Régulation, déregulation, autorégulation : l'émergence des actes étatiques non obligatoires

Autor(en): **Flückiger, Alexandre**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **123 (2004)**

Heft 2

PDF erstellt am: **03.07.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-895755

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

Régulation, dérégulation, autorégulation: l'émergence des actes étatiques non obligatoires

ALEXANDRE FLÜCKIGER*

* Alexandre Flückiger est professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

Table des matières

I. L'émergence des actes étatiques non obligatoires 165
1. La légalité en crise 165
2. De la déréglementation à la gouvernance réglementaire 168
3. La nouveauté du phénomène? 170
4. Les fonctions des actes étatiques non obligatoires 173
4.1. La fonction de flexibilisation: vers une efficacité accrue 173
4.2. La fonction expérimentale: un laboratoire juridique 175
5. La formalisation progressive des actes non obligatoires: de l'Etat informel à l'Etat agissant de manière non impérative ... 175

II. Les exemples d'actes étatiques non obligatoires 179
1. Introduction 179
1.1. La définition et les problèmes de classification 179
1.2. Les actes incitatifs sont-ils des actes non obligatoires? 179
1.3. Les actes d'autorégulation sont-ils des actes non obligatoires? 180
2. Les actes matériels 181
2.1. La formation d'une notion résiduelle 181
2.2. La notion d'acte matériel au sens étroit 183
2.3. Les exemples d'actes matériels au sens étroit 187
3. Les actes non obligatoires de déclaration 189
3.1. Introduction 189
3.2. Les actes non obligatoires de déclaration unilatéraux 191
3.2.1. Introduction 191
3.2.2. Les recommandations 191
3.2.2.1. Introduction 191
3.2.2.2. Les recommandations (au sens propre) 192
3.2.2.3. Les mises en garde 193
3.2.2.4. Les conseils 195
3.2.2.5. Les avis et les préavis 195
3.2.2.6. Les conclusions de rapports administratifs ... 198
3.2.2.7. Les informations et les renseignements à visée incitatrice 199
3.2.2.8. Les autres actes de nature recommandationnelle (explications, invitations, vœux, lois-modèles, codes d'éthique, expertises) 200
3.2.2.9. Les recommandations indirectes (comportement exemplaire, distinction, formation, label, certification, description incitatrice) 201
3.2.3. Les informations simples 204
3.2.3.1. Introduction 204
3.2.3.2. Le renseignement 204
3.2.3.3. L'information officielle 205
3.2.4. Le cas des projets de lois ou de traités 205
3.3 Les actes non obligatoires de déclaration concertés 206
3.3.1. Définition 206

3.3.2. La classification 206
3.3.2.1. Les arrangements visant à préparer un acte juridique 207
3.3.2.2. Les arrangements visant à l'exécution du droit 211
3.3.2.3. Les arrangements visant à éviter un acte réglementaire 211
3.3.2.4. Les arrangements visant à éviter une décision 218
3.3.2.5. Les arrangements conclus sans relation fonctionnelle avec un acte juridique 221
4. Les actes de planification non obligatoires 221
5. Le cas des ordonnances administratives 223
6. La soft law (en droit international public) 224
6.1. L'influence réciproque du droit interne et international 224
6.2. La soft law au sens formel et au sens matériel 226
6.3. Les exemples de soft law au sens formel 227

III. Les effets juridiques des actes étatiques non obligatoires 230
1. Introduction 230
1.1. Un effet en principe non obligatoire 230
1.2. L'effectivité des actes non obligatoires 231
2. Une normativité graduelle 234
2.1. L'hypothèse d'une normativité spécifique: une nouvelle source du droit? 234
2.2. Une normativité graduelle vs l'existence d'un «seuil normatif» 235
3. Les différents degrés normatifs 237
3.1. L'effet obligatoire 237
3.2. L'effet obligatoire réflexe 240
3.2.1. Introduction 240
3.2.2. Les actes non obligatoires valant ordonnances administratives 240
3.2.3. Les clauses d'impérativité indirecte contraignantes (exigence de conformité) 241
3.2.4. La formalisation d'un acte non obligatoire (mise sous forme d'acte juridique d'un contenu non obligatoire et définition de la compétence d'adopter un acte non obligatoire) 243
3.2.5. L'effet d'autorisation (valeur permissive) 246
3.3. L'effet appréciatif 246
3.3.1. Les mécanismes de pur fait 247
3.3.2. Les mécanismes de nature juridique 249
3.3.2.1. Introduction 249
3.3.2.2. La pression financière 249
3.3.2.3. La pression réglementaire, décisionnelle ou juridictionnelle 251
3.3.2.4. La responsabilité pour actes (il)licites 254

3.3.2.5. Les clauses d'impérativité non contraignantes (base de décision, motivation des dérogations) 254
3.3.2.6. L'aide à l'interprétation 257
3.3.2.7. L'obligation d'évaluation rétrospective périodique 258

IV. Les contrôles des actes étatiques non obligatoires 260
1. Les critères du contrôle 260
1.1. Le rôle des droits fondamentaux 260
1.2. Une double justification en fonction des effets et des atteintes aux droits 261
2. L'assujettissement aux règles matérielles 262
2.1. Le principe de la légalité appliqué aux actes non obligatoires 262
2.2. Les limites du principe de la légalité 264
2.3. La légitimation par l'efficacité et ses limites 266
2.4. Le développement de principes spécifiques fondés sur les valeurs d'un Etat de droit démocratique 267
2.5. Les autres principes de l'Etat de droit 269
3. L'accroissement des garanties procédurales 270
3.1. Introduction 270
3.2. L'émergence de nouvelles formes pour les actes non obligatoires? 271
3.3. Le développement de principes formels spécifiques 273
3.3.1. L'application des règles de la procédure administrative classique? 273
3.3.2. La définition de la compétence des autorités 274
3.3.3. La participation des administrés 275
3.3.3.1. Introduction: la nécessité d'une démocratie administrative 275
3.3.3.2. La consultation 275
3.3.3.3. Le droit d'être entendu 276
3.3.3.4. La qualité de partie 277
3.3.4. La publication et la notification des actes étatiques non obligatoires 277
3.3.5. L'obligation de motivation 279
3.3.6. Le mode de décision 279
4. Le contentieux des actes non obligatoires 280
4.1. Introduction 280
4.2. Le principe: un renvoi au droit de la responsabilité 280
4.3. Le contrôle juridictionnel 281
4.3.1. Introduction: la contrôlabilité de principe 281
4.3.2. Le droit fédéral positif 282
4.3.2.1. Les fondements du contrôle juridictionnel . . . 282
4.3.2.2. Les moyens spécifiques principaux: le contrôle résultant de la relation fonctionnelle avec une décision 283

4.3.2.3. Les moyens spécifiques principaux: les procédures de recours spéciales 285
4.3.2.4. Les moyens subsidiaires 286
4.3.2.5. Une absence d'unité 288
4.4. Les voies alternatives de contrôle 288

V. Conclusion 290

VI. Bibliographie 293

I. L'émergence des actes étatiques non obligatoires

1. La légalité en crise

1. La loi, la décision et le contrat forment les instruments juridiques classiques de l'action étatique. Or l'Etat ne peut aujourd'hui réguler quelque politique publique que ce soit avec ces seuls instruments impératifs. Pourquoi? Les causes sont habituellement imputées à l'évolution de nos sociétés modernes: complexes, en mutation rapide, imprévisibles, fragmentées, segmentées, individualistes et atomisées tout en étant mondialisées, nos sociétés ne se laissent plus diriger de manière pyramidale, hiérarchique, autoritaire et unitaire par des *lois* dont le caractère obligatoire, général et abstrait s'accorde malaisément avec cette nouvelle constellation organisée autour de la figure du réseau[1]. Les causes peuvent également être imputées à l'évolution des tâches de l'Etat concernant les problèmes sociaux, économiques, écologiques ou culturels actuels; tâches qui paraissent devoir être résolues aujourd'hui par l'Etat, alors que tel n'était pas le cas dans le passé. Dans toutes les hypothèses, le projet des modernes a failli: *«Das Projekt der Moderne war im Kern nichts anderes: die Ablösung der traditionalen, religiös verankerten Gewissheiten durch säkulare Machbarkeit und Kontingenz. Aber viele Gründe sprechen dafür, dass die für diesen Umbruch entwickelten Instrumentarien, vor allem positives Recht, formale Hierarchie als Organisationsform und Demokratie als Herrschaftsform, an Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit und Belastbarkeit stossen.»*[2] Dans ces circonstances, il apparaît que la loi ne permet plus de remplir les fonctions de rationalité, de légitimation démocratique et d'égalité que le principe de la légalité a pour tâche d'assurer dans la conduite de la société[3].

2. Le droit public a tout d'abord tenté de répondre à cette évolution en adoptant des instruments calqués sur les nouvelles pratiques industrielles de la première moitié du XIXe siècle qui se voulaient être plus rationnelles: les instruments de *planification* et de coordination, faisant appel à une *législation*

---

1 Ost/Kerchove 2002; Chevallier 2003, p. 89 ss; Morand 1999; Arnaud 1998, p. 147 ss; Willke 1997; Papadopoulos 1995, p. 33 ss; Moor 1993.
Cette analyse des causes peut être aisément transposée en droit international public en rapport avec l'émergence de la *soft law* (mutations rapides [en matière économique et commerciale, voir Virally 1983, p. 236; en matière technique, voir Trudel 2001, p. 229; sur les conditions mouvantes de la vie internationale, voir Nguyen 2002, ch. 253, p. 389]; juxtaposition fondée sur l'égalité souveraine des Etats [Weil 1982, p. 14]; nature consensuelle de la formation de la loi en droit international [Shelton 2000, p. 461]; complexité à gérer au seul niveau des Etats des questions telles que l'épuisement des ressources naturelles [Thürer 1985, p. 451]; place croissante prise par les nouveaux Etats, pauvres, sur la scène internationale [Béchillon 1997, p. 82]).

2 Willke 1995, p. 85.

3 Voir Moor 1993.

finalisée[4], dont les limites cependant, tout comme en économie, sont rapidement apparues. Il en est résulté un Etat et une administration dont la taille et l'élasticité ne répondaient manifestement plus aux pratiques et aspirations sociales contemporaines. Cependant, plus l'Etat perdait ses capacités classiques de direction, plus on le grevait de nouvelles tâches. En réaction, un mouvement inverse de déréglementation (on comprendra cette étiquette de manière générale, recouvrant les concepts de libéralisation, de privatisation, de contractualisation, etc.) a succédé. Cette lame de fond a contribué à rendre encore plus confuse la notion d'intérêt public[5]. Celui-ci se privatise à la suite du constat des insuffisances du modèle de la légalité à orienter la société[6] alors que, simultanément, les intérêts privés tendent à se publiciser comme si la main du marché ne parvenait plus à réguler seule, de manière automatique, les échanges entre individus.

3. Les *actes non obligatoires* paraissent constituer, dans cette optique, l'idéal-type pour diriger la société, voire le système économique lui-même[7]. Les *outils coopératifs* connaissent un essor parallèle. De la synthèse de ces deux tendances de l'évolution récente du droit public est surgie la notion d'Etat *informel*, c'est-à-dire un Etat contraint de ne plus utiliser les seules formes juridiques parce que celles-ci ne permettent plus de remplir les tâches qui lui incombent. Un Etat observé non plus à la lumière du droit uniquement comme jusqu'alors, mais à son ombre ou, plus précisément, un Etat examiné sous son angle *non impératif*[8]; en soulignant que cette expression ne doit pas faire soupçonner que l'Etat n'agirait désormais plus en référence à la légalité. Au contraire, l'Etat agissant de manière non impérative demeure un Etat de droit. Les actes non juridiques s'inscrivent en contrepoint de leurs pendants juridiques, dans leurs sillages et, surtout, dans leurs interstices. L'Etat n'est plus analysé de manière univoque, sous son élémentaire allure d'impérativité et d'unilatéralité. Cela a pour conséquence que le droit, lui non plus, ne peut

---

4 Ost/Kerchove 2002, p. 146 ss; Richli 2000, p. 391 ss; Morand 1999, p. 71 ss. Sur le rapport avec le principe de légalité en droit suisse, voir Schneider 2001.

5 Moor 1994, p. 217 ss. Sur la tentative de faire le point sur cette notion en droit positif fédéral, voir Wyss 2001.

6 Wyss 2001, p. 44 ss. Cette privatisation ne doit pas faire oublier que, lorsque la tâche demeure dans l'intérêt public, elle est rapidement reprise en main par les principes du droit public (Hangartner, PJA 2000, p. 515 ss; Häner 2002; Schefer 2002). Même si la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, plus précisément de la 1re Cour de droit civil (ATF 129 III 35) semble réfréner cette tendance (arrêt vivement critiqué tant sous l'angle du droit public par Yvo Hangartner [PJA 2003, p. 690 ss] et la rédaction de la ZBl [ZBl 2003, p. 375 ss] que sous l'angle du droit privé par Eugen Bucher [Recht 2003, p. 101 ss]).

7 Becker 1985, p. 1003 ss. Dans le même sens pour les recommandations étatiques permettant à l'Etat de se décharger d'une partie de sa responsabilité au profit de la responsabilité individuelle des administrés (Tschannen 1999, p. 378 s).

8 Voir ci-dessous section I.5.

désormais plus être simplement conçu dans sa dimension impérative et unilatérale. L'avènement de ces instruments et leur prise en compte juridique progressive ne conduirait-il alors pas à déplacer la frontière du droit?[9]

4. Les actes non obligatoires permettent en pratique à l'Etat de contribuer à orienter avec un certain succès le comportement des individus[10]. Ils peuvent donc s'avérer efficaces au sens où la nouvelle Constitution fédérale l'entend (art. 170 Cst.), bien qu'ils ne créent directement ni droits, ni obligations puisque leur effectivité consiste précisément à n'en point faire naître. L'article 5 Cst. rappelle pourtant clairement que le droit demeure la base et la limite de l'activité de l'Etat. La juxtaposition de l'efficacité et de la légalité est à l'origine d'une tension indissociable[11], car là où de tels instruments se développent, la norme tend à s'estomper et se fait discrète pour laisser ceux-ci prospérer. La densité normative s'amenuise et l'impérativité de la loi s'en trouve relativisée. Mais lorsque la loi ne présente pas un degré de précision suffisant, demeure-t-elle encore capable d'assurer le respect de la volonté parlementaire et populaire démocratiquement exprimée? Autrement dit: exerce-t-elle encore une fonction légitimante autre que symbolique?[12]

Cette évolution en droit public interne connaît d'ailleurs un parallèle frappant en droit public international. Cet ordre juridique dispose d'un concept qui comprend à la fois des actes qui ne constituent pas formellement des traités et qui sont dénués d'effets obligatoires (la *soft law* dans son sens formel) et des dispositions pouvant être contenues dans des actes juridiques mais dont la portée normative est très faible (la *soft law* dans son sens matériel)[13].

5. La légitimation par l'efficacité qui justifie le recours aux actes non obligatoires en complément des principes de l'Etat de droit est, pour sa part, également partielle[14]. Elle s'inscrit dans les courants de pensée économistes et autorégulatifs (à l'instar de l'analyse économique du droit ou des théories systémistes)[15]. Elle revient à justifier l'action par la seule performance. N'étant pas juridiques au sens classique, les actes non obligatoires ne sauraient trouver leur légitimité dans la seule application du principe de la légalité. La tentation est dès lors forte de se satisfaire de l'efficacité qu'ils déploient pour justifier d'y recourir. Une telle méprise doit être prévenue. Alors que l'Etat de droit a engendré le contrôle de la légalité et que l'Etat gestionnaire a donné naissance au contrôle de l'efficacité, *«il ne s'est pas encore trouvé d'Etats*, comme le soulignent François Ost et Michel van de Kerchove,

---

9 Voir ci-dessous section III.2.1.
10 Voir ci-dessous section III.1.2.
11 Flückiger 2001. Voir ci-dessous section IV.2.3.
12 Voir ci-dessous section IV.1.
13 Voir ci-dessous ch. II.6.
14 Voir ci-dessous ch. IV.2.3.
15 Ost/Kerchove 2002, p. 338.

pour instaurer des contrôles de légitimité.»[16] Il reste donc à trouver *autre chose* pour légitimer l'Etat dans son action non impérative[17]. Ne faudrait-il peut-être pas redéployer les fondements sous-jacents au principe de légalité – c'est-à-dire la rationalité, la démocratie et l'égalité notamment – et dégager progressivement des conditions et des mécanismes qui permettent à la face non impérative de l'Etat de réguler la société en respectant de tels fondements, plutôt qu'en exigeant une soumission illusoire au principe de la légalité ou qu'en se satisfaisant de la légitimité toute gestionnaire de la logique de la performance incarnée par le principe d'efficacité? Reste alors à mettre au jour ces mécanismes et à en traduire plus concrètement leurs manifestations[18].

2. De la déréglementation à la gouvernance réglementaire

6. En droit moderne, la norme juridique est apparue, tant pour l'Etat de police que pour sa critique libérale, comme un outil efficace de gouvernement, ainsi que le résume Michel Foucault: *«dans la recherche d'une technologie libérale de gouvernement, il est apparu que la régulation par la forme juridique constituait un instrument autrement efficace que la sagesse ou la modération des gouvernants.* [...] *Cette régulation, c'est dans la ‹loi› que le libéralisme l'a cherchée, non point par un juridisme qui lui serait naturel, mais parce que la loi définit des formes d'interventions générales exclusives de mesures particulières, individuelles, exceptionnelles, et parce que la participation des gouvernés à l'élaboration de la loi, dans un système parlementaire, constitue le système le plus efficace d'économie gouvernementale.»*[19] A la suite de la remise en cause de la loi comme instrument de gestion des politiques publiques[20], diverses tentatives de déréglementation et de privatisation ont été proposées[21]. Cette période coïncide avec la thématisation d'un

16 Ost/Kerchove 2002, p. 337.

17 Etude qui reste à faire selon Ost/Kerchove 2002, p. 359.

18 Voir ci-dessous ch. IV.

19 Foucault 1989, p. 115.

20 Voir ci-dessus note de bas de page 1.

21 Dans son programme de législature 1987–1991, le Conseil fédéral souhaitait *«empêcher que nombre de réglementations de l'Etat aient un caractère trop détaillé»* (FF 1988 I 481 – voir l'exemple de l'ordonnance du 18 décembre 1995 concernant la diminution de la densité normative dans le domaine des transports publics [RO 1 996 146]). Le Conseil fédéral mettra ensuite en œuvre un programme de déréglementation à la suite du rejet de l'Accord EEE sous la forme d'un programme de *«régénération»* de l'économie (FF 1993 I 757, 774 ss). En 1995, une initiative populaire proposait d'introduire dans les dispositions transitoires de la Constitution fédérale une caducité générale des lois pour forcer le législateur à *«réduire les tâches de l'Etat et d'en assurer la réelle déréglementation et reprivatisation»* (Müller 2003, p. 579). Toutes

Etat informel agissant par d'autres moyens que les obligations juridiques. Les instruments non impératifs paraissent constituer le moyen idéal pour diriger la société, et plus particulièrement l'économie, dans la perspective de la déréglementation. Le droit public se trouve remis en question et est sommé de répondre à ces défis[22]. La nouvelle gestion publique constitue une réponse[23].

7. Aujourd'hui cependant, les critiques s'étendent contre les progrès de la libéralisation. L'ouverture des marchés et les projets de privatisation sont remis en question. La mondialisation de l'économie est contestée. Signe des temps, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a publié un rapport montrant que la déréglementation n'a pas conduit aux résultats escomptés: *«La première vague de ‹déréglementation› a été entraînée par une récession économique, parce que l'on pensait qu'un excès de règles gênait l'économie en étouffant l'innovation et l'esprit d'entreprise. Toutefois, ces premières tentatives de ‹déréglementation› n'ont remporté au mieux que des succès mineurs.»*[24] Des tentatives qualifiées par la suite de «reréglementation»[25] ont suivi mais ne se sont pas avérées plus fructueuses. Souvent même paradoxalement, la masse normative a augmenté. Le Conseil fédéral l'a reconnu en écrivant, dans son rapport relatif à des mesures de déréglementation et d'allégement administratif, que *«l'abandon des monopoles d'Etat par le biais de la privatisation et de l'ouverture des marchés aboutit souvent à un gonflement du Recueil systématique du droit fédéral. Cela tient notamment au fait que l'Etat doit dorénavant jouer le rôle d'arbitre sur des marchés qu'il pouvait auparavant réglementer par des directives administratives internes.»*[26] L'échec de ces tentatives de réforme réglementaire a fait prendre conscience de la complexité du monde actuel, de son incapacité à être régulé tant par des mécanismes dirigistes que par la main invisible du marché. Helmut Willke l'avait pressenti dans la mesure où il a montré que tant l'organisation hiérarchique que celle, libérale, du marché faillissent en présence de tâches complexes, proposant à titre d'alternative le

---

les lois fédérales dont la validité n'aurait pas été confirmée dans l'intervalle par les chambres fédérales auraient dû être abrogées dans un délai de cinq ans (FF 1995 IV 1340). L'initiative n'a cependant pas abouti, faute d'un nombre de signatures suffisant (FF 1997 III 669). En 1999, le Conseil fédéral a publié un rapport relatif à des mesures de déréglementation et d'allégement administratif (FF 2 000 942). Sur la dérégulation, voir, sans souci d'exhaustivité: Müller 2003, p. 576 ss; Ruch 2002; Rentsch 2000; Lienhard 1995; Langhart 1993, p. 107 ss (en rapport avec l'autorégulation). Plus précisément sur le thème de la privatisation, voir notamment Häner 2001; Uebersax 2001; Wyss 2001, p. 44 ss; Crone/Hertig 1999; Wiegand 1998.

22 Voir Becker 1985 (cit. *in* note 7).

23 Lienhard (à paraître).

24 OCDE 2002, p. 22 ss.

25 FF 2 000 942, 947; Langhart 1993, p. 111 s.

26 FF 2 000 942, 947.

concept du droit réflexif: *«Demgegenüber möchte ich* [...] *das Argument entwickeln, dass Steuerung unabdingbar ist, weil gerade komplexe Sozialsysteme weder ihrer Eigendynamik überlassen* [...], *noch von aussen kontrolliert werden können. Ihre Eigendynamik treibt sie zwar zur maximalen Nutzung ihrer intern angelegten Möglichkeiten, aber ohne Rücksicht auf die widrigen Folgen (‹negative Externalitäten›) für ihre Umwelt.»*[27]

8. La déréglementation devrait aujourd'hui, selon l'OCDE, céder le pas à un nouveau concept, celui de gestion de la qualité réglementaire: *«les notions originelles de ‹déréglementation› ou de ‹réduction de la bureaucratie› ont rapidement disparu au profit d'une vision de la réforme réglementaire couvrant à la fois la déréglementation, la reréglementation et la recherche d'une plus grande efficacité. Mais, ces conceptions reposaient aussi sur l'hypothèse que la réforme était intrinsèquement non récurrente et elles se donnaient pour but de ramener la structure réglementaire à un état optimal, grâce à une série d'interventions ponctuelles. L'expérience a rapidement montré l'inanité de ces idées. C'est pourquoi elles ont cédé la place au concept de gestion de la qualité réglementaire.»*[28] Si la légistique offre précisément une méthode pour améliorer la qualité réglementaire en proposant – dans son aspect matériel – une démarche de conception, de sélection, de coordination et de mise en œuvre des instruments d'action à disposition de l'Etat[29], la proposition de l'OCDE souligne l'importance de placer une telle démarche, baptisée *gouvernance réglementaire*, dans le cadre plus vaste de la gouvernance démocratique[30]. Le choix, politico-juridique, de recourir aux actes non obligatoires[31] dans une politique publique, devra s'opérer dans ce cadre légistique.

3. La nouveauté du phénomène?

9. Les manifestations de la face non impérative de l'Etat ne sont pas nouvelles au sens où elles auraient été inventées de toutes pièces à la suite de l'échec des politiques interventionnistes. Elles ont plutôt été *découvertes* par la pratique (au sens du trésor enfoui – existant donc – et ramené depuis peu à la surface), systématisées par la doctrine et, de plus en plus fréquemment, consacrées par la loi ou la jurisprudence. La notion de «gouvernementalité»,

---

27 Willke 1995, p. 6 (p. 70 ss sur les systèmes complexes). Sur la notion de droit réflexif, voir Chevallier 2003, p. 135 s; Morand 1999, p. 127 ss; Richli 2000, p. 389 ss.

28 OCDE 2002, p. 18.

29 Morand (éd.) 1999; Müller 1999. Voir ég. Schweizer 1999.

30 OCDE 2002, p. 18.

31 Sur la question de la liberté de l'Etat de recourir aux actes non obligatoires et la question du choix, voir Kautz 2002, p. 113; Poltier 1987, p. 387 ss.

proposée par Michel Foucault, montre qu'il s'agit plus d'un changement de perspective, dans l'analyse, que de l'apparition soudaine de phénomènes auparavant inexistants. Le pouvoir, et par extension son instrument séculier qu'est le droit, est désormais examiné comme un ensemble de relations entre les individus et les groupes et non plus pensé comme système unitaire et centralisé: *«Quant à l'étude de la ‹gouvernementalité›, elle répondait à un double objectif: faire la critique nécessaire des conceptions courantes du ‹pouvoir› (plus ou moins confusément pensé comme un système unitaire, organisé autour d'un centre qui en est en même temps la source, et qui est porté par sa dynamique interne à s'étendre toujours); l'analyser au contraire comme un domaine de relations stratégiques entre des individus ou des groupes – relations qui ont pour enjeu la conduite de l'autre ou des autres, et qui ont recours, selon les cas, selon les cadres institutionnels où elles se développent, selon les groupes sociaux, selon les époques, à des procédures et à des techniques diverses.»*[32]

10. En quittant l'analyse du modèle juridique de la souveraineté qui fait de la loi la manifestation centrale du pouvoir, Michel Foucault va explorer le pouvoir *«non pas à partir des termes primitifs de la relation, mais à partir de la relation elle-même en tant que c'est elle qui détermine les éléments sur lesquels elle porte: plutôt que de demander à des sujets idéaux ce qu'ils ont pu céder d'eux-mêmes ou de leurs pouvoirs pour se laisser assujettir, il faut chercher comment les relations d'assujettissement peuvent fabriquer des sujets. De même, plutôt que de rechercher la forme unique, le point central d'où toutes les formes de pouvoir dériveraient par voie de conséquence ou de développement, il faut d'abord les laisser valoir dans leur multiplicité, leurs différences, leur spécificité, leur réversibilité* [...]. *Enfin plutôt que d'accorder un privilège à la loi comme manifestation de pouvoir, il vaut mieux essayer de repérer les différentes techniques de contrainte qu'il met en œuvre.»*[33] Si ces différentes techniques de contraintes intéressent aujourd'hui le droit, c'est le constat de la mise en évidence de la relation réciproque entre la loi et les instruments non juridiques. La loi est impuissante à elle seule; les mécanismes plus fins de contrainte sont renforcés et légitimés par l'existence de la loi. On peut ainsi distinguer, dans la terminologie foucaldienne, entre la *loi* qui, partageant de manière binaire le légal et l'illégal, agit sur l'extérieur de nos actions selon le mode autoritaire et la *norme* qui, établissant des gradations continues, influence l'intériorité des comportements sur le mode incitatif, comme nous le montrerons pour les actes non obligatoires: *«C'est par contraste avec le pouvoir de la loi que Foucault fait apparaître celui de la*

32 Foucault 1989, p. 135.

33 Foucault 1989, p. 85 s.

norme: la loi suppose le partage du permis et du défendu (un acte est criminel ou non), alors que la norme établit des gradations continues (on est plus ou moins normal). La loi intervient sur le versant extérieur de nos actions visibles, la norme sur l'intériorité de nos comportements; la loi est d'essence répressive et la norme d'essence incitative; l'instance de diffusion de la loi est unique et centralisée (l'État) quand celle de la norme est plurielle (école, usine, médecine)»[34].

11. Plus insidieusement, la gouvernementalité, inspirée de la pastorale chrétienne, va en réalité plus loin que l'exigence de la simple soumission du sujet. C'est s'attacher à en obtenir l'obéissance active: *«Comment s'est formé un type de gouvernement des hommes où on n'est pas requis simplement d'obéir, mais de manifester, en l'énonçant, ce qu'on est?»* se demande Michel Foucault[35]. On en conclut que la loi n'est qu'un moyen indirect, presque rudimentaire, de gouverner la population et que des mécanismes visant à s'infiltrer dans la conscience des individus sont nécessaires pour piloter plus subtilement leur comportement (école, usine, médecine, église), passant ainsi des procédés d'assujettissement aux techniques de «subjectivation»[36]: *«Ainsi commence à apparaître, en dérivation par rapport à la technologie de ‹police› et en corrélation avec la naissance de la réflexion économique, le problème politique de la population. Celle-ci n'est pas conçue comme une collection de sujets de droit, ni comme un ensemble de bras destinés au travail; elle est analysée comme un ensemble d'éléments qui d'un côté se rattachent au régime général des êtres vivants* [...] *et de l'autre peut donner prise à des interventions concertées (par l'intermédiaire des lois, mais aussi des changements d'attitude, de manières de faire et de vivre qu'on peut obtenir par les ‹campagnes›).»*[37]

12. On déduira de cette analyse que le recours à ces techniques non législatives de gouvernement s'ancre dans une continuité historique. La nouveauté du phénomène réside donc moins dans l'émergence d'une innovation mais bien dans la reconnaissance progressive du caractère intrusif d'une telle technologie extra-légale sur la liberté des individus et de sa récupération par l'Etat à la suite des changements sociaux, de l'effondrement des hiérarchies et des autorités traditionnelles. C'est donc bien la conscience de la diversité et de la pertinence juridique des actes non obligatoires qui est progressivement reconnue aujourd'hui. Ne s'est-on pas, par le passé, un peu commodément

34 Encyclopaedia Universalis, entrée «Foucault», éd. électronique 2002.

35 Foucault 1989, p. 124.

36 Intitulé de l'entrée de l'Encyclopaedia Universalis consacré à Foucault (éd. électronique 2002).

37 Foucault 1989, p. 104.

peut-être, retranché derrière l'existence de la loi en arrière-plan pour légitimer ces mécanismes de gouvernement non impératifs?

4. Les fonctions des actes étatiques non obligatoires

4.1. La fonction de flexibilisation: vers une efficacité accrue

13. L'Etat agit par des actes non obligatoires essentiellement pour introduire, dans les rouages juridiquement formalisés des modes d'action classiques de l'Etat, la flexibilité indispensable pour garantir l'efficacité de ses interventions. Le Tribunal fédéral l'a explicitement reconnu récemment: *«Il n'est pas nécessaire que toute intervention étatique prenne la forme d'une décision; sinon, le bon fonctionnement de l'administration pourrait en être affecté. Il est souvent indispensable que les autorités procèdent de façon informelle»*[38]. Les actes non obligatoires peuvent ainsi servir à préparer ou à exécuter de manière plus souple des actes juridiques contraignants[39]. Le gain peut être mesuré en termes de rapidité notamment[40]. L'absence d'effets juridiques est généralement invoquée pour justifier une diminution des exigences formelles afin de permettre de contourner les lenteurs de la procédure parlementaire ou l'hostilité de certaines forces politiques[41] tout en préservant la souplesse nécessaire pour des modifications ultérieures[42].

14. Cette flexibilité peut également être mise à profit politiquement et diplomatiquement pour *prévenir l'adoption d'une réglementation contraignante* afin, par exemple, d'éviter une dégradation à l'excès des rapports politiques[43]. On présentera plus loin divers exemples[44].

