légalement. Si Prosper Weil pouvait s'émerveiller au siècle précédent de ce que l'Etat lui-même acceptait de se considérer comme lié par le droit, il faut dorénavant redouter le basculement du miracle au mirage. Ces documents ne se présentent pas seulement comme des vecteurs de violation des règles supérieures par l'administration. D'une manière fallacieuse, ils orchestrent un mélange des genres, où l'impératif côtoie le conseil ou l'exemple, et portent à son paroxysme le sentiment d'insécurité juridique. Pour que le droit ne devienne pas soluble dans la communication numérique, un important travail d'acculturation reste à entreprendre, par lequel juge et doctrine transformeraient en objet familier aux justiciables et aux individus ces nouvelles modalités de l'action administrative.

## 2.2. La voltige de l'acculturation

L'histoire de la circulaire administrative en France éclaire le phénomène d'acculturation que le Conseil d'Etat initie à présent au sujet des nouveaux actes de l'administration. Né comme un simple fait de l'administration, la circulaire a progressivement, sous l'impulsion de la jurisprudence administrative, accédé au rang d'acte juridique véritable, doté d'un régime attestant de son appartenance à la catégorie des actes administratifs unilatéraux. Et, c'est en raison de la trop grande institutionnalisation et juridicisation de ces circulaires que l'administration recherche aujourd'hui des voies d'action plus souples. Le vice-président du Conseil d'Etat ne l'ignore pas, comme le démontre l'entretien qu'il livre en 2021 : « Il est difficile d'imaginer ce que seront les futurs modes d'action de l'administration en fonction notamment de l'évolution des techniques de communication. Une chose est certaine : le juge administratif et le Conseil d'Etat veilleront toujours à s'adapter à ces évolutions ».

La fonction consultative du Conseil le munit d'un premier atout d'assimilation envisagé dès 2016 : « L'importance de ces documents pour l'intelligibilité du droit justifie que le Conseil d'Etat, comme il le fait pour les études d'impact des projets de loi, examine la qualité de leur contenu et puisse faire des préconisations visant à l'améliorer avant leur publication [...] Cette publication devrait toutefois être assortie d'un avertissement sur le statut du document, mentionnant notamment qu'elle est donnée à titre purement indicatif et ne constitue pas une interprétation formelle du texte. »

Sa fonction contentieuse lui fournit ensuite à la fois le moyen de rapprocher les actes administratifs dématérialisés et informels des actes administratifs unilatéraux

traditionnels et celui d'établir une frontière nette entre eux. Conscient que des actions de communication, ne modifiant pas en principe la situation juridique des intéressés, sont susceptibles d'affecter notablement leur situation de fait, le Conseil d'Etat a, par la décision *GISTI* du 12 juin 2020, largement ouvert la voie de recours pour excès de pouvoir à l'encontre de ces nouveaux actes. Il faut lire en complément les conclusions du rapporteur public sur cette affaire, mettant au jour l'inclination croissante de l'administration à « fragmenter les circulaires en de multiples pages de sites intranet ou internet qui n'ont ni auteur individuel ni destinataire désigné », et proposant en réaction la justiciabilité des documents de référence de l'administration « ayant une portée générale, sans considération de forme ni de tonalité ». La contribution de la décision de section est essentielle parce que l'ouverture du prétoire ramène dans le giron du droit ces actes qui ont parfois voulu s'en éloigner trop. Elle pose les jalons d'une meilleure compréhension de leur nature et de leurs effets, même si les requêtes introduites lors de la crise sanitaire traduisent, pour l'heure, l'embarras extrême des justiciables et de leurs conseils. La décision du 22 décembre 2020 des 10<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> chambres réunies est, à ce titre, symptomatique. Suivant une jurisprudence classique sur les décisions non formalisées, le requérant dirigeait son recours pour excès de pouvoir contre « la décision révélée par la mise en ligne de modèles d'attestation de déplacement dérogatoire et de justificatif de déplacement ». Là où le justiciable imagine une décision véritable, simplement privée d'*instrumentum*, le juge administratif n'aperçoit qu'un document de portée générale émanant d'une autorité publique susceptible de produire des effets notables sur la liberté d'aller et venir des personnes concernées par l'interdiction de sortie. Et là où le requérant croit contester un impératif, le juge place sous ses yeux une simple référence à imiter ou à reproduire. La décision du 22 avril 2022 traduit des approches similaires. Si la recevabilité du recours pour excès de pouvoir est admise contre le protocole sanitaire dans les établissements scolaires, en application de la jurisprudence *GISTI*, les 6<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> chambres réunies, comme le juge du référé du Conseil d'Etat avant elles, n'identifient aucun impératif adressé aux parents mais de simples règles de bonne conduite. La lecture de ce protocole, qui énonce notamment qu'il « appartient aux parents de fournir des masques à leurs enfants » laisse les observateurs de cette décision perplexe. Faut-il voir là une nouvelle position de principe du juge, renonçant à démasquer la nature réelle des actes de l'administration derrière leurs intitulés et apparence, et considérant que la documentation en ligne se soustrait toujours à la qualité d'acte décisoire ? Attentifs à cette opération de neutralisation, certaines associations de parents n'ont pas manqué de revendiquer leur liberté de ne se soumettre à l'avenir à aucune des préconisations de ce protocole dont la nature avait été clarifiée.

En opérant un départ franc entre décisions administratives et documentation administrative, le juge restitue la vocation véritable de cette dernière, qui ne devrait œuvrer qu'à l'amélioration de la qualité du droit, par l'information, et non à sa dégradation, par un jeu captieux autour de la normativité. La doctrine ne doit pas renoncer à la part qui lui incombe dans la clarification de ces actes orientant les individus jusque dans leurs habitudes.



## **THE NEW ACTS OF ADMINISTRATION: INSTRUMENT AND MISGUIDANCE OF THE QUALITY OF LAW**

By clearly demarcating administrative decisions and documentation of an administrative nature, the administrative judge establishes clear principles with the aim of improving the quality of legal regulations. Doctrine must strive for the clearest possible demarcation of the mentioned terms, while changing the party's thinking and legal positions.

**Key words:** *quality, legal regulations*