15. Le caractère non obligatoire de ces actes est au surplus évoqué pour tenter de *pallier l'absence de compétence d'agir sous forme impérative dans un domaine déterminé*, offrant ainsi, dans l'exemple du droit international public, l'opportunité d'échapper aux contraintes constitutionnelles en matière de traités[45] ou d'éviter d'impliquer le ministère des affaires étrangères[46]. Afin

---

38 ATF 128 II 156, 163, se référant à Brühwiler-Frésey 1984, p. 274 ss; Flückiger 1998, p. 3; Richli 1992 p. 200 s.

39 Voir ci-dessous sections IV.4.3.2.2, II.3.3.2.1 et II.3.3.2.2.

40 Kautz 2002, p. 186 (à propos des arrangements).

41 Virally 1983, p. 234.

42 Virally 1983, p. 214.

43 Virally 1983, p. 235.

44 Voir ci-dessous sections IV.4.3.2.2, II.3.3.2.3 et II.3.3.2.4.

45 Nguyen 2002, ch. 253; Virally 1983, p. 234.

46 Virally 1983, p. 234.

de légitimer de telles pratiques le législateur peut, par exemple, formaliser la compétence d'agir de manière non contraignante[47]:

> Lorsque l'office fédéral compétent instruit les demandes d'asile, il peut demander l'avis du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (art. 28 de l'ordonnance 1 sur l'asile[48]). La Commission de la concurrence *«peut émettre des préavis sur les projets d'actes normatifs de droit cantonal»* (art. 46 al. 2 i. f. LCart[49])[50]. La Confédération n'ayant aucune *«véritable compétence de réglementation en la matière»*[51], la Conférence universitaire suisse a la compétence d'émettre à l'adresse des cantons universitaires des recommandations relatives à la collaboration, à la planification pluriannuelle et à la répartition des tâches dans le domaine des hautes écoles universitaires (art. 6 al. 2 de la loi sur l'aide aux universités[52]).

16. Même si aucune généralisation n'est possible[53], cette flexibilité peut être considérée selon les circonstances comme une expression du principe de *proportionnalité*[54]. Une mise en garde contre les dangers de la fumée est moins dommageable du point de vue des droits fondamentaux qu'une interdiction générale de fumer et a plus de chance d'être effectivement mise en œuvre qu'une mesure draconienne[55], tout en augmentant son acceptance[56]. Ces techniques peuvent dès lors prétendre répondre à l'emprise tendanciellement croissante de l'Etat sur tous les aspects de l'existence. Des rapports qui relevaient de la morale, de la religion ou des mœurs ressortissent désormais à l'Etat. Paul Amselek montre en ce sens que les recommandations permettent de concilier l'exercice des libertés individuelles avec ce qu'il nomme la direction totalitaire des conduites par les pouvoirs publics: *«l'Etat est devenu un Etat-Providence chargé d'assurer le bien-être général des citoyens, de les diriger dans toutes les étapes, dans toutes les péripéties de leur existence. Ce rôle ‹totalitaire› (au sens propre) des autorités publiques ne pouvait se développer uniquement sous la forme de commandements, particulièrement dans les sociétés occidentales libérales qui entendent paradoxalement continuer à reposer sur le principe de la liberté individuelle, de la liberté d'initiative, de la liberté d'entreprise. Pour surmonter le paradoxe, la solution la plus appropriée était bien la technique de la recommandation qui permet de concilier la direction totalitaire des conduites par les pouvoirs publics avec une marge*

---

47 Voir ci-dessous section III.3.2.4.
48 RS 142. 311.
49 RS 251.
50 Voir également Bonvin 2002 *ad* art. 14 LSPr, ch. 41.
51 FF 1997 I 283. Mahon/Aubert 2003, p. 523.
52 RS 414.20.
53 Voir ci-dessous ch. 201.
54 Voir ci-dessous section IV.2.5.
55 Tschannen 1999, p. 378.
56 Kautz 2002, p. 190.

indispensable d'initiative des gouvernés.»[57] Autrement dit, l'alternative en termes de proportionnalité ne porte pas nécessairement sur le choix entre les actes obligatoires et les autres, mais entre une intervention non obligatoire et aucune intervention du tout, lorsque celle-ci serait disproportionnée[58].

4.2. La fonction expérimentale: un laboratoire juridique

17. Les actes non obligatoires peuvent avoir une fonction expérimentale, permettant de tester une éventuelle future règle de droit (droit «vert», pré-droit, droit en gestation[59]). Avant d'adopter une réglementation contraignante, l'Etat peut tester informellement la réaction des destinataires et, selon l'impact observé, retirer les mesures testées ou les pérenniser[60]. En cas de résistance trop vive, et par conséquent d'ineffectivité des mesures non obligatoires, l'Etat aura donc le choix de proposer une réglementation plus contraignante ou de renoncer à agir, pour autant que l'ordre juridique l'y autorise. Ce mécanisme permet d'anticiper la mise en œuvre de futures normes à la manière de la législation expérimentale[61]. Cette démarche peut également être conçue ou interprétée comme une mesure d'évaluation prospective.

5. La formalisation progressive des actes non obligatoires: de l'Etat informel à l'Etat agissant de manière non impérative

18. Sous l'impulsion de la doctrine allemande, la notion d'informalité a pris aujourd'hui un essor incontestable. La notion d'*Etat informel,* proposée à l'origine par Eberhard Bohne *(informaler Rechtsstaat*[62]*)*, a été reprise par la doctrine pour qualifier les actes et les instruments non juridiques dont l'Etat dispose, c'est-à-dire les actes qui ne sont ni des lois, ni des décisions, ni des contrats. Cette étiquette s'est imposée en pratique, bien qu'elle ne reflète pas – ou plus – exactement la réalité nouvelle. Nous montrerons que l'étendue de l'administration purement informelle tend à diminuer, pour le moins en rai-

57 Amselek 1991, p. 146 s.

58 En droit international public, voir Schlager 2000, p. 371 s.

59 Expressions utilisées par les internationalistes à propos de la *soft law* (Virally 1983, p. 189, 242; Thürer 1985, p. 450; Abi-Saab 1997, p. 207, 210; Morand 1999, p. 170).

60 Office fédéral de la justice 2002, p. 323; Ost/Kerchove p. 121 (à propos de l'autorégulation); Müller-Graf 2001, p. 106; *«anprobierte» «soft law»* (Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht*, 6e éd., Munich, 2000, § 57, n. 3); Morand 1999, p. 170 ss; Tschannen 1999, p. 377.

61 Sur la législation expérimentale, que nous ne traiterons pas dans ce cadre, voir en droit suisse Flückiger 2002 (réf. cit.); Wyss 2001, p. 136 ss. En droit allemand, voir Maass 2001.

62 Bohne 1981.

sonnant sur l'étude de la législation fédérale, de la doctrine et de la jurisprudence (nous ne saurions nier qu'une série d'enquêtes de terrain pourrait éventuellement aboutir à une conclusion différente[63]). A ce stade de la réflexion, nous lui préférerons la notion d'*Etat agissant de manière non impérative*, concept synchronique puisque chaque type d'Etat, pris dans une perspective diachronique[64], présente tant une face impérative que son contraire. Même l'Etat incitateur est susceptible de faire appel à des actes obligatoires[65], dans une mesure limitée il est vrai.

19. A l'origine, lorsque l'administration agissait en dehors des formes juridiques consacrées, l'indifférence affichée de l'ordre juridique pour ces instruments permettait de les soustraire sans autre au respect d'exigences formelles. La prise de conscience progressive de leurs effets sur le gouvernement des individus a mené à les intégrer progressivement dans l'orbite du droit si bien qu'aujourd'hui de nombreux actes matériels et d'actes de planification sont prévus par la loi. Il n'est dès lors plus possible de les considérer comme étant *a priori* informels[66], sauf à juger que la «formalité» se limite aux formes *juridiques*, comme le suppose Thomas Müller-Graf[67]. C'est une position que nous ne saurions défendre dans la mesure où la colonisation progressive par le droit des actes non obligatoires modifie la donne. Il est en effet difficile de reprendre aujourd'hui telle quelle la caractéristique de la non-réglementation juridique *(«rechtliche Nichtregelung»)* ainsi que proposée par Eberhard Bohne dans les années 1980[68]. Préciser dans la loi la compétence d'une autorité d'édicter des recommandations et de respecter à cet effet certaines exigences procédurales est une formalisation incontestable. L'exemple des mises en garde publiques contre des denrées ou des objets dangereux est exemplaire: l'autorité a l'obligation de prendre, *«si possible préalablement, l'avis des fabricants, des importateurs, des distributeurs ou des vendeurs, ainsi que des organisations de consommateurs»* instaurant un véritable droit, spécial, d'être entendu[69]. Il n'est dès lors plus possible d'affirmer de manière générale que ce type d'acte n'est pas réglé juridiquement, même si cette réglementation n'est que rudimentaire au regard de la procédure administrative classique[70]. L'édiction

63 Voir par exemple Christiansen/Piattoni 2003.

64 Voir par exemple l'évolution des différents types d'Etat chez Morand 1999, p. 16: Etat libéral (droit moderne); Etat providence (droit de l'activité de prestations); Etat propulsif (droit des programmes finalisés); Etat réflexif (droit des programmes relationnels); Etat incitateur (droit fondé sur la persuasion et l'influence).

65 Voir ci-dessous section II.1.2.

66 Kautz 2002, p. 35 ss, 40, 46. Voir également Tschannen 1999, p. 388 s.

67 Müller-Graf 2001, p. 117 s.

68 Bohne 1984, p. 343 ss.

69 Réf. cit. ci-dessous section IV.3.3.3.3.

70 *Contra*: Müller-Graf 2001, p. 103 s.

d'une recommandation en matière de denrées alimentaires est le produit d'une procédure formalisée aboutissant à un acte non juridique. Il n'est pas non plus possible de prétendre, inversement, que l'édiction d'actes non obligatoires est une activité juridique de l'Etat au même titre que l'adoption d'une décision ou la conclusion d'un contrat de droit public, comme l'affirme Hans-Peter Pfenninger[71]. Cette remarque n'empêche pourtant pas l'auteur de qualifier ce pan de l'activité administrative d'informelle[72]. S'il est vrai que le principe de la légalité s'impose à l'ensemble de l'activité étatique, c'est-à-dire également à l'adoption d'actes non obligatoires[73], il est exagéré d'affirmer que l'activité «informelle» serait juridiquement réglée de manière générale[74]. La difficulté réside dans l'hétérogénéité de tels actes, comme nous le montrerons, si bien qu'au contraire des formes juridiques – aisément repérables et peu nombreuses – les formes non juridiques offrent le tableau d'une pléiade de microformes spécifiques, obéissant toutes à des règles formelles diverses, d'intensité et de complexité variables[75].

20. Le trait caractéristique commun des actes recensés ici réside dans leur absence de force obligatoire en principe *(«Unverbindlichkeit»)*[76]. Il ne s'agit pas d'actes juridiques au sens classique. S'ils n'ont pas pour objet de créer des droits ou des obligations, cela ne signifie pas nécessairement qu'ils n'aient pas une certaine pertinence juridique, par exemple parce qu'ils sont susceptibles d'être suivis de conséquences juridiques[77]. Cette pertinence juridique n'autorise cependant pas à les qualifier sans autre d'actes *juridiques*. Une chute à ski ou un crachat déplacé ne deviennent pas *per se* des actes juridiques au motif qu'ils déploieraient des conséquences juridiques, en termes de responsabilité délictuelle ou pénale. Nous reviendrons plus loin sur cette question[78].

21. La formalisation, fût-elle partielle, n'est d'ailleurs pas neutre quant au débat sur les effets juridiques. Prévue dans une loi, la règle attribuant à une autorité déterminée la compétence d'édicter une recommandation est susceptible de lier différentes autorités qui, en fonction de l'interprétation de la norme de compétence, ne seront plus forcément habilitées à édicter de telles recommandations ou des recommandations contraires[79]. Il en va de manière analogue lorsque la recommandation est directement contenue dans un acte

---

71 Pfenninger 1996, p. 10.
72 Pfenninger 1996, p. 11 s.
73 Voir ci-dessous section IV.2.1.
74 Dans le même sens, Müller-Graf 2001, p. 103, note 405.
75 Voir ci-dessous section IV.3.2.
76 Voir ci-dessous section III.1.1.
77 Voir ci-dessous section III.
78 Voir ci-dessous section III.2.
79 Voir ci-dessous section III.3.2.4.

juridique[80]. Les particuliers restent entièrement libres de se fier ou non à l'acte non obligatoire. La formalisation n'est pourtant pas juridiquement anodine à leur égard. Elle aura pour effet de faciliter la preuve d'une illégalité éventuelle commise par l'administration qui ne respecterait pas les exigences formalisées posées pour l'adoption de l'acte non impératif[81]. Elle a aussi pour conséquence que les autorités n'auront plus le droit d'en ignorer l'existence, même si elles ne sont pas contraintes de les suivre: *«inutile d'ancrer ce droit évident* [celui d'une autorité d'émettre une recommandation] *dans un cadre légal. Le fait que le législateur ait pris soin de le consacrer spécialement dans la LCart ne peut pas ne pas être compris comme la volonté de donner à ces propositions une valeur particulière*, ‹qualifiée›. *Les autorités ne sont certes pas contraintes de les suivre; elles ne peuvent en revanche pas les ignorer.»*[82]

22. Le caractère non contraignant des actes non obligatoires ne doit donc pas conduire à les qualifier d'informels au motif de cette seule caractéristique. Certains actes obligatoires peuvent d'ailleurs être informels, comme le Tribunal fédéral l'a rappelé[83]. Inversement, leur formalisation, même partielle, ne leur ôte pas *par principe* leur caractère juridiquement non obligatoire.

---

80 *Ibidem.*

81 Dans ce sens, voir Kautz 2002, p. 50.

82 Tercier 2002, *ad* art. 45 LCart, ch. 34, p. 946 (et ch. 41 ss, p. 947). Pour une analyse critique de cette opinion, voir ci-dessous ch. 176.

83 Le Tribunal fédéral a jugé que des décisions formelles étaient inutiles pour régler la vie quotidienne dans un centre d'enregistrement pour requérants d'asile: *«dans cette optique, le personnel procède par des instructions qui, bien qu'obligatoires, peuvent être données de façon informelle»* (ATF 128 II 156, 163).

II. Les exemples d'actes étatiques non obligatoires

1. Introduction

1.1. La définition et les problèmes de classification

23. Les actes étatiques non obligatoires sont les instruments privilégiés de l'Etat agissant de manière non impérative. Ils peuvent être définis comme des actes dont l'effectivité ne consiste pas à faire naître des droits ou des obligations. Ces instruments se caractérisent par leur grande diversité et l'étendue de leur champ d'application, recouvrant l'ensemble des domaines de l'action étatique. Ils comprennent aussi bien des normes non obligatoires (actes non obligatoires de déclaration unilatéraux [ch. II.3 et II.6.3] ou bilatéraux [ch. II.3.3 et II.6.3]; actes de planification non obligatoires [ch. II.4]) ou partiellement obligatoires (actes de planification ne liant que les autorités [ch. II.4] et ordonnances administratives [ch. II.5]) que des faits ayant une pertinence juridique (actes matériels au sens étroit [ch. II.2.3]).

24. Alors que la classification des actes juridiques est *fonctionnelle*, puisqu'elle permet de standardiser les réponses aux questions procédurales en particulier, celle que nous proposons pour les actes non obligatoires ne l'est pas. Celle-ci est *heuristique*, en ce sens qu'elle n'a pas d'autre prétention que d'offrir un cadre de réflexion minimal pour mettre au jour les problèmes que posent ces actes en termes de légitimité et de contrôle notamment. L'époque de l'édification de grandes cathédrales théoriques, telle la figure de la décision par exemple, est à notre avis révolue. Le modèle de l'acte non obligatoire est trop éclaté et trop mouvant pour fournir une réponse unique et définitive. A la diversité initiale répond un ensemble complexe de pièces *a priori* éparses dont le puzzle paraît sans cesse se recomposer. Il faut donc lire les développements suivants plutôt comme un premier débroussaillage généraliste que comme la tentative de fonder une théorie générale des actes étatiques non obligatoires.

1.2. Les actes incitatifs sont-ils des actes non obligatoires?

25. Contrairement à une idée reçue, les actes non obligatoires ne sauraient être confondus avec les actes incitatifs. S'il est exact que tous les actes non obligatoires présentent une composante incitative déterminante, car garante de leur efficacité, il existe, au sein des actes incitatifs, des actes obligatoires également – que l'on pourrait qualifier *d'actes obligatoires à visée incitative*. On mentionnera à titre d'illustration les instruments économiques[84] tels que

84 Sur ces instruments en droit international de l'environnement, voir Bothe/Sand 2003, comprenant une bibliographie particulièrement fournie (p. 655 à 871).

les *taxes d'incitation*[85] qui ne comprennent pas d'obligation de prendre une orientation déterminée, mais qui contraignent à payer une somme d'argent si l'on s'y refuse, ou les *subventions* qui incitent à adopter un comportement en raison de la perspective financière sans y obliger, du moins tant que la somme d'argent n'est pas octroyée[86].

26. Une *«parenté»* entre ces actes et les actes non obligatoires peut être reconnue[87], pour autant que l'on s'efforce de mettre en exergue dans l'acte impératif à visée incitative la relation non contraignante du comportement que celui-ci ambitionne de promouvoir. Nous ne les examinerons pas dans le présent chapitre pour des raisons de place. Nous reviendrons à eux par la suite[88].

1.3. Les actes d'autorégulation sont-ils des actes non obligatoires?

27. Les actes non obligatoires ne doivent pas être confondus avec les actes d'autorégulation[89]. Ces derniers revêtent différentes formes dont le caractère privé ne les rend pas nécessairement non impératifs: alors que certains actes constituent certes de simples recommandations[90], d'autres sont obligatoires, généralement sur le fondement du droit privé (liens contractuels) pour ce qui est des liens entre les acteurs privés. Divers procédés permettent d'intégrer les actes d'autorégulation dans l'ordre juridique traditionnel et de leur conférer un caractère obligatoire, qu'il s'agisse d'actes privés de nature contractuelle dont on étend la portée ou d'actes privés de nature recommandationelle. Par exemple la délégation de compétences réglementaires à des privés[91] ou de celle d'en surveiller la mise en œuvre[92]; obligation qui peut être indi-

---

85 Donzel 2003.

86 Amselek 1991, p. 149.

87 Morand 1999, p. 163.

88 Voir ci-dessous section III.3.3.2.2.

89 Sur l'autorégulation, voir Widmer 2003, p. 18 ss; Weber 2003; Marti 2002 et 2000, p. 561 ss; Zufferey 1994, p. 305 ss; Langhart 1993, p. 85 ss; Brunner 1982. Voir également *L'autorégulation: colloque organisé à Bruxelles le 16 décembre 1992 par l'A.D.BR. et le Centre de droit privé de l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles 1995; Capus 2003, ch. 17 ss, pour une analyse «foucaldienne» de l'autorégulation appliquée à la lutte contre le blanchiment d'argent; Bender 1978 pour une approche légistique; Ost/Kerchove 2002, p. 108 ss pour une analyse en théorie juridique.

90 Ost/Kerchove 2002, p. 119. Parmi de nombreux exemples, voir les recommandations de la Station fédérale de recherche d'économie d'entreprise et de génie rural précisant les distances minimales jusqu'à la zone habitée des installations d'élevage auquel le droit fédéral renvoie (annexe 2, ch. 512 OPair [RS 814.318.142.1]).

91 Délégation de la compétence d'élaborer des normes privées pour garantir la sécurité d'appareils techniques (art. 3 ss de la loi fédérale sur la sécurité d'installations et d'appareils techniques [RS 819.1]).

92 Surveillance des intermédiaires financiers par les organismes d'autorégulation (art. 24 ss de la loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier [RS 955.0]).

recte comme dans le cas des bourses suisses[93]. La réglementation privée existante peut également accéder à un tel statut par le biais de clauses de renvoi législatif ou jurisprudentiel[94] ou par une déclaration de force obligatoire[95].

28. Dans cette perspective, le terme d'auto*régulation* paraît plus adéquat que celui d'auto*réglementation* dans le sens où le second pourrait suggérer un caractère réglementaire, c'est-à-dire impératif. L'autorégulation ne se confond pas avec la régulation non impérative, même si l'on peut relever une analogie fonctionnelle: l'autorégulation remplit des fonctions analogues et se fonde sur des causes semblables à celle des actes non obligatoires (flexibilité[96], pré-droit[97], évitement d'une réglementation étatique[98]).

2. Les actes matériels

2.1. La formation d'une notion résiduelle

29. En se constituant en branche autonome du droit depuis le XIXe siècle, le droit administratif a tout d'abord commencé par regrouper de nombreux actes juridiques individuels de la puissance publique dans une nouvelle forme, celle de la *décision* (*«Verfügung»*, *«Verwaltungsakt»*, acte administratif). L'invention de cette étiquette commune a permis de généraliser le contrôle juridictionnel de ces actes auparavant divers et d'en uniformiser la procédure d'adoption. Les autres actes individuels, qui ne répondaient pas aux critères de définition de cette nouvelle figure, n'accédaient pas au contrôle juridictionnel et continuaient à être édictés sans suivre de procédure particulière. Alors que l'Allemagne, par exemple, s'est distancée de cette conception binaire depuis les années 1960[99], la Suisse s'y réfère toujours. Le modèle s'est pourtant avéré fort réducteur et répond de moins en moins à la complexité moderne. Même la forme du *contrat*, connue dès l'origine du droit administratif, a dû se couler dans le moule de la décision pour accéder à la censure judiciaire par l'invention d'une décision dans la manifestation de volonté de l'Etat. Cette théorie *ad hoc*, dite des «deux niveaux», est encore

---

93 Délivrance d'une autorisation à la preuve de l'existence d'une autorégulation suffisante du domaine concerné (Marti 2000, p. 574).

94 Marti 2002, p. 1160 ss; Ruch 1995, p. 8 ss; Moor 1992, p. 104; Brunner 1982, p. 16 s; Grauer 1980. Sur la réglementation privée en droit allemand, voir par exemple Augsberg 2003.

95 Marti 2002, p. 1159 ss. En droit du travail, voir art. 109 et 110 Cst.

96 Widmer 2003, p. 21; Zufferey 1994, p. 319 ss.

97 Voir ci-dessus ch. I.4.2 (en particulier Ost/Kerchove, p. 121).

98 Langhart 1993, p. 95.

99 Flückiger 1998, p. 12.

prégnante en droit public helvétique, même si le Tribunal fédéral l'a explicitement rejetée[100]. Certains actes étatiques, généraux et abstraits, ont continué d'être soustraits à l'emprise du droit – les *ordonnances administratives* (directives liant l'administration et non les particuliers) – et offraient à l'administration une boîte noire dont l'ampleur et le potentiel d'abus ont peu à peu conduit la doctrine à s'en saisir et la jurisprudence et la législation à les domestiquer[101]. Il en est allé de même avec la réception par l'Etat d'un instrument de management emprunté à l'économie privée et qui allait marquer idéologiquement tout le XXe siècle: le *plan*. Initialement ignoré, il a prospéré dans l'ombre du droit. L'influence de tels actes n'a pas laissé les administrativistes indifférents qui ont, par *habitus* pour reprendre la terminologie de Pierre Bourdieu et de Jean-Claude Passeron, cherché à y déceler une décision afin de domestiquer judiciairement ces nouveaux actes. La tâche s'est révélée plus ardue, car on a observé que les plans ne formaient pas une catégorie homogène et qu'ils pouvaient très bien présenter un aspect individuel et concret tout en étant généraux et abstraits. En d'autres termes, ils pouvaient tout aussi bien revêtir l'uniforme de la décision que le costume de la norme. Enfermée dans son paradigme simplificateur, la doctrine s'est alors écharpée des décennies durant pour tenter de connaître la «nature juridique» des plans. Alors que le débat n'est pas encore clos[102], le juge et le législateur ont peu à peu précisé de manière pragmatique un ensemble de règles formant autant de régimes spécifiques permettant d'en assurer le contrôle, ou plus précisément, différents types de contrôles, non nécessairement juridictionnels[103]. L'évolution a été différente en Allemagne notamment où, dès le milieu des années 1970, les figures du plan d'infrastructure et du contrat administratif ont été formalisées dans la loi sur la procédure administrative[104].

30. Tel un enquêteur entêté, le droit administratif a poursuivi sa traque à l'administration non décisionnelle, catégorie résiduelle comprenant l'ensemble de l'activité étatique se déroulant en dehors des formes juridiques patiemment échafaudées pour contrôler les agissements de l'administration. Ces actes, généralement qualifiés d'*actes matériels («Realakte»)* mais également d'action de fait *(«tatsächliches Verwaltungshandeln»)* ou de simple action *(«schlichtes Verwaltungshandeln»)*[105] ont posé un défi de taille aux juristes, car leur caractéristique commune se définit de manière négative, en opposition au critère constitutif de la décision et de la norme: *tout acte dont l'objet*

100 Moor 2002, p. 376 ss.
101 Biaggini 1997; Manfrini 1978.
102 Hardmeier 2003, p. 79 ss.
103 Flückiger 1996, p. 445 ss.
104 Flückiger 1998, p. 12.
105 Flückiger 1998, p. 7 s.

premier n'est pas de produire un effet juridique, mais de susciter un effet de fait[106]. Cette définition n'exclut pas que des effets juridiques – voulus ou non – puissent en résulter, mais ils seront engendrés de manière secondaire[107]. La multiplicité de l'activité administrative toutefois, alliée à son étonnante inventivité, a pour conséquence que cette catégorie résiduelle est devenue très hétéroclite et fort peu homogène. En tant que telle, elle est inutilisable dans une optique juridique. Si le juriste éprouve le besoin de classifier, ce n'est pourtant pas en raison d'une quelconque déformation maniaque de son esprit, mais pour résoudre des problèmes pratiques dans un cas concret. Il s'agit d'être clair sur les finalités de l'exercice taxinomique avant de l'entreprendre. En l'espèce, le but, constant en droit administratif, est de contrôler l'exercice concret du pouvoir exécutif et de son administration afin de garantir le respect des principes de l'Etat de droit et des libertés fondamentales[108]. Un phénomène prodigieux selon Pierre Weil, pour qui *«l'existence même d'un droit administratif relève en quelque sorte du miracle.* [...] *Il est dans la nature des choses qu'un gouvernant croie, de bonne foi, être investi du pouvoir de décider discrétionnairement du contenu et des exigences de l'intérêt général. Il faut qu'il fasse effort sur lui-même pour se considérer comme tenu de rester dans les voies d'un droit qui lui dicte certaines conduites et lui en interdit d'autres. A plus forte raison doit-il considérer comme peu normal de voir ses décisions soumises à la censure d'un juge: au nom de quoi ce dernier, irresponsable, serait-il plus infaillible que l'homme placé aux leviers de commandes et qui, lui, est responsable de ses actes?»*[109]

2.2. *La notion d'acte matériel au sens étroit*

31. Le terme d'acte matériel généralement utilisé pour désigner les éléments appartenant à cette catégorie résiduelle est, à la réflexion, trompeur. Les travaux scientifiques publiés durant les deux dernières décennies ont permis de dégager des caractéristiques différenciées relativement homogènes et normativement pertinentes: les *actes matériels proprement dits* (actes matériels au sens étroit) et les *actes non obligatoires de déclaration* (actes matériels au sens large)[110]. Cette dernière catégorie peut être sous-divisée entre les

106 Voir les références citées *in* Flückiger 1998, p. 5 s (en droit suisse et en droit allemand).
107 Schulte 1995, p. 29. Voir ci-dessous section III.1.1.
108 Voir ci-dessous chapitre IV.
109 Weil 1964, p. 5.
110 Flückiger 1998, p. 8 s (réf. cit.).

actes unilatéraux, notamment les recommandations[111], et les actes concertés[112].

32. La distinction consiste à isoler les actes matériels proprement dits – actes dont le point commun est l'usage du fait *(«Tathandlungen»)* – des actes dont le point commun est d'énoncer une déclaration, c'est-à-dire un texte, voire un discours (actes non obligatoires de déclaration). Alors que ces derniers peuvent renfermer des règles – qui ne sont pas *de droit*, de prime abord –, l'acte matériel proprement dit ne peut en contenir aucune. Cela peut être commodément illustré par les exemples de la fouille corporelle opérée par un douanier ou un policier, du virement bancaire dans le cas du versement par l'administration d'une somme d'argent, de l'apposition de nouvelles plaques lors du changement de nom d'une rue, de la diffusion hertzienne ou satellitaire pour une émission de télévision ou de la mise à disposition du public de bâtiments administratifs ou de documents officiels.

33. Qu'en est-il toutefois des actes matériels à caractère contraignant *de facto* tels que l'utilisation de la force dans le cas de l'intervention policière, de l'exercice militaire, de la construction d'obstacles à la circulation (ralentisseurs, barrières) ou, plus récemment, de l'utilisation de l'architecture technique pour réguler l'Internet *(«code based regulation»)*[113] ou pour empêcher le démarrage d'un véhicule dont le passager ne serait pas attaché? Alors que les règles – juridiques ou non – peuvent aussi bien être respectées qu'enfreintes, la question se pose en d'autres termes pour ces mesures contraignantes de fait, car celles-ci ne ressortissent pas à l'ordre normatif mais à celui des faits. Si une interdiction de passer est remplacée par un muret en béton, l'automobiliste devra *nécessairement* contourner l'obstacle. Si seule une interdiction de circuler est apposée, l'automobiliste devra *obligatoirement*[114] changer de direction, c'est-à-dire qu'il conservera toujours la liberté de violer la règle en prenant le risque des conséquences juridiques qui en résultent, alors que cette liberté est plus limitée, voire lui échappe totalement dans l'hypothèse de l'acte matériel. Tel est le cas lorsque les conséquences de la transgression d'un acte matériel – conséquences de l'ordre du fait et non du droit – sont plus dissuasives que celles résultant de la transgression d'un acte juridique (amortisseurs défoncés dans le cas d'un seuil de ralentissement *vs* une sanction pénale pour vitesse excessive – sanction éventuelle seulement, dé-

111 Voir les travaux de Tschannen 1999; Mahon 1999; Müller/Müller-Graf 1995; Müller 1995; Nützi 1995; Barthe 1993; Ramseyer 1992, Richli 1990.

112 Kautze 2002; Pfenninger 1996; Kippes 1995; Knoepfel 1995; Dempfle 1994; Spannowsky 1994; Burmeister 1993; Richli 1991; Lascoumes 1990; Bulling 1989.

113 Weber 2002, p. 131 s et 202 s; Trudel 2001, p. 229 et 237 ss; Lessig 1999, p. 86 ss; Labbé 2000.

114 Sur la confusion entre nécessité et obligation, voir Lalande 1926 (1993), 2e volume, sous l'entrée «obligation».

pendant du degré de surveillance du trafic routier par la police) ou lorsque la transgression est impossible (immobilisation corporelle lors de certaines interventions policières; blocage du passage dans le cas de la pose d'un muret ou d'autres obstacles pour empêcher le stationnement illicite). François Ost et Michel van de Kerchove mettent en évidence cette distinction en opposant la norme à la contrainte directe: *«Le registre normatif (la loi juridique, éthique, religieuse) s'adresse à l'homme en tant qu'être doué de raison et de libre arbitre, capable donc de déterminer sa conduite en conscience et librement, et susceptible, à ce titre, autant d'obéissance que de désobéissance. Régler la conduite humaine par des règles est donc faire le pari (ou prendre le risque) de la liberté. Cette option, qui est notamment celle des démocraties, est cependant parfois écartée au profit de politiques dites ‹sécuritaires› ou de pratiques ‹disciplinaires› qui exercent une contrainte directe sur les corps.»*[115] La distinction a bien été perçue par Pierre Trudel à propos de la régulation de l'Internet quand il écrit que *«la régulation par l'architecture joue dans un autre registre que celui des règles de droit. Elle passe plutôt par l'imposition de contraintes techniques, difficilement évitables ou carrément incontournables, pour infléchir le comportement des individus à la volonté de celui qui les édicte. La capacité de l'individu de contourner la norme ou de la violer délibérément s'en trouve réduite ou, dans certains cas, éliminée.»*[116] L'acte matériel, au sens étroit, influence le comportement par une action de fait – un «faire» – alors que l'acte matériel déclaratif le fait par un texte – un «dire». Cette différence a permis à Charles-Albert Morand de renverser fort perspicacement la formule d'Austin *«quand dire c'est faire»* en *«quand faire c'est dire»*[117], montrant dans l'acte matériel au sens étroit l'intention normative illocutoire de celui qui l'accomplit.

34. Cette analyse permet d'expliciter la critique de Thomas Müller-Graf qui rejette les actes matériels proprement dits de l'activité administrative informelle au motif que leurs effets sont d'ordre purement factuel et ne reposent sur aucune composante communicative: *«Realakten, die sich als direkte, rein faktische Eingriffe in die Lebenswelt* ohne *kommunikative Komponente auffassen lassen, sei es als (interne oder externe) ‹Verrichtungen›, sei es als nicht mit weiteren Steuerungsabsichten verbundene ‹reine› Vollzugshandlungen.»*[118] L'usage de la notion de communication comme critère distinctif prête toutefois à confusion, car une intervention factuelle telle que la construction de seuils de ralentissement *communique* probablement mieux encore l'intention normative sous-jacente à ce type d'installation qu'un pan-

115 Ost/Kerchove 2002, p. 367.
116 Trudel 2001, p. 238.
117 Morand 1999, p. 176 s.
118 Müller-Graf 2001, p. 119.

neau de limitation de vitesse. Dans tous les cas de figure, l'acte matériel *de facto* contraignant n'accède pas à la normativité par cette seule propriété (ce serait sinon commettre la confusion classique entre droit et contrainte[119]). Il ne possède simplement pas le caractère d'une règle, prise dans son sens général, c'est-à-dire une *«formule indiquant ce qui doit être fait dans un cas déterminé»*[120]. L'acte matériel proprement dit, fût-il contraignant, n'appartient pas au domaine du *devoir-être («sollen»)*. Il ne saurait donc jamais être qualifié d'acte juridique. Telle est la position de Pierre Tschannen par exemple: *«In der Tat ist die Regelungsabsicht unverkennbar; gedanklich geht ja der Tathandlung eine Konkretisierung der verwaltungsrechtlichen Vorschriften für die aktuelle Situation voraus. Dennoch gewinnt diese Konkretisierung keine Rechtsaktgestalt. In allen Fällen des verfügungsvertretenden Realakts bezieht sich der Regelungswille* [...] *nicht auf die rechtliche Steuerung privaten Verhaltens, sondern auf die faktische Bereinigung einer konfliktträchtigen Situation. Die Finalität des Handelns richtet sich auf die umweglose Wirklichkeitsgestaltung; dass dabei auch Rechte und Pflichten von einzelnen näher bestimmt werden, erscheint lediglich als unvermeidbarer Reflex des tatsächlichen Eingriffs. Solche Handlungen zu den Rechtsakten zu zählen, überzeugt daher dogmatisch nicht.»*[121]

35. Cela n'a pourtant pas empêché la jurisprudence et la doctrine de considérer l'emploi de la contrainte directe comme un acte juridique[122]. Soutenu par Otto Mayer qui estimait à cet effet que la notion de décision pouvait dans certains cas être si nécessaire «inventée» *(«erdichtet»)*[123], Walter Jellinek proposait dans l'entre-deux guerres une catégorie spécifique de décision pour étendre le contrôle judiciaire sur l'administration aux activités ayant pour effet de léser les droits des administrés ou de leur conférer un avantage: celle des *décisions de fait («Verwaltungsakte*[124] *tatsächlicher Art»)* comprenant aussi bien l'intervention policière que l'épouillage obligatoire ou la mise en garde publique contre un commerçant déterminé. Par quelle alchimie le pur fait peut-il se transformer en un acte juridique? On est là dans une constellation différente de l'adage *ex facto ius oritur:* du fait surgit le droit, mais le fait n'est pas le droit. L'astuce intellectuelle de Walter Jellinek est de prétendre que ces actes matériels contiennent implicitement l'obligation de tolérer l'intervention de fait des autorités qui lèsent les particuliers dans leur sphère

119 Voir ci-dessous section III.2.1.

120 Lalande 1926 (1993), 2e volume, sous l'entrée «règle».

121 Tschannen 1999, p. 390.

122 Flückiger 1998, p. 57 (réf. cit.).

123 Mayer 1914, p. 99 note 9.

124 Rappelons que le «*Verwaltungsakt*» en droit administratif allemand est l'équivalent fonctionnel de la décision en droit administratif suisse.

juridique[125]. En réalité, l'acte matériel ne devient juridique que par un raccourci de langage, par un procédé métonymique semblable à celui qui consiste à confondre le verre et la boisson dans l'expression «ils ont bu un verre». Dans la mesure où le matériau «verre» ne peut pas être bu, les faits restent des faits même s'ils sont qualifiés d'actes juridiques, tout comme les verres restent des verres lorsque des assoiffés les «boivent». En vérité, c'est la résolution de procéder à la mesure concrète qui est visée et c'est elle seule qui peut si nécessaire être qualifiée d'acte juridique ou non, renvoyant à la problématique des actes internes[126]. Dans certaines configurations toutefois, il n'est pas toujours aisé d'isoler une telle obligation interne (décisions informelles ou par actes concluants[127]) ni même possible (immissions produites par les installations publiques et actes matériels illicites[128]). Mais ces derniers cas de figure ne sont certainement pas les plus courants.

2.3. Les exemples d'actes matériels au sens étroit

36. Les actes matériels au sens étroit forment une catégorie hétérogène dont la caractéristique commune est de viser à modifier un état de fait par un moyen de *pur fait*, et non d'un texte ou d'un discours, s'opposant sur ce point aux actes non obligatoires de déclaration. Les impacts qu'ils déploient, sur les droits fondamentaux plus particulièrement[129], ont conduit à leur formalisation graduelle. Informels à l'origine, ces actes – ou plus précisément la résolution qui les ordonne – ont été parfois qualifiés de décision, lorsque la nécessité de les assujettir au contrôle juridictionnel était justifiée par l'importance de leurs effets[130]. L'aménagement de ralentisseurs de trafic (seuils de ralentissement, appelés parfois «gendarmes couchés») est ainsi une décision collective en dépit de son caractère matériel, dans la mesure où cette opération manifeste le statut de la rue en question[131].

37. Il peut s'agir tant d'une action que d'une abstention. Ainsi, le refus opposé par l'administration de donner suite à une requête tendant à la destruction de données personnelles inexactes est tranché en la forme d'une décision (art. 25 al. 1er, al. 3 let. a, 4 et 5 LPD). Le refus de diffuser une émission de télévision («droit à l'antenne») est une décision attaquable, alors que l'émis-

125 Jellinek 1931, p. 258 et 24. Voir également Flückiger 1998, p. 138 ss.
126 Voir Moor 2002, p. 164 ss.
127 Moor 2002, p. 27.
128 Exemples dans Flückiger 1998, p. 56.
129 Voir ci-dessous section IV.1.1.
130 Flückiger 1998, p. 129 ss.
131 *«wegen ihres objektives Erklärungswertes»* (TA ZH, *ZBl* 1985 p. 82, 87); Moor 2002, ch. 2.1.2.1 p. 158.

sion elle-même est un acte matériel[132] pouvant être contesté devant le Tribunal fédéral par un recours de droit administratif (art. 65 al. 2 LRTV) à la suite d'une procédure de médiation (art. 60 et 61 LRTV) et de plainte auprès de l'autorité indépendante d'examen des plaintes (art. 62 ss LRTV).

38. Dans certains cas, la jurisprudence est hésitante ou diverge, à l'instar de la modification du nom d'une rue, de la mise à disposition d'installations publiques ou d'une inscription dans un registre:

La *modification du nom d'une rue* n'est pas une décision selon le Conseil d'Etat zougois (*«Untermühleweg»* en *«Untermülli»*)[133] sauf si le nouveau nom devait être inconvenant ou diffamatoire, car dans un tel cas, cette mesure léserait les riverains dans leurs droits subjectifs[134]. Aucune relation de droit administratif n'est en principe liée avec les riverains[135]. Le Tribunal administratif d'Obwald a jugé quant à lui que la modification à Sarnen de *«Cherweg»* en *«Kehrweg»* portait atteinte aux droits des propriétaires riverains et constituait dès lors une décision[136]. La modification du nom d'un *bureau de poste* n'est en revanche pas une décision, car elle ne crée ni droits ni obligations selon le Tribunal fédéral[137]. Notons pour l'anecdote jurisprudentielle qu'en droit allemand le changement de nom d'une rue est une décision collective au motif qu'une telle mesure fixe une caractéristique importante du point de vue de la circulation et l'accessibilité: une ville a décidé de renommer la *Heine-Straße* en *Oscar-Wilde-Straße*. Un administré a contesté, sans succès, la nouvelle dénomination de cette rue au motif que celle-ci portait dorénavant le nom d'un écrivain homosexuel[138].

La *mise à disposition d'établissements publics* ne constitue en principe pas des décisions à l'instar de la fermeture d'un bureau de poste[139]. Mais la jurisprudence est confuse[140], car des mesures analogues ont été qualifiées de décisions, comme le déplacement d'une division d'un établissement de détention[141] ou de celui d'une section d'une Ecole polytechnique fédérale[142] alors que l'autorisation de modifier une ligne de bus postal ne l'est pas[143].

Après avoir hésité, l'*inscription au contrôle des habitants* est désormais une décision selon le Tribunal administratif vaudois, car bien qu'elle n'ait pas les effets ju-

---

132 ATF 123 II 402.

133 CE ZG, *ZBl* 1992, p. 234, avec une remarque de G. Müller, *ZBl* 1992, p. 238. Sur le sujet, *cf.* Jaag 1993, p. 50 ss.

134 CE ZG, *ZBl* 1992, p. 237 (*obiter dictum* critiqué par Giacomini 1993, p. 243 et 248).

135 *ZBl* 2000, p. 80.

136 TA OW, *ZBl* 1992, p. 524.

137 ATF 109 Ib 253.

138 OVG Münster *NJW* 1987 p. 2695 et réf. cit. *in* Flückiger 1998, p. 157.

139 ATF du 24 mars 1982 (non publié) cit. *in* ATF 109 Ib 253 (256); Direction générale des PTT, *JAAC* 1975 n° 102.

140 Moor 2002, ch. 2.1.2.3, p. 166 et ch. 5.4.2.2, p. 572.

141 CF, *JAAC* 1974 n° 18.

142 Conseil des EPF, *JAAC* 1975 n° 59.

143 CF, *JAAC* 1981 n° 42 et 1986 n° 51. Pour d'autres exemples en matière de transport, voir Moor 2002, ch. 2.1.2.1, p. 157, note 26.

ridiques attachés au domicile, elle affecte les droits et obligations des intéressés[144]. Le Tribunal fédéral l'avait reconnu il y a déjà longtemps[145].

39. Dans d'autres cas, la jurisprudence ou la loi nuancent en distinguant des catégories au sein d'un même acte matériel telles que les diverses mesures en droit de la fonction publique[146], *l'intervention policière* ou *l'accès aux documents officiels* détenus par l'administration:

Le Tribunal fédéral a jugé que les contrôles de police ressortissent en principe à la catégorie des actes matériels et ne donnent dès lors pas matière à décision. En revanche, les moyens de contrainte tirés de la procédure pénale, tels que les arrestations, sont soumis à un contrôle juridictionnel complet dans le cadre ordinaire de la procédure pénale[147].

Si l'information d'office délivrée par les autorités publiques demeure un acte matériel, l'introduction progressive du principe de transparence dans l'administration juridicise l'information donnée sur demande puisqu'un droit subjectif d'accéder aux documents officiels, invocable devant les tribunaux à la suite d'une procédure de médiation, est ainsi créé[148].

3. Les actes non obligatoires de déclaration

3.1. Introduction

40. Les actes non obligatoires de déclaration, c'est-à-dire des actes ne constituant pas des actes matériels proprement dits, peuvent être subdivisés à leur tour en deux catégories, dont la première est également double: les actes unilatéraux, que l'on nommera *recommandations («Empfehlungen»)* lorsqu'ils visent à influencer le comportement des individus ou des autorités de manière

---

144 TA VD, *RDAF* 1999 I 400, 402.

145 ATF 90 I 27; 110 Ia 67 (voir *RDAF* 1999 I 400, 403).

146 Poledna 1998, p. 920 s.

147 ATF 128 I 167, 174. L'exécution d'une fouille corporelle à la douane a cependant été qualifiée de décision (ATF 106 Ib 109).

148 En droit fédéral, voir le projet de loi sur la transparence de l'administration (LTrans [projet]) adopté par le Conseil fédéral le 12 février 2003 (FF 2 003 1888). En droit cantonal, voir *Berne* (art. 17 al. 3 Cst.-BE; loi du 2 novembre 1993 sur l'information du public [LIn; RSB 107.1] et ordonnance du 26 octobre 1994y relative [OIn]), *Soleure* (art. 11 al. 3 Cst.-SO; loi du 21 février 2001 sur l'information et la protection des données [InfoDG; RSS 114.1] et ordonnance y relative du 10 décembre 2001 [InfoDV; RSS 114.2]), *Vaud* (art. 17 al. 2 let. c Cst.-VD; loi du 24 septembre 2002 sur l'information et règlement d'application du 25 septembre 2003 y relatif; RSV 1.6), *Genève* (loi du 5 octobre 2001 sur l'information du public et l'accès aux documents [LIPAD, RSG A 2 08]) et *Jura* (loi du 4 décembre 2002 sur l'information et l'accès aux documents officiels; RSJ 170.801). *Neuchâtel* (art. 18 Cst.-NE), *Schaffhouse* (art. 47 al. 3 Cst.-SH), *Fribourg* (art. 19 al. 2 Cst.-FR) et *Saint-Gall* (art. 60 Cst.-SG) ont introduit ce principe dans leur constitution.

Divers projets de lois cantonales sont en préparation (Häner 2003, p. 282; Brunner 2003, p. 36).

non impérative et les *informations simples* pour les autres, et les actes bilatéraux, que l'on appellera *arrangements non obligatoires («Absprachen»)*.

41. Les actes non obligatoires de déclaration peuvent être regroupés en une catégorie distincte, car ils ont pour trait caractéristique de ressortir au régime normatif non impératif. La mise en garde, le conseil, la recommandation ou un arrangement contiennent des normes non obligatoires et constituent des modèles à suivre au bon gré seulement de leurs destinataires. La norme (dans son sens non strictement juridique) n'est en effet pas nécessairement impérative. André Lalande met en garde dans son *Vocabulaire technique et critique de la philosophie* contre la confusion entre la normativité et l'impérativité: *«Il faut prendre garde de ne pas confondre* normatif *avec* impératif. *Une norme n'est pas nécessairement une loi ni un commandement: elle peut être un idéal, sans aucun caractère d'obligation. Le normatif est un genre qui contient deux espèces principales: l'impératif et l'appréciatif.»*[149] André Lalande définit l'impératif comme une proposition qui prend la forme d'un commandement tandis qu'il illustre l'appréciatif par la formule suivante: «*ceci* vaut mieux *que cela*»[150]. Paul Amselek va dans le même sens en divisant la norme au sens large (qu'il qualifie de «norme éthique») en commandements et recommandations et regroupe sous cette dernière étiquette les *«normes éthiques dont l'observance est conçue comme souhaitable mais non pas obligatoire et est donc laissée à l'appréciation discrétionnaire des intéressés; elles tracent des lignes de conduite réputées opportunes à emprunter, mais que les intéressés ne sont pas tenus de suivre, qui impliquent, dans leur vocation même, la possibilité de s'en détourner.»*[151] Le «devoir-être» *(«Sollen»)*, caractéristique de la norme, peut être transposé, pour la recommandation, en «devrait-être» *(«Sollten»)*.

42. Les *actes non obligatoires de déclaration* présentent donc une *nature appréciative* et non impérative. Ils renferment des *recommandations*, laissant à leurs destinataires le soin d'*apprécier* par eux-mêmes les avantages ou les inconvénients à suivre le conseil ou à respecter la recommandation. Il en va de même des *arrangements sans force obligatoire* qui comprennent des engagements réciproques de nature appréciative également puisque ceux-ci laissent aux parties le choix d'apprécier par eux-mêmes l'intérêt ou le risque à exécuter les prestations qui leur incombent. On ne reprendra ainsi pas la suggestion de Denis de Béchillon de recourir à la différence kantienne entre l'impératif catégorique et l'impératif conditionnel pour distinguer l'acte juridique classiquement obligatoire des actes non obligatoires de déclaration[152].

---

149 Lalande 1926 (1993), 2e volume, sous l'entrée «normatif».

150 Lalande 1926 (1993), 1er volume, sous l'entrée «impératif».

151 Amselek 1991, p. 143.

152 Béchillon 1997, p. 190 ss.

3.2. Les actes non obligatoires de déclaration unilatéraux

3.2.1. Introduction

43. Les actes non obligatoires de déclaration unilatéraux se distinguent des actes matériels proprement dits en ce sens qu'ils contiennent une déclaration, c'est-à-dire un texte ou un discours. Cette déclaration peut revêtir un caractère normatif non contraignant («appréciatif» et non «impératif»[153]) dans l'exemple des *recommandations* (ch. II.3.2.2). A l'instar des actes matériels au sens étroit, elle peut ne *pas* être normative dans le cas des *informations simples* (ch. II.3.2.3). Les premières se distinguent donc des secondes dans la mesure où elles visent délibérément à influencer le comportement des individus dans une certaine direction mais s'en rapprochent puisqu'elles ne sont pas des purs faits.

3.2.2. Les recommandations

3.2.2.1. Introduction

44. Les recommandations peuvent être définies comme des *«déclarations étatiques sur l'opportunité de fait de suivre un comportement déterminé»*[154] ou comme des *«invitations à»*[155]. Elles sont multiples. On assiste, pour citer Paul Amselek, à un *«foisonnement de recommandations juridiques, à côté des commandements juridiques de type traditionnel»*[156]. Elles apparaissent sous des appellations diverses. Outre les recommandations proprement dites, on trouve les mises en garde, les conseils, les avis et les préavis (même un manuel[157]), les conclusions de rapports, les informations et les renseignements à visée incitatrice, d'autres actes de nature recommandationnelle tels que les explications, les invitations, les vœux, les lois-modèles, les codes d'éthique ou les expertises ainsi que les recommandations indirectes que sont le comportement exemplaire des autorités, les distinctions, les activités de formation, les labels, la certification ou les techniques de description incitatrice.

---

153 Voir ci-dessus ch. II.3.1.

154 *«Staatliche Aussagen über die faktische Ratsamkeit bestimmter Verhaltensoptionen»* (Tschannen 1999, p. 365 s).

155 Tercier 2002, *ad* art. 45 LCart, ch. 33, p. 946, à propos des recommandations en droit de la concurrence. Voir également Klass 1993, p. 66 ss.

156 Amselek 1991, p. 147.

157 Le Préposé fédéral à la protection des données peut élaborer des recommandations relatives aux mesures techniques et organisationnelles de protection des données *«sous forme de manuel»* (art. 8 al. 4 OLPD, RS 235.11).

3.2.2.2. Les recommandations (au sens propre)

45. En droit fédéral, les recommandations au sens propre (c'est-à-dire les actes dénommés «recommandations») sont multiples. Il en va de même en droit international public[158]. Si les exemples de recommandations dont l'adoption n'est pas formalisée dans la loi sont certainement les plus nombreux[159], celles qui sont explicitement prévues par un acte législatif ne sont pas en reste puisqu'on trouve plus d'une centaine d'exemples en droit fédéral. Les textes normatifs peuvent ainsi statuer sur la compétence d'édicter une recommandation et l'objet de celle-ci[160], sur ses effets juridiques[161] ainsi que sur des questions procédurales, telles que l'exigence de publicité des recommandations, leur notification, l'exercice du droit d'être entendu, l'obligation de motiver ou le mode d'adoption[162].

46. Dans certains cas, les actes législatifs ne se limitent pas à prévoir l'émission de recommandations par une autorité, mais en *contiennent eux-mêmes*, à côté des règles de droit[163]. La nouvelle Constitution fédérale n'interdit pas au législateur fédéral d'insérer des dispositions non normatives dans les lois fédérales[164] et, *a fortiori,* au gouvernement et à l'administration dans les ordonnances, législatives ou administratives[165].

En droit de la circulation routière, *«les feux de croisement ou les feux de circulation diurne des véhicules automobiles devraient être allumés même de jour»* (art. 31 al. 5 OCR[166])[167].

En vue de la construction de routes principales, *«il est recommandé de traiter les routes à grand débit de la même manière que les routes nationales»* en ce qui concerne leurs alignements (appendice III ch. 2 § 4 de l'ordonnance sur les routes principales[168]).

158 Voir ci-dessous section II.6.3.

159 Voir par exemple les *«Recommandations du DETEC pour la négociation de projets soumis au droit de recours des associations»* (projet 2003) élaborée dans le cadre d'un postulat du Conseil national (*00.3188 Droit de recours des organisations. Charte de concertation* transmis le 22 juin 2000 à la Commission des affaires juridiques).

160 Voir ci-dessous ch. 212.

161 On peut trouver une bonne trentaine d'exemples répartis dans la section III ci-dessous *(passim).*

162 Voir un certain nombre d'exemples ci-dessous section IV.3.3 *(passim).*

163 Sur cette problématique, voir Wenger 2003, p. 229 ss.

164 Tschannen 2004, p. 553 s; Feuz 2002, p. 50.

165 Tschannen 2004, p. 553 s.

166 RS 741.11.

167 Sur cette question, voir ci-dessous section III.3.2.4.

168 RS 725.116.23.

L'ordonnance sur l'évaluation de la dégradabilité des agents de surface contenus dans les détergents[169] contient plusieurs recommandations pratiques sur le plan des méthodes de détermination (ch. 37, 534.2, 538.2 et 741 annexe).
Les cépages X *«sont recommandés* [...] *pour la culture en Suisse»* (art. 1er de l'ordonnance de l'OFAG sur l'assortiment des cépages et l'examen des variétés, RS 916.143.5).
Il existe des signaux de recommandation en matière de navigation (annexe IV ch. I let. D de l'ordonnance sur la navigation intérieure, RS 747.201.1). Différents domaines de mesure pour les indicateurs de vitesse de giration sont recommandés (art. 3.03 des prescriptions minimales et conditions d'essais relatives aux indicateurs de vitesse de giration pour la navigation rhénane, RS 747.224.114.2).
Afin de permettre le bon déroulement des opérations en matière d'exploitation ferroviaire, *«il est recommandé d'associer l'Office fédéral des transports à l'élaboration des prescriptions importantes»* (ch. 5.2 des prescriptions de l'Office fédéral des transports concernant la promulgation des règles de circulation des trains et des prescriptions d'exploitation, RS 742.170).

3.2.2.3. Les mises en garde

47. Les mises en garde *(«Warnungen»)* sont des recommandations particulières portant sur la dangerosité de personnes, de produits ou de comportements se manifestant généralement sous la forme d'invitation à s'abstenir[170]. Il n'est guère possible, ni utile de les distinguer des recommandations proprement dites[171]. Dans le domaine des médicaments, la loi utilise le terme de «recommandation» pour mettre en garde la population: le public doit être informé *«des événements particuliers en relation avec les produits thérapeutiques présentant un danger pour la santé, et* [l'Institut suisse des produits thérapeutiques veille] *à ce que des recommandations sur le comportement à adopter soient émises»* (art. 67 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux[172]). Le terme d'«avertissement» peut aussi être utilisé comme dans l'exemple des jouets afin de mettre en garde contre les risques éventuels (annexe III ch. II de l'ordonnance du DFI sur la sécurité des jouets[173]). L'exemple le plus formalisé est celui de la loi fédérale sur les denrées alimentaires (LDAl)[174] qui habilite l'autorité compétente à mettre en garde publiquement la population contre des denrées alimentaires, des addi-

169 RS 814.226.227.
170 Tschannen 1999, p. 365 s.
171 Tschannen 1999, p. 366, qui récuse le critère de l'intensité de l'influence sur le comportement pour opérer une telle distinction; Müller-Graf 2001, p. 121.
172 RS 812.21.
173 RS 817.044.1.
174 RS 817.0.

tifs ou des objets usuels présentant un danger pour la santé et qui ont été distribués à un nombre indéterminé de consommateurs; l'autorité informe dans ce cas le public et lui recommande le comportement à adopter (art. 43 al. 1er LDAl). La loi instaure un droit d'être entendu (art. 43 al. 2 LDAl). A titre d'illustration, on citera encore la mise en garde concernant la consommation de salade à la suite de l'accident de la centrale nucléaire de Tchernobyl (ATF 116 II 480), celle relative au vacherin Mont d'Or (ATF 118 Ib 473) en matière de denrées alimentaires[175] ou celle concernant un jouet[176]. On peut également mentionner l'Institut fédéral de recherches sur la forêt, la neige et le paysage qui a pour tâche d'assurer le service de mise en garde contre les avalanches en Suisse et l'information du public sur le danger d'avalanches (art. 4 al. 4 de l'ordonnance sur le FNP[177]).

48. Les mises en garde peuvent être diffusées sous forme de *campagnes d'information*, à l'instar de la campagne Stop-Sida[178].

49. Les mises en garde peuvent également être *individuelles et concrètes*[179]. Ainsi lorsque l'Etat, en droit de la fonction publique, ne veut pas décider une mesure disciplinaire formelle telle que l'avertissement ou le blâme[180], soit parce qu'il estime une telle mesure disproportionnée, soit parce qu'il ne dispose pas de la base légale suffisante, il peut se contenter de mettre en garde informellement au lieu de prendre une mesure disciplinaire. La nature d'un tel acte est délicate à déterminer. Non prévue dans l'arsenal formel des peines disciplinaires, instaurée en marge de la loi, elle peut ne pas être perçue comme telle par son destinataire. Dans ce cas, elle ne saurait être retenue contre lui (sous réserve du principe de la bonne foi) si une mesure plus incisive, telle la cessation des rapports de service, devait être prise sur cette base[181]. Perçue comme une mesure disciplinaire, elle devrait, dans cette hypothèse, pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel direct au même titre que les actes matériels, par le biais d'une décision[182]. La loi peut cependant formaliser le procédé en prévoyant explicitement de renoncer à prendre une mesure disci-

---

175 Voir également les cas de l'association infoSekta (ATF 118 Ia 46) et de la publication du livre *«Das Paradies kann warten»* (ATF 121 I 87), décrits *in* Tschannen 1999, p. 370 s.

176 OFSP, *Mise en garde concernant un jouet: danger d'étranglement avec les yoyo balls ou «balles hérissons»*, Berne, 26 mars 2003.

177 RS 414.164.

178 Décrite dans Tschannen 1999, p. 368. Sur la base légale, voir ci-dessous ch. 62.

179 Sur la classification des mises en garde en fonction de ce critère, voir Tschannen 1999, ch. 31; Müller-Graf 2001, p. 121 s.

180 Voir par exemple l'art. 130 de la loi genevoise sur l'instruction publique (RSG C 1 10). Poledna 1998, p. 920.

181 Décision de la Commission de recours du personnel enseignant de l'instruction publique (canton de Genève), 15 mars 2004, Ramadan c. Conseil d'Etat, consid. 19.

182 *ZBl* 1984, p. 310; Poledna 1998, p. 920 s.

plinaire lorsqu'une mise en garde paraît suffisante[183]. Autre exemple: une pratique transitoire de mise en garde lors d'une modification de la loi à la place de sanctions pénales[184]. L'acte non obligatoire est ici adopté à la place d'un acte juridique qui normalement aurait dû être décidé. Cette tolérance ne doit être admise qu'à des conditions très restrictives, notamment dans le cas, exceptionnel, où les autorités auraient été empêchées sans leur faute de prendre toutes les mesures de mise en œuvre pour préparer la nouvelle législation, pour autant que la tolérance soit de durée limitée et que l'état contraire au droit toléré soit peu important, au risque de bafouer le principe de légalité.

3.2.2.4. Les conseils

50. Le conseil, défini comme l'opinion donnée à quelqu'un sur ce qu'il doit faire[185], est une forme de recommandation. Le droit fédéral en a formalisé de nombreux. L'ordre juridique se limite généralement à définir l'autorité compétente habilitée à prodiguer des conseils ainsi que l'objet sur lequel doivent porter ceux-ci.

51. Le conseil peut s'adresser à des personnes ou des autorités en particulier[186] ou viser le public en général afin d'en modifier le comportement. En matière écologique, les articles 6 al. 2 LPE[187], 50 al. 2 LEaux[188], 10 al. 2 LEn[189], 25a LPN[190] ou 22a LFSP[191] notamment l'illustrent[192].

3.2.2.5. Les avis et les préavis

52. La loi institue de multiples organes consultatifs ayant pour fonction de donner leur avis[193]. Les commissions d'éthique[194] ou les autorités de médiation procèdent de la sorte[195]:

---

183 Voir par exemple la mise en garde *(«Ermahnung»)* et l'admonestation *(«Belehrung»)* prévues à l'art. 67 al. 2 de la loi sur le service civil à la place d'une mesure disciplinaire (RS 824.0).

184 Par exemple la pratique de la police lausannoise consistant à tolérer l'ancien disque de stationnement durant le premier mois d'entrée en vigueur de la nouvelle règle en glissant un nouveau disque sous l'essuie-glace des contrevenants à la place de sanctionner (*24 Heures*, Edition du 8 janvier 2003, p. 25).

185 *Le Petit Robert*, Paris 1986.

186 Par exemple la tâche incombant à la Commission d'experts pour la sécurité biologique de conseiller le Conseil fédéral ainsi que les autorités (art. 29e al. 1er LPE).

187 RS 814.01.

188 RS 814.20.

189 RS 730.0.

190 RS 451.

191 RS 923.0.

192 Voir Müller-Graf 2001, p. 149 s, pour d'autres exemples.

193 Moor 2002, ch. 2.2.5.4, let. b, p. 246.

194 Moor 2000. Pour des exemples en droit suisse, voir Wyss 2001, 3e partie, nº 25 ss.

195 Voir ci-dessous section IV.4.4.

L'avant-projet de loi fédérale sur le Bureau fédéral de médiation prévoit que le médiateur fédéral *«émet des avis et des recommandations, mais n'a pas la compétence de rendre des décisions ni de donner des instructions»* (art. 8 al. 1er let. a de la loi fédérale sur le Bureau fédéral de médiation [avant-projet du 4 juillet 2003][196]).
L'organe de médiation en matière de programmes de radio et de télévision, servant de médiateur entre le diffuseur et l'auteur de la réclamation, peut *«adresser des recommandations au diffuseur»* (art. 61 al. 1er let. c LRTV[197]) et donne son *«avis»* à la suite d'une réclamation (art. 61 al. 3 en relation avec l'art. 62 al. 1er LRTV).

53. Les avis appartiennent également aux figures classiques du droit international public[198].

54. Les avis n'ont pas de conséquences juridiques directes, car ils ne constituent pas des décisions. S'ils ne lient pas juridiquement leurs destinataires, leur influence de fait, morale ou politique, est en pratique importante[199]. Lorsque la consultation d'une autorité compétente pour préaviser est obligatoire, il en découle des conséquences juridiques indirectes[200]: la décision de l'autorité n'ayant pas demandé le préavis sera invalide[201]. Plus généralement, le contenu de l'avis pourra être contesté dans un recours dirigé contre la décision préavisée[202]. La doctrine juge par ailleurs souhaitable d'instaurer des garanties de procédure (droit d'être entendu de l'intéressé notamment)[203]. En revanche, l'avis ne pourra en principe pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel concret si l'acte à préaviser n'est pas soumis à recours, par exemple si la loi prévoit qu'un préavis doit être donné à une autorité disposant d'un pouvoir de recommandation. C'est l'exemple du Préposé fédéral à la protection des données obligé de prendre l'avis de l'unité de stratégie informatique de la Confédération avant de recommander des mesures techniques en matière de traitement automatisé des données (art. 20 al. 3 OLPD[204]). L'ordre

196 FF 2 003 5540.

197 RS 784.40.

198 Voir ci-dessous section II.6.3.

199 Moor 2000, p. 43 (pour les commissions d'éthique). Sur l'influence de fait, voir ci-dessous section III.3.3.1.

200 Voir ci-dessous section III.3.2.4.

201 ATF 115 Ib 472, 489; 114 Ib 268, 271. Voir cependant l'hypothèse particulière des demandes de première instance dans les procédures de droit fédéral de l'économie: si une autorité invitée à donner un avis laisse passer le délai fixé, l'autorité responsable doit décider même sans cet avis, pour autant que les faits lui semblent suffisamment clairs et dans la mesure où l'approbation de l'autre autorité n'est pas requise par la loi (art. 4 al. 2 de l'ordonnance sur les délais d'ordre impartis pour le traitement des demandes de première instance dans les procédures de droit fédéral de l'économie [RS 172.010.14] – voir l'al. 3 pour les avis donnés par les particuliers.

202 Voir ci-dessous section IV.4.3.2.2.

203 Wagner Pfeifer 1997 I, p. 442; Moor 2002, ch. 2.2.5.4 let. b, p. 247; Kölz/Häner 1998, nº 282. Voir également ci-dessous section IV.3.3.3.3.

204 RS 235.11.

juridique peut conférer d'autres effets juridiques indirects. L'autorité peut ainsi être contrainte de motiver sa position[205] si elle s'écarte du préavis[206], de même que le juge[207].

55. L'avis peut même être *obligatoire sur certains de ses aspects* (motifs économiques en matière d'autorisation de police des étrangers, art. 43 al. 4 OLE[208]) ou par apport à son auteur – que nous pourrions qualifier de «force de chose conseillée» – dans l'exemple des *«avis liants»* prévus dans les procédures d'étude d'impact environnemental: dès l'instant où l'autorité compétente pour délivrer une autorisation a communiqué son avis à l'autorité cantonale, elle doit s'y tenir sauf si des éléments nouveaux surviennent (art. 21 al. 3 OEIE[209]).

56. L'avis peut être donné dans le contexte d'un projet *d'acte normatif*. Il peut l'être volontairement, comme dans l'exemple des prises de position cantonales dans les procédures de consultation fédérales (art. 147 Cst.), mais la loi peut obliger une autorité à donner son avis, à l'instar de la Commission de la concurrence qui, dans la procédure de consultation, doit se déterminer sur les projets d'actes normatifs de la Confédération qui limitent ou influencent de quelque manière la concurrence (art. 46 al. 2 LCart[210]). Contrairement à l'avis à donner dans le cadre d'une décision, la sanction de l'absence de consultation dans une procédure normative n'aura que des répercussions de nature politique.

57. La loi ou la jurisprudence peuvent statuer sur la *publicité* des avis: autorisation de diffuser les avis de la Commission fédérale des étrangers (art. 8 de l'ordonnance sur l'intégration des étrangers[211]); interdiction jurisprudentielle, critiquée à juste titre[212], de consulter des préavis donnés dans le contexte d'une décision[213].

58. L'ordre juridique peut prévoir une *procédure non juridictionnelle* de contrôle des avis. Dans les procédures complexes centralisées en matière de construction, un tel mécanisme est prévu dans l'hypothèse où les autorités émettent des avis contradictoires ou si l'autorité de décision est en désaccord avec les avis exprimés. Dans ce cas, l'autorité de décision doit organiser dans

---

205 Sur cet effet, voir ci-dessous section III.3.3.2.5.

206 ATF 125 II 591, 604.

207 ATF 125 V 351; *DEP* 2000, 691, 695. Moor 2002, ch. 2.2.5.4 let. b, p. 247 s.

208 RS 823.21. Moor 2002, ch. 2.2.5.4 let. b, p. 248.

209 RS 814.011.

210 RS 251. Voir aussi l'al. 1er qui demande à son secrétariat d'examiner les projets d'actes normatifs de la Confédération en matière de droit économique. Sur la compétence générale, voir art. 18 al. 3 LCart.

211 RS 142.205.

212 Moor 2002, ch. 2.2.5.4 let. b, p. 247.

213 ATF 113 Ia 286, 288; *JAAC* 1998, n° 65, p. 604.

un certain délai un *«entretien»* avec les autorités concernées en vue d'éliminer les divergences. Si l'entretien débouche sur un accord, l'autorité est liée par le résultat. En revanche si aucun accord n'est trouvé, l'autorité statue (art. 62b al. 1er à 3 LOGA[214]).

3.2.2.6. Les conclusions de rapports administratifs

59. Les rapports administratifs peuvent être assortis de recommandations. Tel est, par exemple, le cas du rapport d'étude sur le virus de l'immunodéficience humaine dont la rédaction échoit aux autorités fédérales (art. 8 al. 2 let. e de l'ordonnance sur les études VIH[215]) ou du rapport intermédiaire en matière d'accidents de transport public qui doit être *«assorti de recommandations»* afin de prévenir des accidents (art. 24 de l'ordonnance sur les enquêtes en cas d'accident des transports publics [OEATP][216]); le service d'enquête pouvant si nécessaire adresser ultérieurement à l'office des recommandations en matière de sécurité (art. 25 al. 5 OEATP). Les rapports d'évaluation législative (art. 170 Cst.[217]) contiennent en règle générale également des recommandations. La loi peut prévoir expressément une telle obligation à l'instar des évaluations des expériences d'intégration professionnelle sur la base desquelles des mesures concrètes devront être recommandées (art. 59a let. c LACI[218]) ou de l'évaluation du concordat sur les entreprises de sécurité[219] (art. 28 al. 2).

60. De manière générale, les rapports ne peuvent pas être qualifiés d'acte juridique ou d'acte non obligatoire[220]. La loi tranche parfois la question: ni le rapport d'enquête final relatif à un accident d'aviation dressé par le Bureau d'enquête sur les accidents d'aviation, ni celui relatif aux accidents des transports publics ne constituent des décisions en droit suisse et ne peuvent donc faire l'objet d'un recours (art. 26a al. 1er de la loi fédérale sur l'aviation [LA[221]] et art. 25 al. 4 OEATP[222]). La loi peut cependant instituer un *mode non juridictionnel* de contrôle de rapports administratifs particuliers. Le rapport d'enquête du bureau d'enquête sur les accidents d'aviation peut, sur de-

---

214 RS 172.010.
215 RS 818.116.
216 RS 742.161.
217 Voir également les art. 27, 44 al. 1er let. e et f et 54 al. 4 de la loi sur le Parlement (LPar) (FF 2002 7577) et art. 10 du projet d'ordonnance de l'Assemblée fédérale portant application de la loi sur le Parlement et relative à l'administration du Parlement (OLPA) (FF 2003 4583).
218 RS 837.0.
219 RS 935.81.
220 Grisel 1984, p. 405.
221 RS 748.0.
222 RS 742.161.

mande dans un délai de trente jours, être *«examiné par la commission* [fédérale sur les accidents d'aviation] *afin qu'elle détermine s'il est complet et concluant»* (art. 26 al. 2 LA).

61. La loi peut également prévoir la *publication* de tels rapports (par exemple art. 36 OEATP).

3.2.2.7. Les informations et les renseignements à visée incitatrice

62. Sous la dénomination «information» ou «renseignement» se cachent des actes parfois susceptibles de contenir des recommandations, véhiculant un «devrait-être» plus ou moins implicite. Relayer l'information selon laquelle la production de gaz à effet de serre contribuerait au réchauffement planétaire est plus que la simple communication d'un fait constaté lorsqu'elle émane de l'Office fédéral de la protection de l'environnement. Elle sera implicitement comprise comme la recommandation de diminuer la production de ces gaz. De telles compétences d'informer ou de renseigner sont dorénavant explicitement prévues par la loi, à la suite de la prise de conscience de leur effectivité.

En matière de protection de l'environnement, l'article 6 LPE[223] exige des autorités qu'elles *«renseignent le public de manière objective sur la protection de l'environnement et sur l'état des nuisances qui y portent atteinte»*. Une obligation analogue est prévue en droit de la protection des eaux (art. 50 al. 1 LEaux)[224], en matière d'économie d'énergie (art. 10 LEne[225]) ainsi qu'en droit de la protection de la nature et du paysage (art. 25a LPN; voir art. 14 LPN concernant les *«relations publiques»*).

Le droit de la santé publique fournit un excellent exemple. La base légale sur laquelle la campagne Stop-Sida se fonde[226] utilise le terme d'*«information»*: l'Office fédéral de la santé publique *«informe, s'il est nécessaire, les autorités, le corps médical et le public par d'autres communications»* (art. 3 de la loi sur les épidémies[227]).

En matière économique, la Confédération dispose de la compétence d'encourager l'information sur la place économique suisse à l'étranger. A cet effet, l'arrêté fédéral concernant la promotion de l'information sur la place économique suisse[228] détaille un certain nombre de règles formelles (coordination et compétences) et matérielles (exigence que les mesures mises en œuvre soient *«adaptées aux exigences et aux besoins de chacun des groupes-cibles auxquels l'information est destinée»*

223 RS 814.01.
224 RS 814.20.
225 RS 730.0.
226 Nützi 1995, p. 161 ss.
227 RS 818.101.
228 RS 951.972.

[art. 2]). Cette information a pour but de recommander aux entreprises étrangères de s'établir en Suisse, objectif précisé dans l'arrêté, puisque celui-ci vise explicitement à *«promouvoir l'implantation de nouvelles entreprises en Suisse»* (art. 1er al. 2).

63. La loi ou la jurisprudence peuvent exiger une obligation d'informer[229]. Cette prescription peut nécessiter une base légale explicite. Le Tribunal fédéral l'a précisé à propos de la réglementation genevoise relative au don d'organes. Le législateur ayant considéré qu'une meilleure information constituait un moyen inadéquat, à lui seul, pour résoudre le problème du manque d'organes, il a substitué le système du consentement présumé au système antérieur du consentement exprès, sans toutefois consacrer explicitement cette politique d'information dans la loi. Le juge constitutionnel fédéral a décelé là une lacune et a enjoint au Conseil d'Etat de prévoir des mesures adéquates dans le règlement d'application[230].

3.2.2.8. Les autres actes de nature recommandationnelle (explications, invitations, vœux, lois-modèles, codes d'éthique, expertises)

64. On ne saurait être exhaustif en dressant la liste des différents types de recommandations. On ajoutera notamment les *explications* (contenant les recommandations du Conseil fédéral et de l'Assemblée fédérale avant les votations[231]), les *invitations*[232] ou les *vœux*[233].

65. La *loi-modèle*, que l'on peut considérer comme une variante de recommandation puisqu'il s'agit de conseiller un modèle à suivre, est une technique propre aux Etats fédéraux permettant à l'Etat central d'opérer une certaine uniformisation du droit dans les domaines où il n'en a pas la compétence[234]. Un groupe de travail formé de représentants de services fédéraux et de délégués des cantons a, par exemple, été chargé par la Conférence des chefs des départements cantonaux de justice et police de rédiger une ordonnance-modèle à propos des chiens dangereux à l'attention de tous les cantons, qui

229 Sur l'obligation d'informer, voir Mahon 1999, p. 259 ss.

230 ATF 123 I 112, 140.

231 Art. 11 LDP [RS 161.1]; art. 100 ss LPArl (RS 171.10) quant aux recommandations de l'Assemblée fédérale relatives à une initiative populaire. En doctrine, voir notamment Besson 2003, Auer 2002; Groupe de travail de la Conférence des services d'information élargie, *L'engagement du Conseil fédéral et de l'administration dans les campagnes précédant les votations fédérales*, Berne, novembre 2001; Mahon 1999, p. 230 ss.

232 Invitation à rétablir la diversité de l'offre cinématographique (art. 5 OCin [RS 443.11]).

233 L'Assemblée générale des professeurs de l'Université de Genève a la compétence d'émettre des vœux sur les sujets qu'elle traite (art. 81A de la loi [genevoise] sur l'université, RSG C 1 30). Autres exemples *in* Flückiger 1996, p. 267 ss.

234 Morand 1999, p. 167.

n'a, semble-t-il, pas abouti[235]. En matière d'économie d'énergie, le département fédéral compétent a transmis aux gouvernements cantonaux, à titre de recommandation, des articles de lois modèles ainsi qu'un modèle de règlement selon une procédure qui n'était *«guère différente de celle en vigueur dans le cadre de la procédure législative»*[236]. On retrouve cette institution au niveau cantonal sous l'appellation de règlement-type par lequel un canton recommande à une commune un modèle de règlement à adopter[237]. En droit international, les *traités-types* remplissent une fonction analogue[238].

66. Hormis les codes de déontologie adoptés par les particuliers pour éviter une réglementation, que nous examinerons plus loin[239], la collectivité publique peut également adopter des *codes d'éthique*, à l'instar du *Code de comportement de l'administration générale de la Confédération* approuvé par le Conseil fédéral le 19 avril 2000[240].

67. Les *expertises* étatiques à l'intention des autorités administratives ou judicaires sont des actes non contraignants, ne formulant pas de règles de droit, mais dont les conclusions contiennent des recommandations revêtant un poids d'autant plus grand que l'autorité ne dispose pas des connaissances spécialisées[241]. Tel est par exemple le cas des expertises établies par la Commission de la concurrence (art. 10 LMI)[242].

3.2.2.9. Les recommandations indirectes (comportement exemplaire, distinction, formation, label, certification, description incitatrice)

68. Les recommandations précédentes visaient toutes des recommandations adressées directement par les autorités à leurs destinataires, et étaient reconnaissables en tant que telles. Indirectement toutefois, on décèle des recommandations plus ou moins manifestes en rapport avec certains actes – matériels proprement dits – tels que le *comportement exemplaire des autori-*

---

235 *Le Temps*, édition du 13 novembre 2000, Genève. Les recommandations du groupe de travail *«Législation en matière de chiens dangereux»* de l'Office vétérinaire fédéral du 21 décembre 2000 mentionnent cependant qu'il faut renoncer à formuler un modèle d'ordonnance *«au vu de la disparité structurelle des législations cantonales»* (chap. A let. b des recommandations).

236 Delley/Mader 1986, p. 24 s, suivi ensuite d'un modèle d'ordonnance puis de loi cantonale (*ibidem* p. 25).

237 Office fédéral de la justice, Guide de législation (1re éd.) 1995, p. 110.

238 Voir ci-dessous section II.6.3 (réf. cit.).

239 Voir ci-dessous section II.3.3.2.3.

240 Schindler 2003, p. 71 ss (reprochant notamment à ce texte non impératif le style quasi normatif adopté pour la rédaction de certains articles ainsi que la reprise de normes légales [p. 73]).

241 Morand 1999, p. 179 ss (sur l'expertise *«à effets normatifs»*).

242 Martenet 2002, *ad* art. 10 LMI, ch. 11, p. 1451.

tés publiques. L'Etat adopte un modèle à suivre, démontrant la faisabilité du nouveau comportement auprès des particuliers, permettant de les y habituer, avec l'espoir de les y entraîner. La publicité donnée à cet acte matériel constitue une véritable recommandation d'adopter la même attitude que l'Etat. Les autorités peuvent ainsi décider de trier les déchets produits, de rénover un bâtiment en leur propriété pour procéder à des économies d'énergie ou de mettre leur politique contractuelle au service de la poursuite d'une politique publique[243], et de le faire savoir. Si dans le premier exemple l'effet recommandationnel auprès de la population est limité, on notera dans les deux derniers un effet incitatif renforcé auprès d'acteurs cibles spécifiques (les métiers du bâtiment dans le premier cas et les contractants en général pour le second). Plus généralement, qu'il s'agisse d'actes obligatoires ou non, le comportement exemplaire est une question de crédibilité dans l'optique d'une mise en œuvre effective des politiques publiques soutenues par l'Etat.

69. La remise de *prix* ou de *distinctions* par les autorités aux citoyens les plus méritants dont on récompense l'attitude à suivre est également une recommandation indirecte d'adopter un comportement déterminé. Le Prix suisse de la mobilité décerné par Suisse Energie (le programme de politique énergétique et climatique du Conseil fédéral) visant à récompenser et encourager chaque année les idées novatrices dans le domaine de la mobilité durable[244] ou la délivrance de prix ou d'autres distinctions dans le domaine cinématographique (art. 7 LCin[245]) afin d'encourager la création dans ce secteur sont deux exemples.

70. La *formation* est un moyen d'influence des comportements individuels dont l'efficacité potentielle est considérable dans une perspective à long terme[246]. Le message enseigné peut avoir valeur de recommandation à l'égard des apprenants. Tel est le cas lorsque la collectivité publique y recourt dans la mise en œuvre de ses politiques publiques, à l'instar de la promotion du tri des déchets dans l'éducation scolaire[247] ou de la formation continue en matière environnementale (art. 49 al. 1er LPE) ou énergétique (art. 11 LEne[248]).

71. Les recommandations indirectes peuvent aussi être le fait des *particuliers*. Elles ne nous intéressent dans le présent rapport qu'en relation avec l'activité de régulation non impérative de l'Etat. On citera l'exemple de l'institution d'un *label* recommandant indirectement le recours aux services de l'entreprise qui en est au bénéfice. Un label peut être adopté pour éviter une

243 Manfrini 1991; Morand 1999, p. 178.
244 http://www.prixpegasus.ch.
245 RS 443.1.
246 Delley 1991, p. 89 ss.
247 Réf. cit. *in* Flückiger 1996, p. 279 s.
248 RS 730.0.

intervention réglementaire. Ainsi, à la suite d'accidents graves lors de la pratique de sports extrêmes tels que le canyoning ou le saut à l'élastique, il a été décidé de ne pas en interdire l'exercice ni d'instaurer une surveillance étatique; les organisations sportives concernées s'étaient engagées à élaborer des standards de sécurité reconnus sur le plan international dont le respect devrait être contrôlé par une instance indépendante chargée d'attribuer un label de sécurité aux entreprises qui respectent les conditions ainsi définies[249]. Le législateur est libre de formaliser une telle mesure: le Conseil fédéral est habilité à édicter des prescriptions sur l'introduction d'un système volontaire de mise en place d'un label écologique (écolabel) (art. 43 a LPE[250]). La *certification privée* est une variante de ce mécanisme qui démontre la conformité de la production ou des services d'une entreprise à un standard déterminé. Tel est le cas du *système de management environnemental* permettant à une entreprise d'examiner et de réduire l'impact de l'ensemble de ses activités sur l'environnement[251]. L'entreprise recommande par là indirectement le recours à ses services, dans le sens des buts de la politique publique en matière environnementale. A nouveau, le législateur est libre de formaliser cette question: il l'a fait à l'article 43 a LPE.

72. Enfin, il reste à mentionner le cas des *descriptions incitatrices*. Plus subtilement, les recommandations peuvent prendre la forme d'énoncés descriptifs. Les travaux récents en linguistique, plus particulièrement en théorie des actes de langage, nous apprennent qu'il n'existe aucun énoncé purement descriptif, car il n'existe en principe pas de situation où il serait possible de s'exprimer sans produire un effet non exprimé explicitement[252]. Tous les énoncés seraient ainsi «performatifs», en ce sens que le simple fait d'énoncer véhicule toujours quelque chose que les mots ne relatent pas expressément[253]. Cela signifie plus concrètement qu'une recommandation peut être rédigée indirectement sous l'apparence d'une description, à l'instar du constat scientifique des effets de la fumée sur l'organisme humain selon lequel «fumer tue». Lorsque cette information est diffusée dans un contexte particulier (sur un paquet de cigarette ou dans une campagne de prévention étatique par exemple), il est spontanément lu comme une recommandation de ne pas fumer.

---

249 *Neue Zürcher Zeitung*, édition du 27 juillet 2000, p. 11.

250 RS 814.01.

251 Subilia-Rouge 2000.

252 Béchillon 1997, p. 182.

253 Béchillon 1997, p. 183.

3.2.3. Les informations simples

3.2.3.1. Introduction

73. Les informations simples n'ont pas de dessein normatif, contrairement aux informations incitatrices. Elles s'en distinguent en ce sens qu'elles ne proposent pas un comportement désirable à suivre mais répondent à un besoin d'être tenu au courant sur un sujet particulier. Le comportement des destinataires de telles informations peut bien sûr être modifié lors de leur prise de connaissance, mais telle n'est pas la finalité première visée par leur émetteur[254]. L'étudiant qui cherche à s'informer sur le nouveau baccalauréat académique dans le cadre des nouveaux cursus académiques recevra une réponse de l'administration universitaire qui, sans conteste, l'influencera dans le choix de ses futures études. Une telle information ne poursuit cependant aucunement une finalité analogue à celle des campagnes d'information destinées à lutter contre la mortalité routière.

3.2.3.2. Le renseignement

74. Le renseignement fourni par l'administration n'est pas une décision et ne peut ainsi pas être soumis au contrôle juridictionnel direct[255]. Le principe de la bonne foi est cependant susceptible de s'appliquer et de lier l'administration si celle-ci, dans une décision ultérieure, statue contrairement au renseignement auquel l'administré s'est fié[256]; le renseignement fera ici l'objet d'un contrôle concret. Si le renseignement n'est pas suivi d'une décision, mais que son inexactitude est de nature à causer un dommage, la voie de l'action en responsabilité est ouverte[257]. Dans certains cas, le législateur peut ouvrir un contrôle juridictionnel direct contre le refus de renseigner, lorsque l'administration conteste indûment le droit d'être renseigné sur ses propres données personnelles par exemple (art. 8 LPD[258]) ou, selon le projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration, lorsque le droit de toute per-

254 Tschannen 1999, p. 367.

255 *DEP* 2001, 478, 489, TA ZH; Moor 2002, ch. 2.1.2.1 p. 156; Eisenring 1999/2000.

256 ATF 126 II 514, 519; Moor 2002, ch. 2.1.2.2, let. b, p. 163; Müller-Graf 2001, p. 185 ss; Plattner-Steinmann 1990, p. 211.

257 Sur le faux renseignement et la responsabilité de l'Etat, voir Gross 1995, p. 254 s; Schön 1979, p. 143 ss.

258 RS 235.1.

sonne d'obtenir des renseignements sur le contenu de documents officiels de la part des autorités (art. 6 al. 1er LTrans [projet][259]) est dénié[260].

3.2.3.3. L'information officielle

75. Le Conseil fédéral doit, en vertu de la Constitution, renseigner le public sur son activité *«en temps utile et de manière détaillée»* (art. 180 al. 2 Cst.). L'article 10 LOGA[261] concrétise cette obligation en contraignant le Conseil fédéral à informer de manière active l'Assemblée fédérale, les cantons ainsi que le public (voir également les art. 10a, 11, 34, 40 et 54 LOGA)[262]. Cette compétence, générale, vise cependant tant les informations simples que les informations incitatrices[263].

76. Contrairement à l'information sur demande telle qu'elle découle du droit d'accès aux documents officiels[264], l'information étatique d'office demeure un acte non obligatoire. L'information sur demande devient dans ce nouveau contexte un droit subjectif invocable devant les tribunaux[265].

3.2.4. Le cas des projets de lois ou de traités

77. Les projets de loi ou les traités internationaux ne sont pas des actes juridiquement obligatoires. Ils peuvent cependant, selon les circonstances[266], avoir une réelle influence[267] et être utilisés par les autorités pour aider à interpréter des règles existantes[268], en particulier pour combler des lacunes[269], pour justifier une base légale discutée[270] ou pour anticiper la mise en œuvre

---

259 FF 2 003 1888.

260 Le message du Conseil fédéral rappelle que les renseignements devant être délivrés doivent reposer sur une base documentaire ou, pour le moins, être en rapport avec un document. Il donne l'exemple de la demande de renseignement portant sur la date prévue de mise en consultation d'un projet mentionné dans un calendrier de travail (FF 2 003 1827).

261 RS 172.010.

262 Sur l'information en matière de droits politiques, voir Mahon 1999, p. 230 ss.

263 Sur ce thème en général, voir Mahon 1999.

264 Voir ci-dessus ch. 39.

265 Voir ci-dessus ch. 39.

266 En droit international public, les traités non encore ratifiés sont susceptibles de déployer certains effets juridiques (voir Nguyen 2002, p. 135 s; initiative parlementaire Spoerry, 3 octobre 2002, 02.456).

267 Sur les effets des conventions non ratifiées en droit international du travail, voir Maupain 2000, p. 373 ss. En droit pénal, TF, 22 janvier 2002, 6S.317/2001. En droit environnemental, voir DEP 2001, 72.

268 Forstmoser 2003, § 16 ch. 91 ss, p. 423 ss; Moor 1994, ch. 2.5.4, p. 181. Voir ci-dessous section III.3.3.2.6.

269 ATF 118 II 459, 466; 110 II 293, 296; Décision B98 001 de l'OFEFP du 16 avril 1999 (FF 1999 3039) entrée en force (*DEP* 1999 746).

270 ATF 123 IV 29, 38.

de la loi en projet (dans le cas d'un législateur cantonal qui intègre de manière «préventive» les principes d'un projet de texte législatif fédéral[271]). Contrairement aux recommandations, mais comme pour les informations simples, les projets de loi ne poursuivent pas en eux-mêmes de dessein normatif. Les exemples précédents montrent que, à défaut de déployer des effets juridiques directs, les projets de loi peuvent avoir une certaine pertinence juridique.

78. Ce phénomène ne doit pas être confondu avec l'«effet anticipé» des projets de norme en droit de l'aménagement du territoire, effet mal nommé, car il s'agit plus précisément de mesures provisionnelles édictées en prévision d'un changement de régime d'affectation[272].

3.3 Les actes non obligatoires de déclaration concertés

3.3.1. Définition

79. Les actes que nous avons décrits jusqu'alors ont pour caractéristique d'être unilatéraux. Une seconde catégorie existe au sein des actes non obligatoires de déclaration[273]: les actes concertés, que l'on peut qualifier plus simplement *d'arrangements non obligatoires*. Ce sont des conventions dénuées de force contraignante portant sur un échange de prestations entre l'administration et des administrés[274]. Ils ont pour caractéristique d'opérer la synthèse des deux grandes tendances du droit public contemporain: coopération et défaut d'impérativité. Ils ne doivent pas être confondus avec le contrat de droit administratif que la composante obligatoire éloigne de la définition. Certaines de leurs figures contribuent à l'autorégulation de domaines d'activités, présentant un volet du phénomène plus général de la dérégulation. Le droit international public connaît de nombreux exemples d'actes concertés non conventionnels[275].

3.3.2. La classification

80. Ces actes sont variés. Diverses classifications ont été proposées en doctrine[276]: vertical *vs* horizontal en fonction de la constellation d'acteurs, géné-

---

271 Effet que nous avons qualifié d'«effet anticipé de la force dérogatoire du droit fédéral en formation» (Flückiger 1996, p. 211 s).

272 Moor 1994, ch. 2.5.4, p. 182.

273 Notons que Pfenninger refuse d'inclure les arrangements dans la catégorie même des actes matériels, au motif des différences en matière de protection juridique et de leur caractère bilatéral (Pfenninger 1996, p. 14 s et 143). Ce qui est contestable, dans la mesure où le contrôle juridictionnel des actes matériels n'est lui-même pas homogène (voir ci-dessous section IV.4). Le caractère bilatéral se reflète pour sa part dans l'adjectif «concerté» que nous proposons de rajouter.

274 Kautz 2002, p. 43 ss; Bohne 1981, p. 129.

275 Voir ci-dessous section II.6.3.

276 Kautz 2002, p. 51 ss; Hösli 2002 p. 34 ss; Müller-Graf 2001, p. 120 ss; Moor 2002, ch. 1.1.4.2 let. d, p. 54.

raux et abstraits *vs* individuels et concrets s'ils sont de nature quasi réglementaire ou s'ils concernent un projet précis, avec ou sans effets externes selon qu'ils ont des effets ou non sur les tiers non parties, etc. A l'instar de la classification des actes matériels, on retiendra la distinction dont les conséquences juridiques sont les plus pertinentes, celle de son rapport fonctionnel avec l'acte juridique (norme, décision, contrat, plan).

3.3.2.1. Les arrangements visant à préparer un acte juridique

81. Un arrangement peut être conclu avant l'adoption d'un acte juridique en vue de préparer celui-ci. Il peut être négocié soit durant la procédure formelle d'adoption, soit préalablement[277], la phase procédurale non contentieuse étant particulièrement propice à ce type de négociation[278]. Il peut s'agir de discussions informelles ouvrant la porte à des négociations préalables s'achevant par des concessions réciproques qui ne lient les parties qu'imparfaitement, sous la forme par exemple de déclarations d'intention inscrites dans les procès-verbaux ou des notes internes[279]. Contresignés, de tels documents ne lient pas juridiquement les parties, mais celles-ci reconnaissent simplement la conformité de leur contenu[280]. Ces arrangements revêtent parfois des formes plus originales, telles que la présentation par l'administration d'un projet de décision au destinataire avec prière à ce dernier d'adresser d'éventuelles remarques au cas où le projet ne conviendrait pas et, dans le cas contraire, d'exprimer son accord en communiquant son intention de ne pas recourir[281]. Les arrangements prennent également une forme plus institutionnalisée à l'instar des chartes (terme regroupant des textes divers dont la caractéristique commune est d'être non obligatoire et partenarial)[282], par exemple une charte de la concertation visant à mieux cadrer les activités de discussion et de négociation entre les différents partenaires impliqués dans les procédures de construction[283].
82. Si cette façon de procéder présente l'avantage d'accélérer le déroulement de la procédure[284], elle contient le risque de ne pas prendre en compte les différents intérêts en présence, voire de prendre certaines libertés avec les principes de l'Etat de droit, notamment la légalité ou l'égalité. De tels arrangements

---

277 Pfenninger 1996, p. 26 ss; Braun 1998, p. 129 ss; Müller-Graf 2001, p. 126 s; Kautz 2002, p. 57 s; Hösli 2002, p. 32 ss.
278 Guy-Ecabert 2002, p. 210 s.
279 Brunner 2002, *ad* 41 a LPE, n° 28.
280 Brunner 2002, *ad* 41 a LPE, n° 28.
281 Kautz 2002, p. 62.
282 Pour un aperçu de cette diversité, voir Koubi 1998.
283 Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 230 ss.
284 Müller-Graf 2001, p. 130 s.

n'étant pas obligatoires, les parties – qu'il s'agisse de l'Etat ou des particuliers – ont le droit d'exiger en tout temps l'ouverture de la procédure formelle, contrairement à leurs engagements informels préalables, ou de demander le respect des règles applicables à la procédure en cours[285]; le défaut d'obligatorité offrant ainsi une protection juridique «naturelle» aux destinataires directs[286]. La question des tiers n'est toutefois pas résolue, lorsque l'arrangement n'est pas connu. D'autres modes d'examen doivent entrer en compte[287].

83. Dans le cas des *décisions*, l'exercice du droit d'être entendu, les procédures d'opposition ou de planification offrent souvent le cadre formel dans lequel de tels arrangements peuvent être conclus[288]. Dans l'exemple des *processus législatifs*, la procédure de consultation offre un espace à divers arrangements informels, attisé par la menace référendaire[289]. Les nouveaux espaces délibératifs (groupes ou comités d'accompagnement, cellules de planification)[290] peuvent aussi susciter de tels accords.

84. Les arrangements non obligatoires peuvent être également conclus entre *collectivités publiques* seulement. Les cantons doivent se *«mettre d'accord»* au sujet de la planification de la gestion des déchets; la Confédération pouvant proposer une *«médiation»* le cas échéant (art. 31 a LPE). Les cantons peuvent dans ce cadre conclure des accords informels[291]. En ce qui concerne la collaboration entre autorités visant les activités ayant un impact territorial, les cantons peuvent demander l'application d'une procédure de conciliation (art. 7 al. 2 et 12 LAT). Cette procédure n'a pas la fonction d'un moyen de droit[292]. Elle ne déploie selon le Département fédéral de justice et police que *«peu d'effets juridiques»*[293].

---

285 Müller-Graf 2001, p. 130 s.

286 Pfenninger 1996, p. 161 s; Brunner 2002, *ad* 41 a LPE n° 29. Voir ci-dessous section IV.4.3.2.3.

287 Voir ci-dessous section IV.4.4.

288 Richli 1991, p. 386. En matière de planification, voir Jomini 2002 (sur le plan d'affectation comme cadre pour les processus consensuels de résolution des conflits).

289 Pfenninger 1996, p. 27; Richli 1991, p. 387. Une étude de cas est donnée par Müller-Graf 2001, p. 127 s (préparation de la nouvelle loi sur l'Université dans le canton de Berne).

290 Guy-Ecabert, 2002, p. 244 ss.

291 *«Den Kantonen stehen die üblichen Rechtsformen der interkantonalen Zusammenarbeit zur Verfügung (z. B. Verständigung mittels informeller Absprachen auf Verwaltungs- oder Regierungsebene)»* (Tschannen 2002, *ad* 31 a LPE, n° 13). En matière de protection des sites marécageux, voir l'étude de cas de Martin Benninghoff citée par Moor 2002, ch. 1.1.4.2, let. d, p. 55, note 168.

292 Département fédéral de justice et police/Office fédéral de l'aménagement du territoire, *La procédure de conciliation selon les articles 7 alinéa 2 et 12 LAT: notice explicative*, Berne, 1998, ch. 1.2.

293 Département fédéral de justice et police/Office fédéral de l'aménagement du territoire, *La procédure de conciliation selon les articles 7 alinéa 2 et 12 LAT: notice explicative*, Berne, 1998, ch. 6.

85. On ne saurait toutefois prétendre que de tels accords *génèrent* des actes normatifs *(«Normerzeugende Absprache»)* comme l'affirme Hanspeter Pfenninger[294]. Les règles de droit ne sont pas à proprement parler directement produites par ces arrangements non obligatoires. Ces derniers peuvent tout au plus favoriser leur adoption. Seule la procédure formelle dans laquelle ces actes s'insèrent est légitimée à les générer.

86. Il n'est en pratique pas toujours aisé de déterminer si l'accord conclu est juridiquement contraignant ou s'il est uniquement de nature politique. Les négociations précédant les autorisations de manifester aboutissent parfois à des arrangements liant de fait les parties[295]. Les accords conclus entre les altermondialistes et le canton de Vaud ainsi que celui de Genève lors de la réunion du G8 à Evian sont l'exemple de ce type d'arrangements[296].

87. Les activités de *médiation* sont également propices à la négociation d'accords amiables. Les transactions auxquelles elles aboutissent seraient cependant obligatoires selon une partie de la doctrine[297]. On classera ces arrangements parmi les actes destinés à préparer l'adoption d'un acte juridique[298]. On renoncera ici à dresser la liste de tous les exemples[299]. Cependant, lorsque la médiation est une phase préjuridictionnelle obligatoire, ce mode de résolution des litiges est une véritable alternative à l'acte juridique qui suit[300] et les arrangements négociés de la sorte ne visent plus à préparer un acte juridique mais bien à l'éviter. Dans ce cas de figure, on serait cependant, selon la doc-

---

294 Pfenninger 1996, p. 27 s, critiqué sur ce point par Müller-Graf 2001, p. 106.

295 Pfenninger 1996, p. 26 note 129.

296 Protocole d'accord du 23 mai 2003 entre le comité vaudois anti-G8 et les représentants de l'Etat pour les manifestations du 29 et 31 mai, 1er juin 2003; Mémorandum d'accord du 23 mai 2003 entre le Conseil d'Etat de la République et Canton de Genève et la Police genevoise et le Forum social lémanique.

297 Guy-Ecabert 2002, p. 274 ss (contrat de droit administratif en principe: p. 275). Pour Knoepfel/Pestalozzi, le résultat des processus de négociation demeurerait, de par sa nature, une simple décision et ne formerait pas un contrat (Knoepfel/Pestalozzi 2002, ch. 3.4, p. 74). Pour Pierre Moor, les solutions négociées ne forment pas nécessairement des contrats (Moor/Ruch 1999, ch. 144). Sur la contractualisation en matière de constructions, voir Ruch 1997, p. 115 ss et 184 ss.

298 Pour Christine Guy-Ecabert, la médiation ne devrait pas être considérée comme une alternative à la voie juridictionnelle, c'est-à-dire comme une *«voie de dérivation dans le processus de décision»* (Guy-Ecabert 2002, p. 202 ss).

299 Sur l'institution de l'ombudsman dans les cantons et la Confédération ainsi que les autres modèles de règlement complémentaires des conflits administratifs, voir Guy-Ecabert 2002, p. 88 ss; Pfisterer 2002. En droit communautaire, voir par exemple Gjerloeff Bonnor 2000.

300 Tel est le cas de la médiation prévue par l'art. 13 du projet de loi sur la transparence qui constitue une phase prédécisionnelle obligatoire et qui aboutit à un «accord informel» entre les deux parties, dans la mesure où la loi ne prévoit pas de «forme juridique spéciale» pour la médiation (FF 2 003 1865).

trine, dans des processus tenant davantage de la *conciliation* que de la médiation[301].

88. Les termes des arrangements peuvent être repris dans la décision à titre de *conditions accessoires*, opérant une sorte de fusion entre les deux, et acquérir par ce biais la force obligatoire de la chose décidée[302]. La force obligatoire ne découle pas dans ce cas de l'échange réciproque et concordant des volontés des parties, mais de la décision formellement unilatérale de l'Etat[303]. Par exemple, les résultats des négociations entre les organisations de protection de l'environnement et les promoteurs visant des projets de construction controversés qui peuvent être intégrés dans la décision finale à titre de conditions accessoires et acquérir leur impérativité dans ce nouveau cadre[304], ou la volonté de la Commission fédérale de la communication de mettre en œuvre les recommandations d'un groupe de travail relatives à la construction d'antenne de téléphonie mobile par le biais de charges à intégrer dans les concessions[305]. Le droit de la concurrence offre d'autres exemples. Les entreprises concernées par une enquête approfondie peuvent conclure des accords informels sur des mesures qui figureront dans la décision finale de l'autorité. Tel a été le cas de la procédure concernant la concentration UBS au cours de laquelle les deux banques participantes ont proposé certains désinvestissements ainsi que d'autres mesures qui ont été acceptées et transformées en charges par la commission de la concurrence[306]. Ce procédé présente l'avantage de *garantir l'exécution de l'accord*. Afin de forcer l'Etat à inclure les résultats de la négociation dans la décision finale, les protagonistes peuvent être tentés de déposer une opposition à cette seule fin (objection de garantie)[307]. Lorsque la décision, ou le plan obligatoire, reprennent les termes de l'accord, la discussion sur la nature juridique de celui-ci perd de son acuité. Les tiers exclus de la négociation ou les participants n'ayant pas adhéré au résultat obtenu pourront toujours provoquer un contrôle juridictionnel de la décision, même s'il s'agit de solutions négociées[308]. Pour une partie de la doctrine cependant, les participants, parties à l'accord, verraient leurs droits de recours limités aux vices du consentement et à la violation des règles procédurales[309]. Cette

301 Guy-Ecabert 2002, p. 201 s.

302 Moor/Ruch 1999, ch. 144.

303 Voir ci-dessous section III.3.1 *i.f.*

304 Jomini 2002, p. 140 s; Knoepfel/Pestalozzi 2002, p. 19 et 74. Sur les procédés contractuels en matière d'aménagement du territoire et des constructions, voir Ruch 1997, p. 115 ss et 184 ss et Moor/Ruch 1999, ch. 144.

305 Tribunal fédéral, arrêt du 24 octobre 2001, 1A.62/2001, consid. 6b/cc.

306 Bovet 2000.

307 Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 141, ch. 545.

308 Jomini 2002, p. 146.

309 Guy-Ecabert 2002, p. 279 s.

opinion n'est défendable que si l'on admet la nature obligatoire de tels arrangements. Or, les exemples précédents montrent que la question de la nature juridique ne saurait être tranchée de manière générale. Une analyse au cas par pas est nécessaire. La loi peut ainsi statuer parfois clairement sur les effets juridiques de tels arrangements: lorsque l'entretien, organisé pour éliminer les divergences entre autorités dans le cadre de procédures complexes de constructions, débouche sur un accord, l'autorité unique est liée par le résultat qui s'en est dégagé (art. 62b al. 2 LOGA[310]).

3.3.2.2. Les arrangements visant à l'exécution du droit

89. Au lieu de préparer un acte juridique, les accords informels peuvent porter sur l'exécution du droit. Dans le domaine écologique, on peut évoquer les arrangements relatifs aux audits environnementaux, négociés entre l'Etat et une entreprise, par lesquels l'Etat s'engage à diminuer les vérifications et rendre les contrôles plus efficaces en échange de l'engagement de l'entreprise à disposer d'un système de management environnemental et d'audit certifié (art. 43a al. 1er let. b LPE)[311]. La question de la nature juridique de tels accords n'est pourtant pas définitivement résolue. Ceux-ci ne sauraient certainement lier totalement l'Etat dans la mesure où la collectivité publique doit conserver en tout temps la compétence d'opérer des contrôles inopinés. Toutefois, la réponse est susceptible d'évoluer en fonction de la formalisation progressive de tels arrangements dans l'ordre juridique[312]. La situation est en revanche plus claire lorsque les autorités ont délégué à des particuliers l'accomplissement de diverses tâches d'exécution en matière de contrôle et de surveillance (art. 43 LPE). La délégation fait alors l'objet d'un rapport contractuel, supprimant ainsi l'informalité.

3.3.2.3. Les arrangements visant à éviter un acte réglementaire

90. La prestation étatique déterminante des arrangements visant à éviter un acte réglementaire est l'engagement de l'Etat à renoncer à adopter un acte réglementaire à condition que les particuliers promettent de fournir une prestation dont le contenu est de nature à éviter d'adopter cet acte juridique, formant un substitut, plus favorable pour les particuliers, à une réglementation

---

310 RS 172.010.

311 Il existe quelques expériences pilotes en cours dans certains cantons (Subilia-Rouge 2000, p. 225 s).

312 Voir l'art. 5 al. 4 du décret du 27 octobre 1998 sur la protection de l'environnement du canton d'Argovie (cité *in* Subilia-Rouge 2000, p. 224).

formelle[313]. Le but recherché consiste essentiellement à éviter une mesure étatique trop contraignante. L'incitation à la conclusion de tels arrangements réside dans cette dernière menace qui peut revêtir différents degrés de dissuasion, allant d'une contrainte purement politique à une menace plus formalisée[314].

91. Les codes de déontologie (ou codes de bonne conduite ou codes d'éthique[315]), dont certaines professions se dotent (avocats[316], médecins[317], journalistes[318], organisations économiques[319], etc.), ont été les précurseurs de ce genre d'accords, car ils ont pour but d'éviter que l'autorité adopte elle-même les dispositions relatives à la surveillance de la profession[320]. L'autorité peut ainsi se limiter à contrôler l'application de ces règles de bonne conduite. Dans ces exemples, contrairement aux liens entre les acteurs eux-mêmes, l'arrangement entre l'Etat et les particuliers est généralement très lâche et informel. Il revêt une nature essentiellement politique. La tendance actuelle consiste à rendre cette relation plus juridique par le biais de lois-cadres et d'autres procédés que nous examinerons ci-dessous. On parle dans ce cas d'autorégulation dirigée[321] ou de co-régulation[322].

---

313 Kautz 2002, p. 31 ss; Hösli 2002, p. 28 ss; Köpp 2001; Moor 2002, ch. 1.1.4.2, p. 54; Müller-Graf 2001, p. 128 ss; Brunner 2002, *ad* 41 a nº 28 et 29 et 62; Braun 1998, p. 125 ss; Pfenninger 1986, p. 24 s; Richli 1991. Sur l'approche politologique de la renonciation de la collectivité publique à faire usage de ses prérogatives de puissance publique, voir Knoepfel 1998, p. 125 ss.

314 Sur les différents types de menace possibles, voir Köpp, 2001, p. 75 et 122 ss. Pour un aperçu en droit comparé, voir *ibid.*, p. 51 ss. Poltier 1987, p. 387.

315 Schindler 2003, p. 61 ss.

316 Lignes directrices de la Fédération Suisse des Avocats relatives aux règles professionnelles et déontologiques du 1er octobre 2002.

317 Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses du 12 décembre 1996.

318 Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste, adopté par le Conseil de fondation de la Fondation Conseil suisse de la presse le 21 décembre 1999; Widmer 2003; Weber 2002 [PJA]; Barrelet 1998, p. 563 ss.

319 Par exemple le *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* adopté le 25 mars 2002 par l'organisation faîtière economiesuisse fixant une ligne de conduite et formulant des recommandations (Forstmoser 2002, p. 45 ss et 63 s).

320 Par exemple, les nouvelles règles de *soft law* adoptée en matière de gouvernance d'entreprise (notamment le *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* d'economiesuisse) présentent pour Peter Forstmoser (Forstmoser 2002, p. 67) l'avantage d'empêcher désormais l'adoption de «législations inconsidérées élaborées à la va-vite» *(«unüberlegte gesetzgeberische Schnellschüsse zu verhindern»)*.

321 Morand 1999, p. 140; Weber 2002 [PJA], p. 318 ss *(«regulierte Selbstregulierung»)*; Marti 2002, p. 1157 ss *(«staatlich gesteuerte Selbstregulierung»)*; Langhart 1993, p. 111 *(«gesteuerte Selbstregulierung»)*; Schulz/Held 2002 *(«regulierte Selbstregulierung»)* qui discutent également de la terminologie anglaise *(«enforced self-regulation», «enforced voluntary regulation», «audited self-regulation»)* (p. A-4).

322 Voir ci-dessous ch. 102.

92. Précisons que de tels codes peuvent également être adoptés non pour éviter une réglementation, mais simplement parce que réglementer le domaine s'avère inopportun, impossible ou très difficile. La régulation de l'Internet est un bon exemple en raison de la difficulté pratique à contrôler le flux de données électroniques entre pays[323]. Le Conseil de l'Europe encourage ainsi la création d'organisations *«représentatives des acteurs d'Internet»* et l'élaboration par celles-ci de *«codes de conduites et le contrôle du respect de ces codes»* (chap. I, ch. 1 et 2 de l'annexe à la Recommandation du Comité des Ministres aux Etats-membres sur l'autorégulation des cyber-contenus du 5 septembre 2001[324]).

93. Pour que la renonciation étatique à la compétence de légiférer soit invocable en justice ou, pour le moins, soit en mesure de lier juridiquement les autorités, l'Etat doit disposer d'une base légale, puisque la collectivité publique se prive d'une faculté essentielle, que la constitution ou la loi lui a confiée. Dès lors, si l'Etat ne dispose pas d'un tel fondement et s'il veut contraindre les acteurs à adopter un ersatz de réglementation, il est réduit, au mieux, à l'usage de moyens informels (arrangements sans force obligatoire, qualifiés également de *gentlemen's agreements*[325] ou d'accords de branche[326]), car la promesse des pouvoirs publics ne saurait être juridiquement contraignante[327] alors que celle de leurs cocontractants peut l'être, du moins entre eux, ou ne pas l'être. La doctrine distingue dès lors un double accord dans les *gentlemen's agreements* à participation publique: l'un, horizontal, qui lie mutuellement les particuliers entre eux; l'autre, vertical, entre l'Etat et les particuliers, ne générant qu'un lien de nature recommandationnelle[328].

94. Ces accords n'ont pas besoin d'être obligatoires pour être juridiquement pertinents. D'une part, ils produisent des effets *quasi normatifs* puisqu'ils se substituent à une norme étatique. D'autre part, ils n'échappent pas au champ d'application de la législation anti-cartelaire s'ils visent ou entraînent une restriction à la concurrence (art. 4 al. 1er LCart[329])[330]. Les premiers exemples relevés par la doctrine ressortissent au domaine bancaire et financier. La Banque nationale a eu recours dès 1930 à la formule du *gentlemen's agree-*

---

323 Sur les différents modèles d'autorégulation, dont notamment les codes de conduite, voir Weber 2002, p. 80 ss et 195 ss; Trudel 2001, p. 248 ss. Sur la nature quasi contractuelle et non obligatoire que certaines mesures d'autorégulation peuvent prendre dans ce domaine, voir Weber 2002, p. 82.

324 Rec (2001) 8.

325 Poltier 1987, p. 395.

326 Pfenninger 1996, p. 25.

327 Voir réf. cit. ci-dessous note de bas de page 348.

328 Poltier 1987, p. 378.

329 RS 251.

330 Voir les réf. cit. *in* Braun 1998, p. 202 ss; Brunner 2002, nº 56.

ment[331] dont certains avaient pour objectif avoué d'éviter ou de retarder une intervention étatique[332]. Progressivement cependant, ces accords (plus d'une trentaine) ont été intégrés dans le droit ordinaire[333], à la suite de l'indiscipline des acteurs concernés selon l'avis de certains[334] et ont perdu leur informalité.

95. Le droit de l'environnement a été un autre vivier d'accords non obligatoires depuis les années 1970. Par exemple, lorsque l'Etat promet de renoncer provisoirement à un renforcement des valeurs limites d'émission si une branche s'accorde à diminuer la charge polluante en recourant à de nouvelles technologies[335]. A l'instar de l'évolution en droit bancaire, un grand nombre d'accords ont été intégrés dans l'ordre juridique, perdant peu à peu leur informalité. On peut citer l'arrangement non obligatoire concernant la limitation des phosphates dans les produits de lessives en 1972, qui a conduit le Conseil fédéral à édicter une ordonnance sur le sujet à la suite de l'échec d'une solution autoréglementée[336], ou le projet d'accord, négocié entre 1985 et 1987, engageant volontairement les milieux économiques à maintenir la proportion existante d'emballages reremplissables et à garantir le recyclage des autres contre l'engagement de l'Etat de ne pas légiférer[337]. A la suite de l'échec de ce dernier accord, l'administration fédérale a rédigé un projet d'ordonnance visant à contingenter les boissons conditionnées en emballages perdus et interdisant les emballages en PVC. Les organisations économiques, estimant ces mesures «excessives», ont proposé un contre-projet, sous forme d'accord volontaire, projetant un système de recyclage, ainsi que son financement sous forme d'une taxe d'élimination anticipée prélevée volontairement. Les objectifs ont été insérés dans l'ordonnance sur les emballages pour boissons du 22 août 1990[338], remplacée par l'ordonnance du 5 juillet 2000 (OEB)[339]. Cet acte normatif précise les conditions dans lesquelles l'Etat interviendra pour prendre des mesures autoritaires visant à limiter la production de déchets et à les valoriser si des mesures d'autorégulation ne suffisent pas. L'engagement de ne pas légiférer n'est dans cette dernière hypothèse ni informel, ni contractuel: il est précisé dans la loi qui, dorénavant, a intégré et absorbé la com-

---

331 Réf. cit. *in* Poltier 1987, p. 368 s; Zufferey 1994, p. 318.

332 Exemples cités *in* Zufferey 1994, p. 321.

333 Poltier 1987, p. 370.

334 Pfenninger 1996, p. 43, note 232 avec réf. cit.

335 Illustration donnée *in* Brunner 2002, *ad* 41 a n° 28.

336 Langhart 1993, p. 117, note 511 (avec réf. cit.).

337 Département fédéral de l'intérieur, Service de presse et d'information, *A quoi sert l'ordonnance sur les emballages pour boissons?* Berne, 23 août 1990, p. 3; Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage, *Mesures pour enrayer la consommation des boissons en boîte*, Cahiers de l'environnement n° 53, Berne, octobre 1986 p. 22 ss.

338 RO 1 990 1480.

339 RS 814.621.

posante verticale de l'accord. Seule la composante horizontale demeure contractuelle.

96. Nous proposons d'appeler *loi Damoclès* ce type de loi institutionnalisant la partie verticale de l'accord. Ce procédé vise à garantir juridiquement que la collectivité publique n'adoptera pas une réglementation étatique dans un domaine particulier en échange de l'adoption «volontaire» d'une régulation privée autonome. Seuls les objectifs sont précisés; les règles précises pour les atteindre ne sont fixées dans la loi Damoclès qu'à titre subsidiaire et ne s'appliquent qu'en cas d'échec de l'autorégulation, formant ainsi une législation étatique que l'on peut qualifier de *virtuelle*. La loi Damoclès se caractérise par les trois éléments suivants: la définition d'objectifs, la priorité donnée à l'autorégulation par le biais de l'engagement conditionnel de ne pas réglementer et l'adoption à titre préventif d'une réglementation étatique subsidiaire en cas d'échec. Elle peut être complétée par des mesures relatives au statut des tiers non parties, à l'évaluation et à la transparence des arrangements. La métaphore de l'épée retenue par un crin de cheval[340] montre que le choix est en réalité forcé, même si la doctrine, et la loi elle-même[341], qualifie parfois les accords privés qui en découlent de «volontaires»[342]. Quelques auteurs parlent de *«liberté conditionnelle accordée aux entreprises»*[343], de *«sanction»*[344], ou comparent ce cas de figure à celui du bourreau présentant l'instrument du supplice comme premier degré de torture[345]... Le législateur suspend donc une véritable épée de Damoclès sur la tête des particuliers, n'obligeant pas *juridiquement* ceux-ci à s'autoréguler, mais les y contraignant *de fait*. Cette situation nous fait penser aux travaux en psychologie sociale démontrant comment la soumission peut s'accompagner d'un sentiment de liberté, menant à une situation paradoxale de *«soumission forcée avec libre choix»* ou de *«soumission librement consentie»*, extrêmement efficace au demeurant[346].

97. Avant l'avènement de cette formalisation législative, la pression étatique était uniquement de *nature politique*, même en présence d'un engagement de type contractuel[347]. Ainsi, lorsque la promesse de ne pas légiférer

---

340 Utilisée par exemple par Pfenninger 1996, p. 226.

341 «[L]*es mesures que l'économie a prises* de son plein gré» (art. 41a al. 3 LPE, souligné par l'auteur). Voir également l'article 23 al. 1er de l'ordonnance du 26 août 1998 sur l'assainissement des sites pollués: les autorités *«examinent en particulier l'opportunité d'appliquer, pour l'exécution de la présente ordonnance, les mesures prévues dans les accords* conclus de plein gré *par les secteurs économiques.»* (RS 814.680).

342 Marti 2000, p. 570.

343 Matthey 1996, p. 588.

344 Müller/Müller-Graf 1995, p. 374.

345 Kautz 2002, p. 246 (réf. cit.).

346 Joule/Beauvois 1998.

347 Poltier 1987, p. 387.

contre celle de réguler de manière autonome un domaine était uniquement contenue dans un acte de type politique, l'exécution ne pouvait être requise juridiquement. Le Tribunal fédéral a reconnu qu'un administré ne pouvait se prévaloir d'un droit à exiger des autorités qu'elles s'abstiennent d'édicter une réglementation formelle en se basant sur un accord de *gentlemen* conclu antérieurement[348]. Fixé dans une loi matérielle ou formelle[349], l'engagement des pouvoirs publics de ne pas légiférer, en perdant son caractère contractuel, prend au contraire une valeur juridique indéniable, tout en conservant sa nature politique. Les intéressés demeurant *de iure stricto* «libres» d'adopter un autre comportement s'ils s'accommodent du risque de la concrétisation de la menace.

98. Outre l'exemple précédent des emballages pour boissons, on trouve en *droit de l'environnement*[350] d'autres modèles de lois Damoclès (art. 41 a LPE et plus spécifiquement: accumulateurs au cadmium [ch. 51 al. 1, ann. 4.10 Osubst[351]]; loi fédérale sur la réduction des émissions de CO_2[352]), en *droit énergétique* (art. 2 et 17 al. 2 LEne[353]; plus spécifiquement: appareils produits en série gourmands en énergie [art. 8 al. 2 et 3, art. 17 al. 1 let. c LEne]), en *droit de la culture* (promotion de la diversité de l'offre cinématographique[354] [art. 17 ss de la loi sur le cinéma[355] et art. 4 ss de l'ordonnance sur le cinéma[356]]) ou en *droit de la consommation* (déclarations sur les biens et service [art. 4 de la loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs[357]]).

99. Dans ces exemples, *l'accord horizontal* est le plus souvent concrétisé par un acte contractuel de droit privé (contrat de société en particulier). Lorsqu'il fonctionne, ce système normatif privé se substitue parfaitement à une réglementation étatique, si bien qu'il présente une *portée réglementaire*. L'exemple des emballages pour boissons le montre. Le secteur privé a mis sur

---

348 ATF 118 Ib 380 s (c. 9b et d); Brunner 2002, ch. 62; Poltier 1987, p. 377. Le nouvel article 41 a LPE conduirait à nuancer aujourd'hui cette interprétation: l'administré dispose dorénavant d'un droit à exiger un examen des mesures que l'économie a prises de son plein gré avant d'édicter des prescriptions d'exécution. Un tel droit n'est pourtant que relativement contraignant en raison de ses implications exclusivement procédurales (Brunner 2002, n° 69).

349 Voir art. 8 al. 2 OEB; art. 8 al. 3 LEne; art. 3 al. 2 et 6 al. 1 de la loi sur le CO2; art. 21 al. 1er LCin.

350 Braun 1998; Flückiger 1996, p. 297 ss; Brunner 2002, *ad* art. 41 a LPE, n° 44; Maegli 1997; Pfenninger 1996, p. 222 ss.

351 RS 814.013.

352 RS 641.71.

353 RS 730.0.

354 Unternährer 2003, p. 14 s et 222 ss; Graber 2002, p. 175 ss.

355 RS 443.1.

356 RS 443.11.

357 RS 944.0.

pied un système complet d'élimination des déchets comprenant les mesures d'information, de prévention, de collecte, de recyclage et même de financement par le prélèvement de taxes d'élimination privées perçues auprès des commerçants membres des différents organismes privés chargés de l'autorégulation du secteur et reportées sur les consommateurs[358]. Cet ensemble constitue un véritable système juridique autonome[359], en raison de son autonomie tant sociale (production de règles corporatives) que de son autonomie organisationnelle (faculté d'auto-organisation du système).

100. Si l'accord ressortit clairement au droit public dans sa partie verticale[360], on pourrait à la limite discerner dans l'accord horizontal un rapport contractuel de droit public dans la mesure où il remplirait matériellement la fonction d'une réglementation, comme une minorité de la doctrine le suggère[361]. Si l'on ne voulait pas suivre ce raisonnement, on pourrait raisonner par analogie avec les principes de la délégation au sens de l'article 35 al. 2 Cst. aux termes duquel *«quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation»*. On serait alors en présence d'une délégation *de fait*, pour autant que, comme nous pouvons le démontrer dans l'exemple des emballages pour boissons, les particuliers ne soient pas juridiquement obligés ou autorisés à s'autoréguler, mais y soient de fait contraints par un corset législatif agissant de manière analogue à une norme de délégation. Rappelons que, selon la doctrine et la jurisprudence, les délégataires sont tenus au respect des droits fondamentaux lorsqu'ils ne sont pas investis d'un pouvoir de puissance publique, mais qu'ils entretiennent avec les tiers des relations de droit privé[362], comme c'est le cas en l'espèce, si l'on ne devait pas, par hypothèse, admettre la nature de droit public des accords horizontaux. Une telle délégation de fait ne devrait être que restrictivement reconnue; elle ne pourra, à notre avis, jamais l'être lorsque la pression étatique demeure exclusivement politique.

101. On remarquera en conclusion qu'il n'y a plus guère de trace d'informalité dès lors que les arrangements entrent dans le champ d'application d'une «loi Damoclès».

---

358 Voir réf. cit. note 350 ci-dessus.

359 Sur la notion de système autonome, voir Ost/Kerchove 2002, p. 184 ss.

360 Braun 1998, p. 127 (avec réf. à des avis contraires, minoritaires).

361 Réf. cit. *in* Braun 1998, p. 128 (Braun étant d'un avis opposé: *ibidem*). Plus nuancé: Poltier 1987, p. 396 s.

362 *RDAF* 2002 I, p. 272; Hangartner 2000, p. 515 ss, 517; Marti 2002, p. 1159; Tribunal fédéral, Arrêt non publié du 8 juin 2001, *PJA* 2002, p. 67 ss, note Yvo Hangartner; *ZBl* 2001, p. 656 ss, note Georg Müller.

102. En droit communautaire, ce mécanisme est qualifié de *corégulation*[363]. Les parties concernées peuvent conclure des accords volontaires pour arrêter les modalités dans le cadre législatif de base[364]. Si les résultats escomptés ne sont pas atteints, la commission *«se réserve de faire une proposition législative classique au Législateur»*[365].

3.3.2.4. Les arrangements visant à éviter une décision

103. Sur le modèle des arrangements ayant pour but d'éviter un acte réglementaire, les ententes visant à éviter une décision fonctionnent sur le même schéma: l'Etat incite les particuliers à négocier avec lui un accord – n'ayant pas nécessairement force obligatoire – sous la menace concrète de rendre une décision unilatérale en cas d'échec.

104. On peut prendre l'exemple de l'*accord de tolérance («Duldungsabsprache»)* dont la prestation étatique est la tolérance de la poursuite ou de l'exercice d'une activité (provisoirement) contraire à loi en échange de prestations spécifiques de l'administré à l'égard de l'administration[366]. Le particulier veut ainsi prévenir des mesures unilatérales (par exemple une décision d'assainissement si son installation n'est plus conforme aux normes environnementales[367]) qui lui seraient défavorables. L'administration, quant à elle, obtient des prestations qu'elle n'aurait peut-être pas pu obtenir si elle avait prononcé directement une décision d'assainissement. De tels procédés peuvent s'avérer utiles chaque fois qu'une collaboration active est exigée de l'administré. Ce type d'accord pose néanmoins de sérieuses difficultés tant sous l'angle de l'intérêt public, de la légalité, de l'égalité de traitement en raison de la position des tiers ou du contrôle juridictionnel. Il peut même déployer des effets juridiques sur la base du principe de la bonne foi[368]. Pour prévenir ces reproches, la question a été formalisée dans les domaines les plus critiques. En droit environnemental par exemple, l'assainissement peut faire l'ob-

363 Accord interinstitutionnel «Mieux légiférer» du 16 décembre 2003. ch. 18 (voir le rapport de la Commission des affaires constitutionnelles du Parlement européen sur la conclusion de l'accord interinstitutionnel «mieux légiférer» entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission déposé le 25 septembre 2003 [2003/2131 – ACI]).

364 *Ibidem*, ch. 20.

365 Commission des Communautés européennes, *Plan d'action «simplifier et améliorer l'environnement réglementaire»*, COM (2002) 278, p. 13.

366 Kautz 2002, p. 41 et 65; Hösli 2002, p. 67 ss; Pfenninger 1996, p. 27 (voir cependant p. 29 où cet auteur exclut la figure de la tolérance de son étude au motif de son unilatéralité après avoir pourtant expressément accepté le caractère coopératif de celle-ci en p. 27). Sur la figure de la tolérance (en général) en droit public français, voir Béchillon 1997, p. 83 (avec réf. cit.).

367 En droit allemand, voir Kautz 2002, p. 63 ss.

368 *ZBl* 2002, p. 589 (voir ci-dessous, ch. 141).

jet de solutions négociées dans le cadre ouvert par l'article 16 al. 3 LPE[369]. Il est cependant interdit à l'autorité d'accorder des allégements par voie contractuelle, sauf si l'accord est intégré dans la décision[370].

105. L'accord qui, à l'opposé, vise à la *suppression de la situation contraire au droit* est moins problématique. Ainsi, toujours dans le domaine de l'environnement, des accords informels peuvent être conclus aux fins d'assainir des sites pollués. Ici, l'informalité a reçu un début de codification, car les autorités *«s'attachent à s'entendre avec les personnes directement concernées»* (art. 23 al. 2 OSites[371]) et *«peuvent renoncer à rendre des décisions»* si l'exécution des mesures d'assainissement est assurée d'une autre manière (art. 23 al. 3 OSites). La nature de tels arrangements demeure informelle selon la doctrine: c'est un acte non obligatoire destiné à éviter une décision[372]. La doctrine rappelle que le renoncement à la compétence de décider ne saurait porter atteinte à la protection juridique et ne doit pas conduire à un déficit de mise en œuvre. Les tiers devraient être entendus. En cas de divergences, le conflit pourra être tranché dans le cadre de la décision – qui n'aura pu être évitée (contrôle concret)[373].

106. La question de l'impérativité se pose aussi pour les accords dont la conclusion est formalisée dans une procédure spécifique prévoyant le renoncement à une mesure unilatérale en cas d'aboutissement et de respect d'un accord[374], et, inversement, l'adoption de la mesure unilatérale en cas d'échec ou de non-respect de l'accord. Un examen attentif de certains exemples montre que de tels accords ont un caractère quasi obligatoire. Cette observation vaut en particulier pour les accords *«amiables»* avec les autorités de la concurrence (surveillant des prix et commission de la concurrence), considérés même comme obligatoires par la doctrine[375], qui, s'ils aboutissent, permettent de prévenir une décision unilatérale classique[376]

---

369 Exemple dans Maegli 1995, p. 268 ss; Favre 2002, p. 163 (en matière de protection contre le bruit).

370 Favre 2002, p. 163.

371 RS 814.680.

372 *«Art. 23 Abs. 2 AltlV; die informelle Absprache fungiert als verfügungsvermeidender Realakt»* (Tschannen *ad* 32c LPE, nº 46).

373 Tschannen *ad* 32c LPE, nº 46.

374 Pfenninger 1996, p. 27; Richli 1991, p. 385 s.

375 Bovet 2000, p. 65. Voir ci-dessous section III.3.1.

376 Il faut insister dans le cas de la LCart sur l'aspect *purement* unilatéral de la décision. L'aboutissement d'un accord amiable n'a jamais pour effet d'éviter une décision puisqu'il est de toute façon soumis à l'approbation de la commission de la concurrence (art. 30 al. 1er LCart). Il permet simplement d'éviter qu'une décision soit prise sans concertation avec les entreprises visées. Notons que la doctrine peine à qualifier cet accord amiable (typique: Carron 2002, *ad* art. 29 Lcart, pour qui cet accord *«s'apparente à un contrat de droit administratif»* [ch. 12] et ne constitue pas un *«simple contrat de droit administratif»* [ch. 15], puis conclut que c'est la

(art. 29 LCart[377]; art. 9 LSPr[378]). La loi assortit même la violation de ces accords «amiables» de sanctions administratives et/ou pénales (art. 23 al. 1er let. c LSPr; art. 50 et 54 LCart). Pourtant, la loi sur la surveillance des prix prend soin de préciser que le *«règlement amiable»* avec l'auteur de l'abus allégué *«n'est soumis à aucune forme»* (art. 9 LSPr); précision étonnante au regard de la sanction pénale non négligeable encourue en cas de violation (amende jusqu'à CHF 100 000.–[379]). La doctrine ne s'embarrasse toutefois pas de conclure que le règlement amiable n'est pas susceptible de recours[380]; recours direct, préciserons-nous, car son examen préjudiciel dans le cadre d'une éventuelle procédure pénale doit à notre avis être réservé.

107. Dès lors que la loi habilite l'administration à décider dans un domaine régi par des normes à haute densité normative, des accords conclus pour éviter une décision ne sauraient revêtir un caractère obligatoire si la loi ne le prévoit pas[381]. Ainsi, une transaction entre un propriétaire et une autorité communale ne suffirait pas à autoriser une construction[382]. Les tiers touchés seraient, sinon, mis à l'écart et cet acte constituerait un déni de justice[383]. La loi est bien sûr libre de prévoir le contraire: lors de la phase d'élimination des divergences en matière de concentration des procédures de décision, un *«entretien»* avec les autorités concernées peut déboucher sur un accord – entre autorités – dont le résultat qui s'en est dégagé lie l'autorité unique (art. 62b al. 2 LOGA[384]). Si aucun accord n'est trouvé, l'autorité unique doit statuer (62b al. 3 LOGA). Lorsque la loi laisse une certaine liberté d'appréciation, une solution négociée peut être garante d'une meilleure mise en œuvre[385].

---

décision incorporant les termes de l'accord qui déploie les effets juridiques [ch. 15]). En matière de surveillance des prix, la solution est plus claire puisque ce n'est qu'en cas d'échec du règlement amiable que le surveillant des prix a compétence de décider formellement (art. 10 LSPr).

377 RS 251.

378 RS 942.20.

379 Art. 23 al. 1er let. c LSPr.

380 Selon l'opinion de la doctrine (Bonvin 2002, *ad* 9 LSPr, ch. 24). A notre avis, le caractère obligatoire d'un tel acte devrait conduire à l'assimiler à une décision au sens de l'article 5 PA.

381 Guy-Ecabert 2002, p. 203 s.

382 Guy-Ecabert 2002, p. 203, se référant à Kägi-Diener 1994, note de bas de page 206.

383 Guy-Ecabert 2002, p. 203.

384 RS 172.010.

385 Moor/Ruch 1999, ch. 147.

3.3.2.5. Les arrangements conclus sans relation fonctionnelle avec un acte juridique

108. Dernier cas de figure, divers arrangements non obligatoires peuvent être négociés sans qu'une relation fonctionnelle avec un acte juridique puisse être décelée[386]. Tel est en particulier le cas des accords conclus dans une procédure conduisant à adopter un autre acte non obligatoire. Les possibilités d'examen seraient alors très restreintes. Elles ne pourraient pas aller au-delà des possibilités offertes à l'encontre de l'acte non obligatoire lui-même, dans le cadre d'un éventuel examen préjudiciel.

109. Le droit de la concurrence offre à nouveau un exemple: des arrangements peuvent être arrêtés en relation avec une procédure d'enquête préalable (art. 26 LCart). Cette dernière a pour but d'offrir un cadre souple et simple pour faciliter le règlement amiable des problèmes et assurer le tri des affaires plus importantes qui nécessitent d'ouvrir une enquête proprement dite (art. 27 LCart)[387]. Il s'agissait à l'origine d'une procédure purement informelle, non prévue dans la loi sur les cartels de 1962, mais issue de la pratique de la Commission des cartels et de son secrétariat[388]. La loi sur les cartels l'a consacrée depuis 1985 en la formalisant (art. 26 LCart). Selon la doctrine, le fait d'ouvrir, de ne pas ouvrir ou de clore une telle enquête n'est pas une décision[389]. Cet avis est pourtant à notre sens discutable, puisque cet acte constate qu'il n'existe pas d'indices de restrictions qui autoriseraient le secrétariat de la Commission de la concurrence à ouvrir une enquête (art. 27 al. 1er LCart *a contrario*), formant selon nous une décision en constatation typique.

4. Les actes de planification non obligatoires

110. La planification a pour fonction d'élaborer le contenu d'un ensemble d'actes devant être gérés de manière coordonnée[390]. Elle constitue un processus qui se traduit en actes divers (appelés communément plans[391]) dont on peut distinguer deux grandes familles: le plan-programme *(«Gesamtplan»)* et le plan territorial *(«Raumplan»)*. Le premier est un acte qui concrétise un processus de planification, c'est-à-dire un processus ayant pour but de produire

386 En droit allemand, voir Kautz 2002, p. 58 s.
387 Carron 2002, *ad* 26 LCart, ch. 5.
388 Carron 2002, *ad* 26 LCart, ch. 1.
389 Carron 2002, *ad* 26 LCart, ch. 14 et 17.
390 Flückiger 1996, p. 34 s; Moor 2002, ch. 4.4.1.1 p. 492.
391 Mais la terminologie est très diverse: concept, programme, orientation, ligne directrice, schéma directeur et, plus récemment, feuille de route, etc. (Flückiger 1996, p. 17 ss).

un résultat déterminé sous la forme d'un système cohérent de décisions[392]. Ce processus peut être décomposé dans les phases types suivantes: définition des buts, analyse de la situation, mesures pour atteindre les buts et mesures de mise en œuvre, évaluation. L'exemple type de plan-programme est le plan directeur en aménagement du territoire (art. 6 ss LAT[393]) ou le plan de gestion des déchets en droit environnemental (art. 31 ss LPE). Le plan territorial est quant à lui une représentation particulière, généralement sous forme graphique, d'un territoire ou d'une entité territorialisée[394] dont le modèle est le plan d'affectation en droit de l'aménagement du territoire (art. 14 ss LAT) ou le cadastre de bruit en droit environnemental (art. 37 OPB[395]).

111. Les plans ont été progressivement formalisés puisque l'on recensait en 1995 plusieurs centaines d'exemples en droit public fédéral[396]. Il n'est pourtant pas aisé d'attribuer aux plans une forme spécifique, car ceux-ci sont susceptibles de revêtir n'importe quelle forme existante (constitution, loi formelle ou matérielle, ordonnance administrative, contrat, décision, documents d'information et autres actes matériels[397]) et, inversement, les plans peuvent incorporer un ou plusieurs autres instruments, contraignants ou non[398].

112. Comparés aux actes matériels, les actes de planification forment un ensemble encore moins homogène si l'on compare leurs effets. L'élément commun réside dans l'unité de la finalité des mesures qu'ils contribuent à coordonner[399]. Aucune unité ne peut être trouvée dans les effets produits. La loi définit les conséquences juridiques des plans par le biais de clauses qui définissent leur impérativité. Cet effet peut être soit contraignant pour les particuliers et les autorités[400], soit contraignant pour les autorités seulement[401], soit non contraignant[402]. Dans la perspective du présent rapport, seule la face

392 Flückiger 1996, p. 14 ss.

393 RS 700.

394 Flückiger 1996, p. 21 ss.

395 RS 814.41.

396 Flückiger 1996, p. 475 ss.

397 Illustrations *in* Flückiger 1996, p. 77 ss.

398 Mesures *immédiates*: Flückiger 1996, p. 92.

399 Moor 2002, ch. 4.4.1.1, p. 491 ss.

400 Les exemples ne sont pas nombreux. Le plus connu est celui du plan d'affectation qui lie tant les autorités que les particuliers (art. 21 LAT).

401 Soit *directement* lorsque la loi précise que le plan Y ne lie que les autorités (voir Flückiger 1996, p. 121 ss), soit *indirectement* lorsque, dans le cadre d'une décision ou de l'interprétation d'un concept juridiquement indéterminé, la loi fait appel à un plan pour guider de manière contraignante l'autorité dans son processus décisionnel (Flückiger 1996, p. 151 ss).

402 *Soit directement* lorsque la loi précise que le plan Z sert de *base décision* seulement (voir Flückiger 1996, p. 137 ss), soit *indirectement* lorsque, dans le cadre d'une décision ou de l'interprétation d'un concept juridiquement indéterminé, la loi fait appel à un plan pour guider de manière non contraignante l'autorité dans son processus décisionnel (Flückiger 1996, p. 158 ss).

non obligatoire des plans nous intéresse. Notons cependant que, même lorsque le plan est contraignant, certains de ses éléments peuvent ne revêtir qu'un caractère appréciatif, à l'instar des propositions de mesures à adresser à une autorité supérieure qui est libre de les suivre ou non[403].

5. Le cas des ordonnances administratives

113. La réflexion sur les actes étatiques non obligatoires ne saurait escamoter la figure de l'ordonnance administrative, aujourd'hui bien établie, mais dont les aléas de sa réception juridique ne sont pas sans rappeler le débat sur la réception des actes matériels et de planification. Les ordonnances administratives ne sont en effet pas obligatoires envers les administrés alors qu'elles le sont envers les autorités[404]. Comme les actes matériels, elles recouvrent les domaines les plus variés et sont dénommées sous de multiples étiquettes (directives, instructions, circulaires, lignes directrices, prescriptions, règlements de service, mémentos, guides, etc.)[405], formant une catégorie *«peu cohérente»* selon le Tribunal fédéral[406], mais à l'intérieur de laquelle il est tout de même possible de distinguer les ordonnances organisationnelles, notamment, des ordonnances interprétatives, visant à orienter le comportement des administrés et permettant d'appliquer la loi de manière uniforme et égale en agissant sur l'exercice du pouvoir d'appréciation ou de la latitude de jugement[407], à l'image de certaines recommandations[408].

114. Après avoir nié tout recours possible de manière générale, le Tribunal fédéral est revenu en partie sur sa jurisprudence, car il a dû reconnaître l'existence d'effets «externes» – au moins indirects (que nous appellerons «réflexes» plus bas[409]) – de tels textes sur la situation juridique des administrés, sans toutefois aller jusqu'à conférer un contrôle direct lorsque le contrôle concret est possible[410]. On décèle dans cette jurisprudence la découverte d'une impérativité spécifique qui n'est pas analogue à celle des autres actes normatifs[411]: celle-ci n'est pas nulle, le Tribunal fédéral étant revenu sur sa jurisprudence initiale en ouvrant le recours de droit public à l'encontre de tels

403 Mesures projetées par le plan dont la compétence ressortit à une autorité tierce (Flückiger 1996, p. 92, 132 s et 230 ss; Moor 2002, ch. 4.4.1.2, p. 494).
404 ATF 128 I 167, 171.
405 ATF 128 I 167, 171; 121 II 473, 478.
406 ATF 128 I 167, 171.
407 Moor 1994, p. 264 ss; Biaggini 1997, p. 3 ss.
408 Voir ci-dessous section III.3.3.2.6.
409 Voir ci-dessous section III.3.2.
410 Jurisprudence confirmée malgré les critiques de la doctrine (ATF 128 I 167, 172).
411 Manfrini 1978, p. 237.

actes; elle est toutefois inférieure à celle des lois puisque le contrôle concret doit être exclu. Il faut donc nuancer l'affirmation selon laquelle les ordonnances administratives ne sont obligatoires que pour les autorités et admettre l'existence d'une normativité graduelle[412].

115. L'existence de ce type de textes est attestée en droit international public également, à l'instar des directives internes de la Banque mondiale dont la doctrine a démontré un effet externe dans le cadre du financement de projets de développement[413].

6. La *soft law* (en droit international public)

6.1. L'influence réciproque du droit interne et international

116. Les juristes non internationalistes utilisent parfois le terme de *soft law* pour qualifier les actes juridiques non impératifs à disposition des Etats nationaux, en faisant référence au droit international public[414]. Le droit interne découvrirait-t-il la *soft law* après le droit international et pourrait-il en déduire des enseignements utiles? Ou ne serait-ce pas plutôt l'inverse qui prévaudrait en ce sens que le droit international public mettrait en exergue l'existence d'éléments non impératifs en droit interne pour montrer qu'un ordre juridique peut fonctionner avec des règles appréciatives sans pour autant renier sa nature d'ordre *juridique*? La seconde hypothèse nous semble la plus probable. En effet, historiquement, la question s'est posée de savoir si, pour la réflexion en droit international relative aux actes non obligatoires, il ne serait pas utile de rechercher les solutions à partir du droit civil général et du droit public. A l'appui de cette thèse, on peut citer Daniel Thürer qui, dans sa leçon inaugurale dans laquelle il se demande si la *soft law* constitue une nouvelle forme du droit international public, aborde directement la question en s'appuyant d'emblée sur l'exemple du droit interne: *«Uns allen ist aus dem innerstaatlichen Bereich das folgende Phänomen bekannt: Es werden im Rechtsetzungsverfahren Normen geschaffen, denen – obwohl sie im Rechtsgewand auftreten – keine oder noch keine Rechtsverbindlichkeit zukommt, die aber trotzdem Rechtswirkungen erzeugen.»*[415] On peut également se référer aux travaux préparatoires relatifs au thème d'étude sur lequel l'Institut de droit international désirait une «orientation» en 1975, à savoir la distinction

412 Voir ci-dessous section III.2.

413 Boisson de Chazournes 2000.

414 Par exemple Forstmoser 2002, p. 66; Zobl 2002, p. 11 ss; Zäch 2002, p. 730 ss; Morand 1999, p. 170 ss; Timsit 1988, p. 73 s; Béchillon 1997, p. 190 s; Ermacora 1989.

415 Thürer 1985, p. 429.

entre les textes internationaux de portée juridique et ceux qui en sont dépourvus. Dans son étude exploratoire, Fritz Münch affirmait qu'*«un coup d'œil sur les phénomènes analogues de droit public et de droit privé pourra être utile. En droit public, nous trouvons des arrangements* [...] *qui ne sauraient donner lieu à des démarches en justice – et non pas seulement pour l'absence d'un for compétent. On trouve même dans les constitutions les plus ‹juridifiées› des déclarations et des pièces de programme qui échappent à la connaissance des tribunaux constitutionnels.»*[416] Michel Virally a répondu que l'intérêt d'une telle étude systématique du droit interne n'était pas exclu *a priori*, mais qu'il fallait dans un premier temps commencer par une analyse de la pratique internationale[417]. En réalité, ce débat demeure d'un intérêt très académique. On notera plutôt une influence réciproque entre les deux ordres juridiques; les juristes de droit interne s'intéressent désormais davantage au droit international public sur ce point, à la suite des multiples contributions doctrinales des internationalistes sur ce thème depuis deux décennies, comme George Abi-Saab le souligne: *«On peut déceler un intérêt parallèle relativement récent pour la notion de* soft law *dans le droit interne, qui reflète un changement de perspective, s'éloignant de la vision monolithique du droit comme instrument de contrainte hiérarchique, pour le concevoir également comme moyen de réalisation d'un projet de société partagé entre les sujets, un droit négocié, dans les sociétés démocratiques, de plus en plus complexes et segmentées.»*[418]

117. La réflexion précédente doit être approfondie: quels avantages trouverait-on en droit public national à étudier l'émergence de la *soft law*? Si l'intérêt est certainement moindre au niveau des conséquences pratiques telles que l'ouverture du contrôle juridictionnel, il l'est indubitablement au niveau de la compréhension de la notion d'effet juridique et de la contribution à la constitution de véritables *formes* non juridiques dont les effets restent à préciser. Pour Gérard Timist, l'analogie entre le caractère embryonnaire de l'ordre juridique international et, sur le plan interne, la fin de l'Etat wéberien monolithique qui ne peut plus seulement agir de manière hiérarchique, justifie cet intérêt: *«La vérité est donc que, loin que l'on puisse reconnaître l'existence d'un Etat wébérien monolithique, unitaire et pyramidal, force est d'en prendre une vision plus nuancée et plus proche de la réalité* [...] *A cet égard, les analyses menées à propos de la société internationale et de son droit peuvent avoir quelque utilité en raison précisément du caractère encore embryonnaire qu'y revêt la structure de l'ordre juridique et de la nécessité où l'on s'y trouve donc de ne point raisonner comme si l'on y avait uniquement*

416 Münch 1983 (1976), p. 326.
417 Virally 1983, p. 186.
418 Abi-Saab 1997, p. 206 note 147.

affaire à un Etat et à un droit ‹parfaits› »[419]. Cet auteur en tire même la conséquence, en raisonnant à partir de l'action des autorités administratives indépendantes qui *«repose beaucoup plus sur des moyens ‹non juridiques› que sur des moyens juridiques classiques»*, qu'*«il n'est plus guère possible de s'en tenir à la conception objective d'un droit classique, pur et dur – les Anglo-Saxons disent, pour le droit international,* hard law *– et qu'il devient nécessaire en droit interne, comme en droit international, d'adopter le concept de* ‹soft law› ».[420] La définition extrêmement large qu'en donnent les internationalistes (sens matériel et formel) montre cependant qu'une reprise telle quelle du concept de *soft law* en droit interne serait trop peu opératoire.

6.2. La soft law au sens formel et au sens matériel

118. A l'origine, le terme de *soft law* visait, selon Lord Mac Nair, le droit dans son stade de principe abstrait, par opposition au droit issu de l'épreuve judiciaire et que celle-ci affermit[421]. On retrouve là les thèses de Paul Ricoeur que Gérard Timsit propose d'appliquer à la définition du droit: *«Un tel texte* [un texte juridique] *ne peut avoir par définition de signification en soi. Un texte juridique n'accède en effet à l'existence et n'acquiert donc de caractère juridique que par l'interprétation et l'exécution – quelles qu'elles soient – dont il fait l'objet.»*[422]

119. Le sens a toutefois évolué depuis la fin des années 1960, devenant *«un droit dont la juridicité (et la force contraignante) est ambiguë ou mise en question»*[423] si bien que l'on peut définir aujourd'hui la *soft law* comme l'ensemble des textes dont la nature normative est incertaine *«du fait soit de leur contenu, soit de leur inclusion dans une source non susceptible de créer des obligations juridiques»*[424]. Une claire distinction est dès lors opérée entre le contenu *(negotium)* – que nous pourrions qualifier de *soft law* matérielle – et le contenant *(instrumentum)* – la *soft law* formelle[425]. Le terme de *soft law*, regroupant deux questions très différentes, ne saurait être repris tel quel avec

419 Timsit 1988, p. 49.
420 Timsit 1988, p. 73 s.
421 Abi-Saab 1997, p. 132 et 206.
422 Timsit 1988, p. 47. Voir dans le même sens Moor 2004, p. 291 ss; Müller/Christensen 2002, p. 147 ss; Rhinow 1979, p. 228 et 247. Contrairement à l'opinion commune que Denys de Béchillon par exemple défend: *«Il y a du Droit avant les juges. Il y a même du Droit sans juge.»* (Béchillon 1997, p. 71).
423 Abi-Saab 1997, p. 206.
424 Nguyen 2002, ch. 253. Sur le point de la situation en droit international public, voir les contributions réunies *in* Shelton 2000.
425 Abi-Saab 1997, p. 207.

profit en droit interne. Dans le cadre du présent rapport, nous n'aborderons pas toute une série de phénomènes[426], théorisés depuis longtemps en droit interne en relation avec la diminution de la densité normative[427], les dispositions juridiques non justiciables[428] ou la valeur normative des buts et principes[429] et des préambules[430].

120. La terminologie anglaise de *soft law* tend à s'imposer, en dépit des propositions fort créatives parfois (droit mou, doux, tendre, vert, assourdi ou flexible[431], norme incertaine[432]). Les critiques à l'encontre de la notion même de *soft law* portant sur l'ambiguïté de sa nature juridique n'ont pas (encore) eu raison de cette notion.

6.3. Les exemples de soft law au sens formel

121. A l'instar du droit interne, la doctrine classe les actes non obligatoires en deux catégories selon leur caractère unilatéral ou concerté. Parmi les premières, on citera les recommandations et les avis.

122. Les *recommandations* sont des actes qui émanent en principe d'un organe intergouvernemental et qui invitent leurs destinataires à suivre un comportement donné. Les destinataires peuvent être des Etats, des organisations internationales ou même des particuliers[433]. Les recommandations sont dépourvues de force obligatoire si bien que les destinataires ne sont pas obligés

---

426 Tels que l'emploi de termes vagues (NGUYEN 2002, ch. 139) ou le choix d'une obligation de comportement à la place d'une obligation de résultat (NGUYEN 2002, ch. 139 et 473). VIRALLY distingue cinq cas de figure de *«clauses incertaines»* dans les traités *«en bonne et due forme»*: les considérations abstraites et générales, les déclarations de position à l'égard de problèmes particuliers, les déclarations d'intention, les engagements sous réserve discrétionnaire («s'efforcera de . . .») et, enfin, les engagements de «bonne volonté», ces derniers comprenant l'obligation d'examiner s'il y a lieu d'intervenir, de consulter un partenaire, de négocier (et non de contracter) et de coopérer, supposant une négociation préalable (VIRALLY 1983, p. 215 ss). Pour une collection détaillée d'exemples, voir DMOCHOWSKI 2001, p. 231 ss.

427 MOOR 1994, ch. 3.1.2.1, p. 188 ss; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER 2000, vol. I, p. 616 ss; RHINOW 1979, p. 58 ss.

428 A l'instar des buts sociaux de la nouvelle Constitution fédérale (art. 41 Cst.) (voir HOTTELIER 2001, p. 9 ss).

429 AUBERT/MAHON 2003, *ad* art. 2, p. 24 et THÜRER/AUBERT/MÜLLER 2001, p. 130 (sur les buts constitutionnels); SCHNEIDER 2001 (sur les rapports entre la législation finalisée et le nouveau management public); MORAND 1999, p. 77 ss; SOMMERMAN 1997; ERMACORA 1989, p. 149; ZAGREBELSKY 2000, p. 13 (sur le caractère nécessairement non absolu des principes constitutionnels).

430 AUBERT/MAHON 2003, *ad* Préambule, p. 3 ss; BERTSCHI/GÄCHTER 2000, p. 3 ss.

431 NGUYEN 2002, ch. 253, p. 389; ABI-SAAB 1997, p. 206.

432 VIRALLY 1983, p. 191 ss.

433 NGUYEN 2002, ch. 246, p. 377.

de s'y soumettre[434]. Les exemples sont nombreux. On citera les *résolutions* adoptées par le Conseil de sécurité des Nations Unies dans le cadre du chapitre VI de la Charte[435], les nombreuses *déclarations* de l'Assemblée générale des Nations Unies depuis l'adoption le 10 décembre 1948 de la Déclaration universelle des droits de l'homme[436] ou celles du Conseil de l'Europe, ainsi que les *traités-types* dont les Etats peuvent s'inspirer[437].

123. Les *avis* d'organismes internationaux peuvent également être considérés comme des recommandations[438]. A titre d'illustration, les avis des organes consultatifs[439] ou les avis consultatifs d'instances à pouvoir décisionnel tels que les avis de la Cour internationale de justice qui, bien que ne possédant pas la force obligatoire de l'arrêt, s'imposent généralement en raison de leur autorité morale[440].

124. Le *droit communautaire* a même formalisé ce type d'actes dans sa charte constitutive en distinguant les actes qui le lient de ceux qui ne le lient pas, à savoir les recommandations et les avis (art. 249 al. 1er et 5 Traité CE)[441]. La Charte européenne des droits fondamentaux, proclamée le 7 décembre 2000, se présente comme un *«instrument non juridiquement obligatoire»*[442]. La Commission européenne faisant même *«– sans grand risque – le* pari *que la charte déploiera ses effets, y compris sur le plan juridique, et ce quelle que soit la nature juridique qui lui soit attribuée»*[443]. Pari gagné puisque le Tribunal de première instance a déjà tranché en ce sens[444].

125. Le second type d'actes non obligatoires est de nature concertée. La doctrine anglo-saxonne les qualifie de *gentlemen's agreements* ou de *non binding agreements* que l'on peut traduire par *actes concertés non conventionnels*[445]. Ce sont des instruments issus d'une négociation qui se distancent des conventions en ce qu'ils n'ont pas d'effet obligatoire. Ils sont en quelque sorte à l'égard des traités internationaux ce que les recommandations sont aux décisions des organisations internationales[446]. Tout comme en droit interne où

434 Nguyen 2002, ch. 247, p. 378.
435 C. I. J, 27 février 1998, Lockerbie, Rec., p. 26.
436 Nguyen 2002, p. 381.
437 Trudel 2001, p. 247 s; Nguyen 2002, ch. 217, p. 340.
438 Nguyen 2002, ch. 246, p. 377.
439 Nguyen 2002, ch. 411, p. 636 ss.
440 Nguyen 2002, ch. 549, p. 911.
441 Kovar 2000; Morand 1999, p. 174; Cartou 1992. Voir également Thürer 1990.
442 Ost/Kerchove 2002, p. 35; Panebianco 2001.
443 Commission européenne, Communiqué de presse, Bruxelles, 11 octobre 2000.
444 Tribunal de première instance, arrêt *max. mobil c. Commission* du 30 janvier 2002, T-54/99, Rec., p. II-313 ss, 333 et 337, points 48 et 57; Tribunal de première instance, arrêt *Jego-Quéré c. Commission* du 3 mai 2002, T-177/01, Rec., p. II-2365 ss, 2381, point 42.
445 Nguyen 2002, ch. 250, p. 385.
446 Nguyen 2002, ch. 250, p. 385.

plusieurs critères ont été proposés[447], la doctrine peine à les classifier de manière juridiquement pertinente[448]. Leurs dénominations sont également variées: communiqués communs, déclarations, chartes, codes de conduite, arrangements, memoranda, actes finals, protocoles voire accords[449]. Dans certains cas, comme dans celui des résolutions des organisations internationales, il n'est pas toujours facile de les distinguer des recommandations, mais la question reste théorique dans la mesure où la portée juridique des actes concertés non conventionnels est très voisine de celle des recommandations[450].

447 Voir ci-dessus ch. 80.
448 Nguyen 2002, ch. 251, p. 386.
449 Nguyen 2002, ch. 251, p. 385.
450 Nguyen 2002, ch. 252, p. 387 s.

III. Les effets juridiques des actes étatiques non obligatoires

1. Introduction

1.1. Un effet en principe non obligatoire

126. Les actes objets de notre rapport sont, par définition, non obligatoires. N'ayant pas pour effet de générer des droits ou des obligations, ils ne constituent en principe pas des actes juridiques[451]. Ils ont simplement pour effet d'orienter le comportement sans obliger juridiquement. Le comportement à adopter est laissé à l'*appréciation* des destinataires. Ainsi ni les recommandations[452], ni les mises en garde[453], ni les arrangements informels[454] ne forment en principe des décisions en droit suisse. En droit international public, les recommandations et les actes concertés non conventionnels ne lient pas plus leurs destinataires qui ne commettent dès lors aucune infraction en ne les respectant pas[455]. Certains actes conventionnels le précisent expressément, montrant au passage qu'il ne s'agit pas d'une évidence: *«Aucun Etat contractant ne sera considéré coupable d'infraction à la présente convention s'il manque de mettre ses recommandations à exécution»* (art. 69 de la charte constitutive de l'OACI[456]). Cette précision, déroutante dans une perspective strictement positiviste, démontre – si besoin était – la pertinence juridique de tels actes.

127. Dans certains cas, ces actes peuvent exceptionnellement déployer un véritable effet obligatoire[457].

128. Seuls les actes non obligatoires à caractère normatif, c'est-à-dire les recommandations et les arrangements non obligatoires visant à orienter le comportement par une norme non impérative[458], que nous avons appelés *actes appréciatifs*, formeront l'objet de ce chapitre. Nous n'insisterons pas sur les

---

451 Nous ne reviendrons pas sur l'aspect – inévitablement – tautologique de la définition du droit, sous-jacent ici (Latour 2002, p. 273 ss).

452 Tschannen 1999, p. 376; Richli 1990, p. 154 et 168; Müller 1995, p. 550 (cet auteur critiquant cet avis); Manfrini 1982, p. 413.

453 Tschannen 1999, p. 376; Nützi 1995, p. 47 s; Richli 1990, p. 154 et 168; Müller/Müller-Graf 1995, p. 357 ss; Müller1995, p. 550 (cet auteur montre toutefois que de telles mesures pourraient le cas échéant être qualifiées de décisions en raison de l'analogie des effets juridiques).

454 Kautz 2002, p. 43 ss et 80; Pfenninger 1996, p. 186. Voir également Müller-Graf 2001, p. 171 (pour les activités informelles en général).

455 Nguyen 2002, ch. 247, p. 378 et ch. 253, p. 389.

456 Cité *in* Nguyen 2002, ch. 247.

457 Voir ci-dessous ch. III.3.

458 Voir ci-dessus ch. II.3.1 sur la notion de norme dans un sens non juridique.

actes ayant pour effet d'influencer le comportement par un simple fait (actes matériels au sens étroit) dont l'effet n'est pas directement normatif.

1.2. L'effectivité des actes non obligatoires

129. En relation avec la question de savoir si les actes non obligatoires sont suivis d'effets dans l'ordre juridique se pose la question de l'effectivité, c'est-à-dire celle de déterminer si ces actes sont, en pratique, tout simplement suivis. On peut affirmer pour une partie d'entre eux du moins, que s'ils ne l'étaient pas, ils ne poseraient aucun problème: ils ne léseraient personne et ne seraient rapidement plus utilisés. C'est donc bien parce qu'ils sont en pratique plutôt respectés qu'ils sont problématiques, puisque, contrairement aux formes juridiques impératives, leur légitimité ne saurait résulter de leur seule procédure d'adoption, ni des mesures de contrôle: *«L'absence de force obligatoire des recommandations ne signifie pas qu'elles n'ont aucune portée. Si c'était le cas, on s'expliquerait mal l'acharnement des débats conduisant à leur adoption»*[459] reconnaissent les internationalistes. La puissance de l'effet peut être comparée à celle de l'eau qui creuse les pierres les plus dures par érosion[460].

130. Les actes non obligatoires peuvent cependant être suivis d'effets dans l'ordre juridique même s'ils ne sont pas respectés, c'est-à-dire indépendamment de leur effectivité (une campagne d'information sur le sida peut choquer certaines sensibilités même si les destinataires n'en suivent pas les recommandations).

131. En pratique, le degré de respect des actes non obligatoires peut être évalué avec plus ou moins de fiabilité selon les domaines. L'évaluation sera d'autant plus exacte que le rapport de causalité entre la mesure non obligatoire et le comportement recommandé peut être adéquatement prouvé. Par exemple le dénombrement d'automobilistes roulant durant la journée avec les feux de circulation allumés comme conséquence de la recommandation conseillant ce comportement. En fait, la réalité est plus enchevêtrée, car la véritable efficacité des actes non obligatoires réside plutôt dans leur combinaison avec d'autres instruments, juridiquement obligatoires ou non. L'effet des campagnes d'information anti-tabac ou contre l'alcoolisme est ainsi renforcé par des actes obligatoires incitatifs tels que les taxes perçues sur les paquets

---

459 Nguyen 2002, ch. 248, p. 379.

460 Sur cette métaphore pour un exemple de *soft law* en droit international public, voir McCrudden 2000, p. 445.

de cigarette ou sur l'alcool[461]. Parfois, des motivations parallèles se rencontrent et seuls des sondages approfondis permettent de cerner plus exactement l'effet d'une recommandation, à l'instar du taux de rapports sexuels protégés dont une part peut être imputée directement aux campagnes anti-sida, mais dont l'autre peut provenir de motifs concurrents (méthode contraceptive, prévention d'autres maladies sexuellement transmissibles, crainte d'une sanction pénale, etc.). Le respect de recommandations particulières peut être chiffré parfois précisément. Ainsi le taux de conducteurs portant la ceinture de sécurité, avant l'introduction du port obligatoire, dont les sondages du Bureau suisse de prévention des accidents montrent une *«légère»* augmentation du taux de respect: *«la propagande massive en faveur du port de la ceinture de sécurité y fut probablement pour quelque chose»*[462]. Ces enquêtes montrent d'ailleurs en l'espèce l'efficacité plus grande des mesures obligatoires[463]. Le degré de respect des recommandations peut être évalué indirectement par sa «traduction» monétaire par exemple chaque fois que leur auteur est attaqué en responsabilité devant les tribunaux[464]. En matière d'information – qui est incontestablement un moyen de contrôle[465] –, l'influence de l'information politique sur le comportement des votants est probablement la mieux documentée sous l'angle juridique, en raison de l'existence d'une voie de droit spécifique qui a produit une abondante jurisprudence[466]. On peut aussi évoquer le cas spécifique de la propagande militaire dont les effets tant sur l'ennemi que sur ses propres troupes ainsi que sur l'opinion publique n'ont plus à être démontrés[467]. L'efficacité de l'influence des images en matière de propagande est cependant aujourd'hui contestée[468]. En droit bancaire, l'efficacité des recommandations de la Commission fédérale des banques semble reconnue, posant un problème du point de vue de la protection juridique[469]. En droit de la concurrence également, les juristes montrent l'efficacité des recommanda-

461 Voir par exemple l'effet de la taxe sur les alcopops sur la consommation de telles boissons (FF 2 003 1984).

462 Killias 1983, p. 358 s. Sur cette question, voir ég. Morand et al. 1977.

463 Killias 1983, p. 359 ss.

464 Voir ci-dessus, ch. 47.

465 Voir Beniger 1986, dont le propos est de comprendre le développement de l'information comme moyen de contrôle: *«my goal might seem to be narrow: to understand the expanding economy of information as a means of control.»* En particulier, le développement de la publicité dans les nouveaux médias depuis la fin du XIXe siècle (p. 349 ss) et l'impact de l'information sur la bureaucratie (p. 390 ss).

466 Voir note au ch. 64 ci-dessus.

467 Voir sur ce thème Géré 1997.

468 A l'origine des théories de l'efficacité de telles images, voir Tchakhotine, S., *Le viol des foules par la propagande politique*, 1939, rééd., Paris 1992; Ellul, Jacques, *Propagandes*, Paris 1990. *Contra*: Gervereau, L., *Histoire du visuel au XXe siècle*, Paris 2003.

469 Richli 1992, p. 200; Manfrini 1982, p. 413.

tions, avis et autres communications émis par les autorités[470], même si cela est parfois discuté[471] ou n'a pas toujours été le cas par le passé[472].

132. En revanche, il est difficile de recenser la mise en œuvre des arrangements non obligatoires en raison même des motifs qui ont conduit à leur adoption. Le consentement des parties a notamment pour conséquence de raréfier le contentieux, d'autant plus si ces accords demeurent secrets. En droit international public cependant, la doctrine peut affirmer que *«l'expérience montre que ces instruments* [actes concertés non conventionnels] *ne sont, en fait, ni moins respectés, ni moins contraignants que les traités en bonne et due forme.»*[473] Depuis l'Acte final du Congrès de Vienne et la Déclaration sur la neutralité perpétuelle de la Suisse du 20 novembre 1815, les exemples de respect des actes concertés non conventionnels ne manquent pas[474]. La Déclaration commune des Ministres européens de l'Éducation réunis à Bologne le 19 juin 1999 (Déclaration de Bologne) est un exemple récent[475].

133. Ce constat conduit à la question probablement la plus énigmatique de notre problématique: comment peut-on amener les individus à modifier leurs comportements sans les y forcer par des règles de droit? Les travaux récents en *psychologie sociale* sont d'un grand intérêt pour saisir les mécanismes visant à conduire autrui à faire ce que l'on voudrait qu'il fît sans l'y contraindre[476]. Les enjeux en termes de pouvoir, de légitimité et de contrôle de l'action étatique sont importants. Un vaste champ de recherche interdisciplinaire peu défriché devrait s'ouvrir pour mieux mettre en exergue cette forme contemporaine d'exercice des prérogatives publiques.

---

470 Martenet 2002, *ad* art. 8 LMI, ch. 18, p. 1392; Tercier 2002, *ad* art. 46 LCart, ch. 15, p. 954; *ad* art. 45 LCart, ch. 33 ss; *ad* art. 47 LCart, ch. 34, p. 962.

471 Voir l'avis de la Commission de gestion du Conseil national estimant l'instrument de la recommandation insuffisant, tout en soulignant qu'il ne serait efficace *«que s'il existe un risque que puisse lui faire suite une décision d'un tribunal»* (FF 2 000 5611).

472 Tercier 2002, *ad* art. 46 LCart, ch. 14, p. 954; Tercier 2002, *ad* art. 45 LCart, ch. 13, p. 943.

473 Nguyen 2002, ch. 253, p. 389; Virally 1983, p. 211 (à propos des *gentlemen's agreement*) et p. 226 s (accords en général).

474 Virally 1983, p. 198; Nguyen 2002, ch. 253, p. 390; Shelton 2000 *passim* (notamment 449 ss).

475 Voir les Directives pour le renouvellement coordonné de l'enseignement des hautes écoles universitaires suisses dans le cadre du processus de Bologne adoptées le 4 décembre 2003 par la Conférence universitaire suisse.

476 On conseillera, comme première lecture aux novices dans le domaine, une vulgate fort instructive: Joule/Beauvois, Grenoble 2002.

2. Une normativité graduelle

2.1. L'hypothèse d'une normativité spécifique: une nouvelle source du droit?

134. Qu'il s'agisse d'actes non obligatoires unilatéraux ou concertés, la doctrine leur reconnaît unanimement des *effets juridiquement pertinents* (*rechtsunverbindlich* vs *rechtsunerheblich*)[477] en dépit de leur défaut de force obligatoire de principe. Certains auteurs en ont déduit la nécessité de *«déplacer les frontières du droit»*[478] soit afin d'accroître la légitimité de ces actes ou leur protection juridictionnelle, soit, comme spécifiquement en droit international public, dans le but, épistémologique et inavoué, de consolider ce dernier domaine en véritable science normative. Si la caractéristique de la sanction a été abandonnée depuis longtemps comme critère dirimant exclusif pour définir la notion de droit[479], celle de l'obligation[480], combinée à celle de la justiciabilité[481], paraît rester aujourd'hui la plus sûre. Toutefois, la mise en évidence des effets juridiquement pertinents des actes non obligatoires contribue à ébranler l'opportunité de ces derniers critères. Lorsque *«se multiplient les frontières floues et les zones de recouvrement entre les règles juridiques et les formes non juridiques de régulation sociale»*[482], le droit ne deviendrait-il pas *«soluble»*[483] et sa définition *«une question sans réponse?»*[484] Ainsi pour

---

477 En *droit interne*, voir Moor 2002, p. 29 ss et 185 ss; Kautz 2002, p. 80 ss et 289 ss; Müller-Graf 2001, p. 172 ss; Tschannen 1999, p. 399 ss; Mahon 1999, p. 247 ss; Häfelin/Müller 2002, ch. 737, p. 157 s; Flückiger 1998, p. 9 ss; Pfenninger 1996, p. 186 ss (les actes de coopération informelle ne sont juridiquement pas obligatoires, mais peuvent déployer des effets juridiques de manière indirecte sur la base de la *culpa in contrahendo* et du principe de la confiance); Schulte 1995, p. 30; Müller/Müller-Graf 1995, p. 357 ss; Nützi 1995, p. 117 ss (informations étatiques); Herren 1991, p. 48 s; Richli 1990, p. 157 ss (informations étatiques); Plattner-Steinmann 1990, p. 42 ss, 76, 98 ss et 188.
En *droit international public*, Nguyen n'opère par de distinction au niveau des effets d'ordre juridique entre les actes concertés non conventionnels et les recommandations dans la mesure où *«leur portée est très voisine»* (Nguyen 2002, ch. 252, p. 388). Cet auteur reconnaît aux recommandations une *«valeur juridique* [qui] *n'est pas négligeable»* (ch. 248, p. 379) et aux actes concertés non conventionnels *«une portée juridique qui est loin d'être négligeable»* (ch. 254, p. 391).

478 Morand 1999, p. 175 s et 181 s.

479 *«L'idée selon laquelle c'est la sanction ou même la «sanctionnabilité» de la règle qui détermine son caractère juridique revient à poser que l'effectivité de ladite règle conditionne directement sa juridicité. Or cela ne peut être admis»* (Béchillon 1997, p. 61). Voir également Morand 1999, p. 173 reprenant l'opinion selon laquelle les sanctions ne sont que des chaînes d'obligations créées à la suite de la violation d'une obligation primaire, ainsi que Timsit 1997, p. 176 ss, et Forstmoser 2003, § 6, ch. 37 ss. Sur les difficultés posées par le caractère polysémique de la sanction, voir Ost/Kerchove 2002, p. 222 ss.

480 Feuz 2002, p. 65 ss; Morand 1999, p. 173; Amselek 1964, p. 264 ss.

481 Ost/Kerchove 2002, p. 302 ss.

482 Ost/Kerchove 2002, p. 267.

483 Belley 1996, p. 7 *(«Une métaphore chimique pour le droit»)*.

484 Ost/Kerchove 2002, p. 267 ss.

d'aucuns, l'assimilation entre le «juridique» et l'«obligatoire» serait abusive[485]; la *«juridicité ne signifie pas nécessairement obligatoriété et pertinence ou effet juridique ne se réduit pas seulement à effet obligatoire»*[486]. Les codes de bonne conduite, les *gentlemen's agreements* et autres directives formeraient ainsi de *«nouvelles sources du droit»*[487] présentant une normativité spécifique: *«Certaines propositions, parfois présentées comme normatives, semblent ne contenir aucun commandement direct ou même indirect. C'est le cas des conseils et des recommandations. Jusqu'à ces dernières décennies, la recommandation siégeait à l'extérieur du phénomène juridique.* [...] *la tentation première pousse à leur dénier toute autorité normative. Et pour cause: elles ne prescrivent rien d'obligatoire. Mais on peut aussi concevoir d'adopter l'attitude inverse.* [...] *Faut-il alors admettre l'existence plus ou moins exceptionnelle de normes sans impératif? Sinon, faut-il renoncer a priori à intégrer toute cette* ‹soft law› *au paysage du ‹vrai› Droit? Mieux vaut opter pour une voie médiane, qui consiste à relever une composante impérative au cœur de l'incitation, mais à lui reconnaître une normativité* spécifique.»[488] Une normativité graduelle dont nous tenterons d'esquisser les contours.

2.2. *Une normativité graduelle* vs *l'existence d'un «seuil normatif»*

135. La perspective d'une normativité spécifique s'inscrit dans le débat entre ceux qui admettent l'existence d'un *«seuil normatif»*[489] à partir duquel un acte deviendrait juridique et ceux qui, au contraire, postulent la présence de degrés intermédiaires entre ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas[490].

136. En droit international public, cette discussion s'est cristallisée autour de la notion de *soft law* que d'aucuns ont qualifiée de *«pathologie»*[491] voire

485 Nguyen 2002, ch. 254, p. 391.

486 Abi-Saab 1993, p. 62 ss.

487 Ost/Kerchove 2002, p. 359.

488 Béchillon 1997, p. 190 s.

489 Weil 1982, p. 9; Thürer 1985, p. 441; Dmochowski 2001, p. 53.

490 En droit international public: Abi-Saab, p. 62 ss; Virally 1983, p. 244 (réf. cit.). En droit interne: Timsit 1988, p. 50 *(«Le recours à la notion de normativité relative proposée par Prosper Weil pour le droit international paraît également légitime dans l'ordre interne»)*; Papaux 2003, p. 370 s; Ruch 1997, p. 167 ss (en droit de l'aménagement du territoire); Poltier 1987, p. 372 ss (avec des réf. cit. en sociologie et en anthropologie du droit notamment).

491 Weil 1982, p. 8; Virally 1983, p. 248 admet ce terme pour la *soft law* dans son acception matérielle seulement, car les *«obligations pré-juridiques»* ne sont pas de la *«law»*. Pour Virally, les textes non conventionnels ne sont pas du droit (p. 246) niant ainsi l'existence de degrés normatifs. Pour la *soft law* matérielle, il n'y a pas de degré non plus, mais *«on n'est lié que pour ce qui a été promis. Et toutes les nuances du langage correspondent à des nuances dans la portée de l'obligation assumée.»* (p. 248).

d'*«aberration»*[492]. Certains auteurs s'opposent à cette perspective graduelle au motif que l'*«on risque* [...] *d'acclimater l'idée qu'il y a plusieurs catégories d'obligations juridiques et que l'on peut se permettre de ne pas honorer certaines d'entre elles, sous le prétexte qu'elles ne sont pas aussi ‹dures› que d'autres.»*[493] D'autres avancent des arguments «logiques»: «[Es scheint] *juristisch undenkbar, den Begriff der rechtlichen Geltung zu graduieren, zu quantifizieren. Eine Norm gilt, logisch gesehen, oder sie gilt nicht. Sie kann nicht leicht oder stark, mehr oder weniger gelten.»*[494] Hors du champ de la définition classique du droit, rien ne s'oppose «logiquement» à une telle perspective. L'opposition est en réalité dogmatique; ce que l'auteur précité reconnaît lui-même: *«Es gibt also, dogmatisch gesehen, nur ‹hard law› oder ‹no law›.»*[495]

137. Les tenants d'une normativité graduelle reprochent aux précédents le réductionnisme de leur approche binaire qui correspondrait, pour certains, à une théorie instantanée de la création du droit ou *«big bang»*[496]. Les actes non obligatoires ont parfois des incidences qui dépassent les effets purement moraux ou politiques si bien que le «juridique» ne saurait se restreindre aux actes obligatoires[497]. Toute proposition juridique n'a donc pas la même *«intensité normative»*[498].

138. Posé dans les termes précédents, le débat est à notre avis sans issue, puisqu'il renvoie à la définition même du droit, une question sans réponse définitive[499]. Alors que l'examen des différents effets juridiquement pertinents montre sans contestation possible la largeur du spectre normatif des instruments non impératifs – ce qui accréditerait la théorie gradualiste –, une apparente contradiction surgit inévitablement lorsque ces effets confèrent un caractère obligatoire à ces actes qui ne le sont en principe pas. Le besoin de fixer un seuil normatif le long de cette échelle progressive se fera pratiquement sentir au moment de résoudre la question du contrôle juridictionnel (le recours est ouvert ou ne l'est pas), c'est-à-dire au moment de résoudre un problème concret. La jurisprudence relative à la notion de décision, opposée à celle d'acte matériel[500], montre que ce seuil ne saurait être définitivement fixé, indépendamment des circonstances et du cas d'espèce. Bien que revêtant l'apparence de la rigueur – celle du noir ou blanc –, la théorie du seuil nor-

492 Selon André-Jean Arnaud, cit. *in* Morand 1999, p. 174.
493 Virally 1983, p. 246.
494 Thürer 1985, p. 441.
495 Thürer 1985, p. 442.
496 Abi-Saab 1993, p. 62.
497 Nguyen 2002, ch. 254, p. 391.
498 Ost/Kerchove 2002, p. 318.
499 Voir ci-dessus ch. 134.
500 Voir ci-dessous ch. 231 ss.

matif laisse en pratique une zone fluctuante entre le droit et le non-droit susceptible de varier dans le temps et dans l'espace. Aucune des deux conceptions n'échappe donc à un certain flou. Autant admettre dès lors l'existence d'une zone grise dans ces deux extrêmes[501], qu'il s'agira d'appréhender de manière dialectique[502] tout en conservant à l'esprit l'enjeu de l'extension des frontières du droit, c'est-à-dire le *«souci de réintégrer* [... dans le droit] *des considérations tirées de l'analyse du pouvoir réel exercé par l'autorité qui agit de manière incitative»*[503]. C'est précisément à l'analyse de ce pouvoir réel que nous consacrerons les sections suivantes.

3. Les différents degrés normatifs

3.1. L'effet obligatoire

139. Phénomène *a priori* paradoxal, les actes non obligatoires peuvent selon les circonstances déployer un effet juridique obligatoire, perdant leur caractère non impératif. L'acte non obligatoire devient obligatoire. Cet effet, exceptionnel, peut avoir lieu soit par le détour d'un renvoi législatif ou judiciaire, soit par le principe de la confiance.

140. La loi peut ainsi conférer directement à une recommandation une force contraignante ou prévoir une procédure l'y conduisant. Le droit fédéral connaît une telle clause d'impérativité directe contraignante[504], habilitant le Conseil fédéral *«par voie d'ordonnance* [à] *déclarer comme ayant force obligatoire certaines parties du Manuel des denrées alimentaires»*, lequel a normalement valeur de recommandation en vertu de la loi (art. 22 al. 3 LDAl[505] en relation avec l'art. 22 al. 2 LDAl). L'effet obligatoire ne découle cependant pas de la recommandation elle-même, mais de la loi qui en modifie le statut juridique. Il en va de même lorsque l'ordre juridique exige qu'une recommandation déterminée prenne la forme d'une décision, comme l'exemple suivant, relatif à la communication d'une recommandation négative, le montre:

> Dans le cadre de l'établissement de pôles de recherche nationaux, lorsque le Fonds national suisse, après examen de la requête, choisit de ne pas recommander la réalisation d'un pôle de recherche, il en informe ses auteurs par voie de décision (art. 8d al. 1er de l'ordonnance relative à la loi sur la recherche[506]).

---

501 Morand 1999, p. 176.

502 Selon la proposition de François Ost (Ost 1997, p. 251 ss).

503 Morand 1999, p. 176.

504 Sur les clauses d'impérativité indirecte contraignantes, voir ci-dessous ch. 149 ss. Sur les clauses d'impérativité non contraignantes, directes et indirectes, voir ci-dessous ch. 173 ss.

505 RS 817.0.

506 RS 420.11.

141. L'ordre juridique peut également assortir le non-respect d'accords «amiables» avec les autorités de la concurrence (surveillant des prix et commission de la concurrence) de sanctions administratives et pénales extrêmement élevées, ayant pour effet de les rendre obligatoires[507], sans pour autant que, curieusement, la pratique en admette l'examen juridictionnel direct[508].

142. La jurisprudence peut également reconnaître sporadiquement à un acte matériel déclaratif un effet contraignant sur le fondement du *principe de la bonne foi* (art. 5 al. 3 et 9 Cst.), comme dans l'exemple des renseignements fournis par l'administration sur lesquels l'administré peut, selon les circonstances, se fier[509] ou celui de la tolérance permanente et ininterrompue d'une situation illégale[510]. Ce principe est d'application plutôt restreinte. S'il paraît plus difficile de l'appliquer aux autres actes unilatéraux non impératifs tels que les recommandations ou les mises en garde[511], cela ne signifie pas une absence de portée totale. On peut en particulier se demander dans quelle mesure l'autorité émettrice d'un tel acte ne se lierait pas elle-même, et serait dès lors tenue d'appliquer les critères qu'elle recommande et sur lesquels les destinataires pourraient légitimement se fonder. La réponse à cette interrogation dépend des circonstances spécifiques au cas d'espèce. Elle dépendra en particulier du degré de force appréciative de l'acte. Nous verrons plus loin qu'elle peut s'avérer très contraignante de fait. Dans la mesure où les autorités parviennent, à l'aide de différentes techniques, à imposer aux destinataires un respect de fait de leurs actes non obligatoires, il n'est pas à exclure qu'un destinataire puisse estimer de bonne foi que les autorités y sont symétriquement liées et s'y fier en toute légitimité. Cette conclusion est renforcée si le non-respect par l'administration de ses propres recommandations conduit à des incohérences confinant à l'arbitraire ou contribuant à violer le principe d'égalité. En droit de la concurrence, la doctrine juge ainsi que la Commission de la concurrence est obligée, sur la base de la bonne foi, à appliquer les critères qu'elle a adoptés et publiés dans des actes dénués de force contraignantes, appelés communications (art. 6 al. 1er LCart[512])[513]. En droit international public en revanche, les recommandations ne peuvent être opposées aux Etats ayant voté en faveur de leur adoption sur la base de la bonne foi. Tout au plus est-il interdit à un Etat ayant voté en ce sens de reprocher à un autre Etat d'en faire application[514].

---

507 Voir ci-dessus section II.3.3.2.4.
508 Voir ci-dessus ch. 106.
509 Voir ci-dessus ch. 74.
510 TF *ZBl* 2 002 582, 589; ATF 107 Ia 121, 124. Voir ci-dessus ch. 104.
511 Sur cette question, voir Tschannen 1999, p. 400.
512 RS 251.
513 Reymond 2002, *ad* art. 6 LCart, ch. 50, p. 318 (réf. cit.).
514 Nguyen 2002, ch. 247, p. 378 et ch. 248, p. 380; Thürer 1985, p. 445 s.

143. Quant aux *actes non unilatéraux*, les parties à un arrangement non impératif ne sauraient en règle générale invoquer le principe de la bonne foi pour faire constater un effet obligatoire[515]. Exceptionnellement toutefois, la doctrine reconnaît qu'un arrangement puisse peut-être fonder une responsabilité en raison d'un comportement contraire à la bonne foi au cours des négociations *(culpa in contrahendo)*[516] ou, en droit international public, qu'il puisse créer des expectatives autorisant ses partenaires à faire jouer le principe d'estoppel[517].

144. Un cas particulier peut encore être évoqué. Les internationalistes citent un certain nombre de recommandations liant les Etats à la suite de l'*acceptation* de celles-ci[518]. Dans cette hypothèse, la force obligatoire trouve toutefois sa source dans la volonté unilatéralement exprimée par l'Etat de se lier, et non dans la recommandation elle-même[519]. Le lien juridique ne provient pas non plus du simple fait que l'Etat respecterait la recommandation et la mettrait en œuvre en pratique, ni qu'il aurait voté en sa faveur au moment de son adoption[520]. Ce n'est effectivement pas parce qu'un Etat, ou une personne en droit interne, suit une recommandation, ou parce qu'il a voté en sa faveur, que celle-ci deviendrait obligatoire, mais c'est bien l'éventuel engagement contractuel à la suivre qui confèrerait à celle-ci un caractère contraignant. En droit interne, on peut faire l'analogie avec la loi-modèle, qui n'est qu'une recommandation avant son éventuelle traduction en texte législatif[521], ou avec un arrangement avant la reprise de ses termes dans un acte juridique[522]: dès que ces actes ont été adoptés dans une forme juridique obligatoire, ils deviennent évidemment contraignants.

145. On évoquera enfin les actes non obligatoires se bornant à *récapituler* des règles de droit existantes. L'impérativité de tels textes découle directement de la loi répétée. En droit interne, l'ordonnance administrative récapitulative est visée[523]; en droit international public, les actes synthétisant

---

515 ATF 118 Ib 367, consid. 9a; Brunner 2002, *ad* 41a ch. 29 et 62; Nguyen 2002, ch. 254, p. 391 (en droit international public).

516 Brunner 2002, *ad* 41a ch. 29; Braun 1998, p. 155; Pfenninger 1996, p. 186 ss et 191 ss. D'accord sur le principe, mais en plus restrictif, voir Müller-Graf 2001, p. 208 ss.

517 Nguyen 2002, ch. 254, p. 391.

518 Le plus ancien exemple date de la Société des Nations portant sur une recommandation du Conseil (Trafic ferroviaire, 1931, série A/B, n° 42, p. 116, cité *in* Nguyen 2002, ch. 249, p. 382).

519 Nguyen 2002, ch. 249, p. 383.

520 Sur ce dernier point, voir Nguyen 2002, ch. 247, p. 378, qui n'exclut cependant pas de manière définitive que le principe de la bonne foi puisse trouver application dans ce cas de figure, mais qui rappelle que si un Etat vote en faveur d'une recommandation, c'est bien *«parce qu'il a conscience que son vote ne l'engage pas»*.

521 Voir ci-dessus ch. 65.

522 Voir ci-dessus ch. 88.

523 Moor 1994, p. 267.

une coutume[524]. Dans ces cas, l'acte non impératif reste en lui-même dénué d'effets juridiques.

3.2. L'effet obligatoire réflexe

3.2.1. Introduction

146. Les actes non obligatoires peuvent lier juridiquement les administrés à la collectivité publique par effet réflexe dans tous les cas de figure où l'autorité chargée d'appliquer l'acte non obligatoire à l'égard des particuliers est liée par celui-ci alors que le particulier ne l'est pas. Le schéma-type est celui de la recommandation obligatoire pour les autorités et non pour les particuliers, sur le modèle bien connu de l'ordonnance administrative interprétative dont nous avons montré que c'était une illusion de croire qu'un acte liant l'autorité d'application ne serait pas obligatoire dans une certaine mesure pour le particulier (une normativité de degré intermédiaire comme cela résulte de la jurisprudence du Tribunal fédéral lui-même[525]).

3.2.2. Les actes non obligatoires valant ordonnances administratives

147. Certains actes non obligatoires unilatéraux peuvent être qualifiés d'ordonnances administratives interprétatives[526]. Il peut s'agir de plans ou de recommandations dont on trouve un certain nombre de traces dans la législation et la jurisprudence[527], que l'on pourrait qualifier de plans ou de recommandations interprétatifs. L'acte devient dans ce cas contraignant pour les autorités.

---

524 Nguyen 2002, ch. 249, p. 382.

525 Voir ci-dessus ch. 114.

526 Ils peuvent aussi valoir ordonnance administrative récapitulative, mais seront dans ce cas dénués d'effets juridiques par eux-mêmes (voir ci-dessus ch. 145).

527 Exemples de *plans*: Flückiger 1996, p. 141.
Exemples de *recommandations*: recommandations relatives à la prise en considération exclusive, lors de l'adjudication de travaux publics, des entreprises soumises aux conventions collectives de travail (ATF 102 Ia 533, 538); recommandations du Conseil fédéral concernant la lutte contre le smog hivernal (novembre 1987) que la préface (p. 3) qualifie d'ordonnances administratives dont *«les instances compétentes s'en serviront* [...] *dans leurs décisions, pour autant que les circonstances particulières d'un cas d'espèce ne justifient pas une dérogation»*. Plus récemment, la constatation du Tribunal fédéral selon laquelle les directives cantonales d'exécution de l'AIMP *«n'ont* [...] *pas un caractère contraignant et ne valent qu'à titre de recommandations, tant qu'elles n'ont pas été expressément reprises par le législateur»* (Tribunal fédéral, arrêt du 31 janvier 2002 [2P.218/2001], consid. 2.3) ou la recommandation d'exécution de l'ORNI publiée par l'OFEFP dont le chapitre intitulé *«valeur juridique de cette publication»* ne laisse aucun doute (OFEFP, *Stations de base pour télé-*

148. Lorsqu'ils ne sont pas directement prévus par la loi, les effets de tels actes découlent du pouvoir hiérarchique, de tutelle ou surveillance[528]. Le même procédé se retrouve en droit international public: les résolutions d'un organe hiérarchiquement supérieur sont parfois appelées «recommandations» alors qu'elles s'imposent en réalité aux organes subordonnés[529].

3.2.3. Les clauses d'impérativité indirecte contraignantes (exigence de conformité)

149. La loi, voire la constitution, peut prévoir des clauses spéciales qui, sans attribuer directement des effets juridiques aux actes non obligatoires, leur confère une influence dont l'ampleur peut varier d'une tonicité très faible (simple effet appréciatif) jusqu'à une vigueur équivalant à celle des ordonnances administratives (c'est-à-dire obligatoire pour les autorités et par effet réflexe pour les particuliers). Seuls les actes unilatéraux sont visés par ce mécanisme.

150. Les clauses d'impérativité indirecte peuvent être comparées, par analogie, avec la technique du renvoi législatif[530]. Elles font référence à un acte en soi non contraignant afin de guider la liberté d'appréciation de l'autorité dans un cadre spécifique, en général une décision[531], ou pour l'aider à interpréter des notions juridiques imprécises[532]. Le modèle de clause d'impérativité indirecte contraignante est le suivant: «la décision X doit être conforme à la recommandation Y». L'analogie avec l'ordonnance interprétative peut être filée puisque, dans ce cas, la recommandation lie l'autorité qui décide et, par effet réflexe, le particulier. C'est donc indirectement, par le détour de la décision, que la loi confère une impérativité à des actes qui n'en sont pas dotés en soi.

151. Nous avons recensé en droit fédéral deux types principaux de clauses indirectes contraignantes[533]: *l'exigence de conformité* à l'acte et celle de *men-*

---

phonie mobile et raccordements sans fil [WLL]: recommandation d'exécution de l'ORNI, Berne 2002, p. 2). Voir également Zäch 2002, DEP p. 731 ainsi que le tableau 1 a de l'annexe 1 de l'ordonnance sur la formation en radioprotection (RS 814.501.261) qui comprend sous la rubrique *«bases légales»* des *«recommandations»* à côté des directives, règlements, normes et mémentos. Dans ce dernier cas, on peut se demander s'il ne s'agit pas d'un lapsus compte tenu du contexte. Un exemple est également donné par Tschannen 1999, p. 401: ATF 120 Ia 321, 325.

528 Moor 1994, p. 267 ss.

529 Nguyen 2002, ch. 249, p. 382 et ch. 243, p. 370 ss.

530 Flückiger 1996, p. 144 ss. Sur le renvoi, voir les réf. cit. ci-dessus ch. 27.

531 Flückiger 1996, p. 146 ss.

532 Flückiger 1996, p. 150.

533 Flückiger 1996, p. 151.

tion dans l'acte. Une troisième, spécifique aux plans, est l'exigence de *coordination*[534]. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous avons répertorié plusieurs dizaines d'exemples concernant tant les plans – que nous ne répéterons pas ici[535] – que les recommandations:

Exigence de *conformité à la recommandation* (conformément, conforme, en conformité avec/à la recommandation[536], selon la recommandation[537], d'après la recommandation[538], suivre la recommandation[539], respecter les recommandations[540],

534 Flückiger 1996, p. 156 ss.

535 Flückiger 1996, p. 151 ss.

536 Les installations pour conserver des plantes et des animaux vivants *«sont contrôlées conformément aux recommandations de la commission technique»* (art. 7 al. 4 de l'ordonnance sur la conservation des espèces, RS 453); les instructions de l'administration fédérale des contributions sur les exigences en matière de sécurité des données doivent être coordonnées *«conformément aux recommandations de l'Office fédéral de l'informatique»* (art. 12 al. 3 de l'ordonnance sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir, RS 661.1); les directives de l'Office fédéral des exploitations des Forces terrestres concernant la remise de matériel pour des activités civiles *«doivent être conformes aux recommandations de l'Etat-major général, Groupe de la logistique»* (art. 11 al. 2 de l'ordonnance réglant l'engagement de moyens militaires dans le cadre d'activités civiles et d'activités hors du service, RS 510.212); l'office fédéral *«se charge de la coordination en conformité avec les recommandations de l'Office fédéral de l'informatique et de la télécommunication»* (art. 16 al. 1er de l'ordonnance sur le Registre central des étrangers, RS 142.215).

537 *«La remise de matériel pour des activités hors du service a lieu selon les recommandations du chef des Forces terrestres»* (art. 11 al. 3 de l'ordonnance réglant l'engagement de moyens militaires dans le cadre d'activités civiles et d'activités hors du service, RS 510.212); *«le minimum du pécule devant être déterminé selon les recommandations de la conférence concordataire.»* (art. 15 du concordat concernant l'exécution commune de peines et mesures selon le code pénal suisse et la législation des cantons de la Suisse du nord-ouest et de la Suisse centrale, RS 343.2).

538 Les cantons qui entretiennent les établissements d'exécution commune des peines prononcées à l'égard des adultes conviennent d'*«exiger un prix de pension uniforme à fixer d'après les recommandations de la conférence concordataire.»* (art. 14 al. 1er du concordat concernant l'exécution commune de peines et mesures selon le code pénal suisse et la législation des cantons de la Suisse du nord-ouest et de la Suisse centrale, RS 343.2).

539 *«L'adjudicateur est en principe tenu de suivre la recommandation du jury»* (art. 53 de l'ordonnance sur les marchés publics, RS 172.056.11). Dans cet exemple, une clause dérogatoire permet cependant de ne pas suivre la recommandation moyennant le versement d'une indemnité et le lancement d'une nouvelle procédure (art. 53 *i.f.* et 55 al. 2 OMP); lors de la construction des installations électriques à courant fort *«les règles de la technique, en particulier les recommandations techniques de l'Union des centrales suisses d'électricité* [...] *doivent être suivies»* (art. 7 al. 2 de l'ordonnance sur le courant fort, RS 734.2).

540 L'organe parlementaire de contrôle de l'administration, sur mandat des commissions de gestion, a pour tâche de *«vérifier si les recommandations des commissions de gestion sont respectées au sein de l'administration»* (art. 14a al. 2 let. d de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les Services du Parlement, RS 171.115).

répondre à la recommandation[541], satisfaire à la recommandation[542]). Exigence de *mention dans la recommandation* (mentionné dans[543]).

3.2.4. La formalisation d'un acte non obligatoire (mise sous forme d'acte juridique d'un contenu non obligatoire et définition de la compétence d'adopter un acte non obligatoire)

152. Nous avons montré plus haut que la formalisation dans un acte juridique, même partielle, des actes non obligatoires pouvait obliger les autorités[544]. Tant un *contenu non obligatoire*, dans l'exemple des recommandations contenues dans une loi[545] que la *compétence d'adopter un acte non obligatoire* (on se reportera à la distinction de Hart entre règles primaires et secondaires[546]) peuvent être formalisés dans un acte juridique.

153. Dans le second cas, l'autorité est liée par la règle de droit lui attribuant la compétence d'édicter un acte non impératif en ce sens qu'elle devra obligatoirement agir dans le cadre de cette compétence[547]. En revanche, dans le premier cas, l'autorité n'est pas obligatoirement liée par les recommandations qu'elle a édictées elle-même dans un acte juridique. Dans la mesure où l'on peut cependant légitimement attendre d'une administration qu'elle suive ses propres recommandations pour des motifs de cohérence de l'action étatique, il n'est pas à exclure qu'un non-respect puisse, selon les circonstances, obliger l'Etat sur le fondement du principe de la bonne foi[548]. La mise sous forme d'acte juridique d'un contenu non obligatoire est également susceptible d'obliger d'autres autorités. Celles-ci perdront alors la compétence d'édicter un acte de contenu divergent dans la mesure où il existe entre

---

541 Dans la procédure d'expertise énergétique des magnétoscopes domestiques, il faut utiliser comme signal d'entrée un signal radio *«répondant»* aux Méthodes recommandées pour les mesures sur les récepteurs de télévision (ch. 2.4 de l'annexe de l'ordonnance sur la procédure d'expertise énergétique des magnétoscopes domestiques, RS 730.017.3).

542 Les logements pour personnes âgées *«doivent satisfaire autant que possible* [...] *aux recommandations édictées par le Délégué à la construction de logements»* (art. 8bis de l'ordonnance [2] concernant l'aide fédérale destinée à encourager la construction de logements, RS 842.2).

543 Le titulaire d'une adresse NSAP *«ne peut communiquer qu'avec des systèmes dont les adresses NSAP ont été légitimement attribuées au sein de la hiérarchie d'adresses NSAP mentionnée dans la recommandation UIT-T X.21 332 ≠ ISO/IEC 834 833, annexe A»* (art. 41 al. 3 de l'ordonnance sur les ressources d'adressage dans le domaine des télécommunications, RS 784.104).

544 Voir ci-dessus ch. 21.

545 Voir ci-dessus section II.3.2.2.2.

546 Hart 1976, p. 43 ss.

547 Voir ci-dessous section IV.3.3.2.

548 Voir ci-dessus section III.3.1.

l'auteur de l'acte juridique et les autres autorités une relation hiérarchique, de surveillance ou de tutelle.

On prendra à titre d'illustration une recommandation du Conseil fédéral contenue matériellement dans une ordonnance législative préconisant de circuler en voiture durant la journée avec les feux allumés[549]. L'administration fédérale – l'Office fédéral de l'énergie, par exemple – n'aura dorénavant plus le droit d'adresser une recommandation contraire, au motif que le respect d'une telle mesure accroîtrait la consommation de carburant et augmenterait ainsi la pollution, puisque le Conseil fédéral, en tant qu'autorité disposant d'un pouvoir hiérarchique, a tranché matériellement.

154. En dehors d'une relation hiérarchique, de surveillance ou de tutelle, la recommandation, contenue dans un acte juridique ou émise sur le fondement d'une clause de compétence normative, déploie envers les autorités le même effet appréciatif qu'à l'égard de ses destinataires directs. Ces derniers, les conducteurs dans l'exemple précédent, restent bien évidemment libres de suivre la recommandation ou non, avec un degré plus ou moins prononcé de contrainte selon qu'il existe ou non une menace en termes de responsabilité pour ceux qui rouleraient feux éteints (effet appréciatif[550]). Pierre Scyboz a entrevu le problème, certains y voyant déjà selon lui *«une recommandation renforcée, même si le ‹contrevenant› ne risque pas d'amende d'ordre»* ou – notion étrange – une *«prescription théorique»*, en aboutissant à la conclusion que le législateur devrait renoncer à de telles *«règles»*[551]. La critique porte sur l'incertitude qu'amènent de tels actes, qui paraissent, pour les tenants de la théorie du seuil normatif du moins, être du droit tout en n'en étant pas. Contrairement aux ordonnances administratives ou aux actes objets d'une clause d'impérativité indirecte contraignante, l'effet obligatoire à l'égard des autorités n'influence pas le caractère appréciatif à l'égard des particuliers. Ces derniers demeurent en effet libres de suivre ou non les recommandations dont la compétence d'édiction a été formalisée dans la loi (effet appréciatif). Dans le cas de l'effet obligatoire réflexe en revanche, l'administré n'a aucune liberté de s'écarter de la recommandation à la suite de sa concrétisation dans une décision. On ne saurait cependant partager l'opinion de Pierre Tercier qui, raisonnant sur les recommandations en droit de la concurrence, a déduit de la simple définition dans la loi de la compétence d'adresser des recommandations une obligation des destinataires récalcitrants de motiver leur position; effet appréciatif certes, mais qui ne saurait être implicitement admis sans autre[552].

549 Voir ci-dessus section II.3.2.2.2.

550 Voir ci-dessous section III.3.3.2.4.

551 Scyboz 2002.

552 Sur une analyse plus détaillée de cette question, voir ci-dessous section III.3.3.2.5.

155. Un effet obligatoire d'ordre procédural peut également découler de la formalisation de la compétence d'adopter un acte non impératif. Tel est le cas lorsque la loi intègre une recommandation dans un cadre procédural plus général, en indiquant que celle-ci doit être *une phase préalable dans une procédure conduisant à l'adoption d'un acte juridique*. Elle définit dans ce cas une procédure par étapes[553] ou précise qu'un acte juridique ne peut être adopté que «sur proposition» ou «sur recommandation»[554] d'une autre autorité. Cette recommandation n'est pas obligatoire, mais n'est pas dépourvue d'effets juridiques dans les cas où son absence constitue un vice procédural susceptible d'être attaqué[555]: renoncer à consulter le Surveillant des prix comme l'article 14 LSPr[556] l'exige constitue une violation du droit fédéral[557]. L'acte non obligatoire constitue dans ce cas de figure une condition préalable à l'adoption de l'acte obligatoire («acte condition»[558]). L'émission d'un acte non obligatoire peut également constituer une étape préalable obligatoire dans une procédure conduisant à l'adoption d'un autre acte dénué d'impérativité. Un exemple peut être trouvé en droit de la protection des données personnelles où, si le maître d'un fichier ne déclare pas celui-ci, le préposé fédéral l'invite à s'acquitter de son obligation dans un délai déterminé. A l'expiration du délai, il peut recommander la cessation du traitement de données (art. 29 al. 3 OLPD[559]).

156. Il n'y a donc rien d'anodin à définir dans un acte juridique la compétence d'adopter un acte non obligatoire ainsi qu'à mettre en forme dans un acte juridique un contenu non obligatoire. L'action de l'Etat gagne sur ces points en cohérence[560] pour autant, bien sûr, qu'une telle formalisation

---

553 Dans le domaine des écoles polytechniques fédérales, une commission paritaire chargée de procéder au réexamen de l'évaluation des fonctions émet des recommandations de classement en cas de contestation sur l'évaluation des fonctions. Ces recommandations sont communiquées à l'école polytechnique, notamment, qui doit rendre une nouvelle décision de classement (art. 1er al. 2 et 7 de l'ordonnance sur la commission paritaire de réexamen de l'évaluation des fonctions dans le domaine des EPF, RS 172.220.113.41). En matière de procédure concordataire dans le droit de la poursuite pour dettes et faillite, le commissaire recommande l'octroi ou le refus du concordat. Le juge du concordat doit alors statuer à bref délai (art. 304 al. 1er et 2 LP, RS 281.1).

554 Par exemple l'art. 97 de la Charte des Nations Unies. En droit suisse, voir parmi de nombreux exemples, l'attribution de bourses universitaires par le Département fédéral de l'intérieur *«sur proposition de la Commission fédérale des bourses»* (art. 7 de la loi fédérale concernant l'attribution de bourses à des étudiants et artistes étrangers en Suisse, RS 416.2).

555 Sur cette argumentation en droit international public, voir Nguyen 2002 ch. 243, p. 371. En droit interne, voir ci-dessus section II.3.2.2.5

556 RS 942.20.

557 Bonvin 2002, *ad* art. 14 LSPr (réf. cit.).

558 Sur ce terme en droit international public, voir Nguyen 2002 ch. 243, p. 371.

559 RS 235.11.

560 Voir Tschannen 1999, p. 420.

conduise effectivement à une meilleure coordination des activités accomplies auparavant de manière informelle.

3.2.5. L'effet d'autorisation (valeur permissive)

157. Les actes unilatéraux non obligatoires peuvent avoir une valeur permissive en ce sens qu'ils constatent formellement la licéité d'un comportement. Emanant d'une autorité, ils sont susceptibles de lier leur auteur en vertu du principe de la bonne foi sur le modèle des faux renseignements donnés à l'administré. Du point de vue des destinataires, ils légitiment l'action de ceux qui suivent la recommandation[561]. Il sera en effet malaisé à un tribunal de reprocher à un conducteur d'avoir causé un dommage alors que – ou, plus précisément, *parce que* – il a respecté une recommandation étatique. Un tel jugement risquerait d'être arbitraire. Les destinataires des actes unilatéraux non obligatoires ne commettent dès lors en principe pas d'infraction *en les respectant*. S'ils devaient pourtant en commettre, cela signifierait que l'acte lui-même est contraire au droit. Cet effet implique nécessairement que de tels actes puissent être contrôlés par une instance judiciaire lorsque leur compatibilité avec les normes juridiques existantes est mise en cause.
158. En droit international public, la valeur permissive des recommandations est démontrée. La responsabilité internationale d'un Etat ne peut en particulier pas être recherchée si celui-ci agit conformément à la recommandation[562].

3.3. L'effet appréciatif

159. Contrairement aux effets de nature obligatoire recensés précédemment, l'effet appréciatif est caractéristique des actes non impératifs. Bien que leurs destinataires ne soient pas tenus de les suivre – et peuvent donc s'en détourner[563] –, les actes non obligatoires ont cependant une portée de fait, dont l'intensité est variable, mais rarement nulle en pratique[564], que nous exami-

---

561 Morand 1999, p. 176; Abi-Saab 1997, p. 210. Dans ce sens, la recommandation d'exécution de l'ORNI publiée par l'OFEFP précise explicitement que *«si les autorités d'exécution en tiennent compte, elles peuvent partir du principe qu'elles se conforment au droit fédéral. D'autres solutions ne sont pas exclues; selon la jurisprudence, il faut cependant prouver qu'elles sont conformes au droit.»* (OFEFP, *Stations de base pour téléphonie mobile et raccordements sans fil [WLL]: recommandation d'exécution de l'ORNI*, Berne 2002, p. 2).

562 Nguyen 2002, ch. 248, p. 380 et ch. 254, p. 391 s.

563 Voir ci-dessus ch. II.3.1.

564 Voir ci-dessus ch. 129 ss.

nerons en premier (ch. III.3.3.1). L'ordre juridique peut également instaurer divers mécanismes – juridiques – destinés à accroître le respect de tels actes sans pour autant leur conférer des effets obligatoires (ch. III.3.3.2).

3.3.1. Les mécanismes de pur fait

160. Les actes non obligatoires peuvent être respectés même s'ils sont dénués d'effets juridiques en ce sens qu'ils sont susceptibles d'exercer une influence de fait parfois importante. Cet effet, que l'on peut qualifier de *politique, moral* ou *matériel* à défaut de trouver un meilleur terme[565], peut découler de l'ascendant et du prestige de l'auteur faisant autorité dans le domaine[566], de sa force de persuasion ou de son charisme. Il peut aussi provenir des rapports de force en présence comme dans l'exemple des arrangements conclus sur pression politique du législateur[567], d'un effet de *bluff* dû à la formulation de certains actes non obligatoires calquée sur celle des actes obligatoires[568] *«fondant des espoirs secrets sur la force normative de l'écrit»*[569], d'un effet psychologique provenant de la solennité de la procédure d'adoption[570], du pouvoir inhérent à celui qui détient les informations dont l'asymétrie confère à celui-ci un avantage de fait parfois décisif, de la création progressive de faits accomplis qu'il devient de plus en plus difficile de contrer pratiquement au fil du temps[571], de la nécessité pour une entreprise de maintenir son image, de préserver une réputation irréprochable[572] ou de bonnes relations avec l'administration afin de ne pas détériorer un climat de confiance[573].

161. En droit international public, la nécessité de maintenir de bonnes relations entre Etats a pour conséquence que la violation d'un engagement purement politique peut engendrer des mesures de rétorsion diverses[574] (que l'on

565 Effet réel (TANQUEREL 1988, p. 200); effet pratique (Comité des Ministres du Conseil de l'Europe: voir ci-dessous note de bas de page n° 639).

566 Comme dans l'exemple des recommandations de la Commission de la concurrence (TERCIER 2002, *ad* art. 45 LCart, ch. 45, p. 948; MARTENET *ad* art. 8 LMI, ch. 8, p. 1392) ou du Surveillant des prix qui a *«au moins un certain poids moral»* (BONVIN 2002, *ad* art. 14 LSPr, ch. 40, p. 1172).

567 Voir ci-dessus ch. 97.

568 Voir ci-dessus ch. 72.

569 TSCHANNEN 1986, let. e, p. 325.

570 NGUYEN 2002, ch. 247, p. 378.

571 Sur de tels effets matériels en matière de planification, voir FLÜCKIGER 1996, p. 117 ss (réf. cit.).

572 Le *Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance* mise par exemple sur cet effet: CRONE 2002, p. 73.

573 Effet déterminant dans le domaine des arrangements non obligatoires (KAUTZ 2002, p. 80 s; MÜLLER-GRAF 2001, p. 173 s).

574 VIRALLY 1983, p. 231 s.

oppose aux représailles, plus formelles)[575]. La doctrine a ainsi pu écrire que le législateur ne pouvait pas totalement ignorer la *soft law*[576]. Même si le Conseil fédéral a pu défendre un avis opposé[577], les exemples d'effets sur le processus législatif suisse peuvent être documentés[578]. Dans tous les cas, à défaut de se sentir juridiquement liée, l'autorité se sent au moins obligée d'examiner la question. Le Conseil fédéral l'a démontré au sujet d'un projet de recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le financement des partis politiques et des campagnes électorales au sujet duquel il écrit que *«si cette recommandation devait être adoptée, il faudrait alors procéder en Suisse également à un nouvel examen de toute une série de questions, en tenant compte de particularités institutionnelles telles que le gouvernement collégial, la démocratie semi-directe et le fédéralisme.»*[579]

162. Les ressorts du respect sont de l'ordre du fait, de la morale, de l'éthique ou des émotions (culpabilité, désir, peur, etc.[580]). Ils ne reposent pas sur l'attrait ou la crainte de conséquences organisées par le droit. Leur importance montre que les actes étatiques non obligatoires n'ont pas besoin d'être juridiquement contraignants pour être politiquement impératifs[581] – dans certains cas, leurs effets, fussent-ils de fait, pouvant être même plus sévères[582] – si

575 Nguyen 2002, ch. 573, p. 958.

576 Thürer 1985, p 450.

577 Dans le message de la loi sur les cartels de 1981 (réf. cit. *in* Thürer 1985, p. 450).

578 En matière de protection de l'environnement, de propriété intellectuelle, de navigation intérieure et de navigation aérienne (réf. cit. dans Thürer 1985, p. 450).

579 Conseil fédéral, Réponse du 20 février 2002 à l'interpellation Maillard (01.3767 Argent et démocratie. Liaisons dangereuses).

580 Tschannen 1999, p. 376.

581 La Commission des institutions politiques du Conseil national le rappelle au sujet des arrêtés de principe et arrêtés relatifs aux planifications, s'agissant en particulier du programme de législature et de la politique extérieure: *«sans avoir valeur de règle de droit, n'en ont pas moins une portée politique considérable, puisqu'elles influent de manière déterminante sur l'issue du processus»* (loi sur le Parlement: rapport [...] du 1er mars 2001, FF 2001 3298, 3322).
En droit international public, Nguyen et al. reconnaissent que *«les recommandations peuvent être politiquement très contraignantes. Ce sont d'indéniables moyens de pression politiques.»* (Nguyen 2002, ch. 247, p. 378). Dans le même sens, voir Virally 1983, p. 233, pour qui les engagements purement politiques peuvent être parfois davantage contraignants que des engagements juridiques.

582 Kautz 2002, p. 86, avec réf. cit. à la doctrine allemande (donnant l'exemple de la mise en garde contre les produits dangereux: la nécessaire publicité atteint probablement plus le producteur que la simple notification d'une interdiction de distribution en raison de l'atteinte à son image). Voir également *ibidem*, p. 156 et 281 s; Tschannen 1999, p. 432; Nützi 1995, p. 181 ss. S'agissant des actes matériels au sens étroit, nous avons montré (voir ci-dessus ch. 32) que leur caractère non normatif rendait leur exécution quasi automatique, si bien que l'atteinte est dans ce cas au moins aussi forte, si ce n'est plus, que dans le cas d'un acte juridique qui viserait le même but. Il suffit de comparer la construction d'un obstacle à la circulation pour empêcher de passer avec un simple signal d'interdiction de circuler.

bien que l'absence d'effets juridiques au sens strict ne saurait permettre de se soustraire à l'adoption d'un régime de légitimation et de contrôle adapté[583].

3.3.2. Les mécanismes de nature juridique

3.3.2.1. Introduction

163. L'ordre juridique contient, ou prévoit spécialement, divers mécanismes renforçant l'effet appréciatif des actes étatiques non obligatoires. Bien que juridiques, ces mécanismes ne rendent pas pour autant ces actes obligatoires. Leurs destinataires demeurent toujours libres de les suivre ou non. Suivant le procédé utilisé, la contrainte – de fait – peut être plus ou moins vigoureuse. Lorsqu'elle est forte, elle ne se distingue pas aisément de la contrainte juridique du point de vue de ses effets, comme le montrent les mécanismes de pression financière ou réglementaire notamment. Gérard Timsit l'illustre en rapportant la difficulté d'établir la distinction en droit international public: *«ce qui* [...] *amène* [les internationalistes] *à constater, par exemple, qu'alors que les recommandations ordinaires son normalement dépourvues de sanctions juridiques* [...], *la distinction entre les sanctions au sens technique qui visent à l'exécution de véritables obligations juridiques préexistantes et les ‹pressions› qui tendent à la réalisation de conduites non obligatoires est extrêmement difficile à établir avec précision»*[584]. Les autres procédés (responsabilité, base de décision, motivation des dérogations, auxiliaire à l'interprétation et évaluation) ont une portée appréciative décroissante.

3.3.2.2. La pression financière

164. La pression financière peut revêtir différents degrés de formalisation. Elle est le plus formalisée dans les instruments économiques. Elle l'est le moins dans les mesures de rétorsion.

165. Archétypes de la contrainte financière formalisée, les *taxes incitatives* incluent des recommandations non obligatoires juridiquement doublées du versement ou du paiement d'une somme d'argent. Elles comprennent une double composante dont l'une est impérative et l'autre pas. Le comportement

583 Telle conséquence n'est bien sûr pas partagée par la minorité de la doctrine qui estime, au sujet des arrangements non obligatoires, que ceux-ci sont même dénués d'effets de fait (réf. cit. *in* KAUTZ 2002, p. 84, note 248; cet auteur critiquant cette opinion de manière convaincante).

584 TIMSIT 1988, p. 49.

que ces actes préconisent n'est pas obligatoire au sens juridique, mais simplement recommandé. Pourtant celui qui ne trie pas ses déchets devra s'acquitter d'une taxe. D'un point de vue conceptuel, cette obligation dérivée peut être comprise aux yeux de ses destinataires comme une sanction pécuniaire très semblable aux sanctions juridiques classiques. Ne pas trier ses déchets n'est formellement pas interdit mais fortement déconseillé. On notera, conceptuellement parlant, que la différence entre ces instruments et la sanction pécuniaire est minime d'un point de vue de technique législative, car le code pénal suisse n'interdit pas explicitement, mais se borne à définir les conséquences juridiques d'un comportement interdit implicitement. Littéralement, celui qui ne trie pas ses déchets doit s'acquitter d'une taxe incitative dans la variante recommandationnelle, alors que, dans l'hypothèse où le législateur devait décider qu'un tel comportement sera pénalement répréhensible, celui qui ne trie pas ses déchets devra être puni d'une amende. La différence entre les deux résulte à la fois du caractère symbolique de la peine, revêtant un caractère de sanction et réservée aux violations du droit, et de la procédure à suivre. Ce dernier point tend toutefois à s'estomper lorsque de faibles sommes sont en jeu, dans la mesure où la procédure pénale est simplifiée, la sanction étant perçue comme une *«simple taxe»*[585]. Ce débat montre l'incertitude des frontières de la notion même de sanction[586], dont on peut prétendre que la limite tend à s'effacer lorsqu'une contribution publique est prélevée pour décourager les activités taxées[587].

166. Lorsqu'une recommandation est doublée d'un *subventionnement étatique*, l'incitation économique est une variante de pression financière. L'incitation économique permet dans ce cas de renforcer le caractère appréciatif de la recommandation. Bien que le respect du comportement subventionnable demeure dans la libre appréciation des destinataires, la contrainte de fait augmente en fonction de la somme en jeu. Lorsque celle-ci est importante, elle confère à la recommandation sous-jacente un effet appréciatif qualifié, pouvant aller jusqu'à un effet de fait contraignant. Ainsi, la libre volonté de celui qui ne cultive pas ses céréales de manière extensive est d'autant plus limitée que son salaire en dépend; s'il poursuit une culture intensive, il n'aura pas droit aux paiements directs correspondants. Le rapport Kleiber sur l'avenir de l'enseignement de la médecine en Suisse recommandant de concentrer sur trois sites seulement les cinq centres hospitalo-universitaires actuels d'ici à *«2005 sur une base volontaire et dès 2008 sur une base contraignante»*[588], sachant que l'enjeu est de répartir la manne fédérale, combine un double mé-

585 Hart 1976, p. 58.
586 Ost/Kerchove 2002, p. 221 ss.
587 Hart 1976, p. 58; Ost/Kerchove 2002, p. 232.
588 «Electrochoc pour les facultés de médecine», *Le Temps*, édition du 29 juillet 2003.

canisme de pression de nature juridique: celui de la pression financière et celui de la pression réglementaire, que nous examinerons dans la section suivante. La précédente analyse ne s'applique évidemment que pour les subventions non encore reçues et qui visent un comportement non obligatoire. Elle ne vaut pas pour le soutien financier de l'Etat à des actes obligatoires et ne concerne pas non plus le rapport entre les autorités et la personne subventionnée dès le versement de la subvention dans la mesure où un lien obligatoire découle de la décision ou du contrat de subventionnement.

167. On évoquera enfin en droit international public l'entrave *à des relations économiques ou commerciales* normales qui constitue une mesure privilégiée de rétorsion[589] susceptible d'être mise en œuvre en cas de non-respect d'un acte concerté non obligatoire[590].

3.3.2.3. La pression réglementaire, décisionnelle ou juridictionnelle

168. La menace d'adopter une réglementation, de rendre une décision ou de déposer un recours est une incitation à respecter un acte non obligatoire. L'effet est d'autant plus contraignant, de fait, que la menace est concrète. La pression peut aller d'une menace diffuse de nature politique, comme dans l'exemple des arrangements non obligatoires et non formalisés visant à éviter un acte réglementaire, à une pression juridicisée, mais demeurant néanmoins de fait, en présence d'une loi Damoclès; la menace d'adopter une *réglementation* agissant comme un spectre[591]. La peur de l'édiction d'une *décision* agit de manière analogue. La loi confère dans ce cas aux actes non obligatoires un effet appréciatif qualifié en instaurant la compétence de rendre une décision unilatérale dans l'hypothèse où l'acte non obligatoire ne serait pas suivi ou rejeté par ses destinataires. La recommandation ou l'arrangement ne deviennent pas obligatoires dans ce contexte puisque ses destinataires demeurent *de iure stricto* «libres» de ne pas la respecter s'ils acceptent le risque d'une décision ultérieure. La menace de décider agit à nouveau comme une épée de Damoclès. En pratique, cette procédure peut être comprise comme une sorte de «recours de fait» contre l'acte non obligatoire. Formulé en termes juridiques, il s'agit de la formalisation dans la loi des conditions de l'ouverture d'une procédure administrative non contentieuse classique[592]. On décèle dans ce mécanisme l'analogue d'une procédure familière: celle de l'opposition ou

589 Nguyen 2002, ch. 573, p. 958.
590 Virally 1983, p. 231 s.
591 Voir ci-dessus ch. 97.
592 Voir ci-dessous ch. 239.

de la réclamation[593]. On trouve des exemples tant en matière d'arrangements[594] que pour les recommandations:

En droit bancaire, le *secrétariat de la Commission fédérale des banques* peut recommander une marche à suivre à une entreprise assujettie à sa surveillance et lui fixer un délai pour se prononcer sur son acceptation de la recommandation. Si l'entreprise rejette la recommandation, le secrétariat soumet l'affaire à la Commission des banques (art. 8 al. 1er et 2 du règlement de la Commission fédérale des banques[595]). Le règlement ne s'exprime pas sur la nature juridique de la recommandation acceptée.

Autres exemples dans le même domaine: la *Commission des offres publiques d'acquisition* est compétente pour édicter des recommandations à l'adresse des personnes concernées. En cas de rejet ou d'inobservation de ses recommandations, elle en informe l'autorité de surveillance, qui peut rendre une décision (art. 23 al. 3 et 4 de la loi sur les bourses[596] et art. 5 de l'ordonnance sur les OPA[597]). L'*instance pour la publicité des participations* est habilitée à émettre une recommandation à l'adresse du requérant. Si celui-ci rejette ou n'observe pas la recommandation, la Commission fédérale des banques rend une décision (art. 22 al. 3 et 4 let. b de l'ordonnance de la CFB sur les bourses[598]).

On trouve un mécanisme analogue en droit de la protection des données: si une recommandation du *Préposé fédéral à la protection des données* relative à la surveillance des organes fédéraux est rejetée ou n'est pas suivie, le préposé peut porter l'affaire pour décision auprès du département compétent ou de la Chancellerie fédérale (art. 27 al. 4 et 5 LPD[599]). Le même mécanisme s'applique lorsque le secteur privé est visé, avec, toutefois, le droit du préposé de porter l'affaire devant la Commission fédérale de la protection des données pour décision (art. 29 al. 4 et 33 al. 1er let. a LPD).

169. La *crainte d'un procès* est également un moyen pour inciter les parties non seulement à conclure un *arrangement non obligatoire*, mais également à le respecter[600]. Cet effet est d'autant plus efficace que les chances de succès sont élevées et que les instances redoutées sont longues et coûteuses. C'est ainsi que l'efficacité du droit de recours des organisations de protection de l'environnement ne dépend pas de son utilisation effective (qui est extrêmement faible), mais de la menace concrète que ce droit représente aux yeux des constructeurs (en raison de son utilisation judicieuse et couronnée de suc-

593 Sur ces procédures, voir Moor 2002, p. 533 ss.
594 Voir ci-dessus ch. 103 ss.
595 RS 952.721.
596 RS 954.1.
597 RS 954.195.1.
598 RS 954.193.
599 RS 235.1.
600 Müller-Graf 2001, p. 174.

cès)[601]. Cette contrainte n'est pas juridiquement obligatoire, puisque les acteurs demeurent toujours libres de se mesurer dans une bataille judiciaire. La force, matérielle, de cette menace ne peut être cadrée par des moyens juridiques classiques. C'est en ce sens que nous avions proposé le respect d'un certain nombre de recommandations d'ordre déontologique à mettre en œuvre dans un cadre de médiation (charte de la concertation)[602]. La *crainte de l'intervention de tiers* peut également constituer un moyen de conclure et de respecter un arrangement non obligatoire[603]. Les arrangements négociés dans de telles conditions seront cependant très douteux sous l'angle de la protection des tiers.

170. La crainte d'un recours est aussi un moyen efficace pour forcer le respect d'une *recommandation*. Exemplaire, cet avis de la doctrine à propos des recommandations de la Commission de la concurrence (art. 8 al. 2 LMI[604]): *«Les législateurs cantonaux et communaux seraient dès lors bien inspirés de ne pas se distancier des recommandations de la ComCo. En décidant néanmoins de le faire, ils ouvrent une voie royale à d'éventuels recours sur le plan cantonal d'abord, au Tribunal fédéral ensuite. Ce dernier risque très vraisemblablement d'être peu enclin à retenir d'autres solutions que celles qui découlent d'une autorité prestigieuse, composée de spécialistes du droit de la concurrence.»*[605] Cet auteur, reconnaissant que le Tribunal fédéral n'est pas «formellement» lié par ces recommandations (*a contrario*, le serait-il matériellement?), justifie sa position au motif de la sécurité du droit et de l'économie de la procédure[606]. Il est à notre avis étrange de se référer au principe de la sécurité du droit s'agissant de textes conçus précisément pour que leurs destinataires puissent s'en écarter. La sécurité du droit impliquerait dans ce cas au contraire de désobéir le plus rapidement possible à la recommandation afin de provoquer une décision judiciaire pour fixer la situation juridique.

---

601 Flückiger/Tanquerel/Morand 2000, p. 85 ss.

602 Flückiger/Tanquerel/Morand 2000, p. 230 ss; Knoepfel/Pestalozzi 2002.

603 Müller-Graf 2001, p. 174.

604 RS 943.02.

605 Martenet 2002, *ad* art. 8 LMI, ch. 8, p. 1392. Même argumentation pour les *recommandations* de l'al. 3 (Martenet 2002, *ad* art. 8 LMI, ch. 31, p. 1397) et pour les *expertises* de l'article 10 LMI, également dépourvues d'effet contraignant (Martenet 2002, *ad* art. 10 LMI, ch. 11, p. 1451). Dans le même sens, voir la Commission de gestion du Conseil national qui souligne qu'*«une recommandation n'est efficace que s'il existe un risque que puisse lui faire suite une décision d'un tribunal»* (FF 2 000 5611).

606 Martenet 2002, *ad* art. 8 LMI, ch. 8, p. 1392.

3.3.2.4. La responsabilité pour actes (il)licites

171. La crainte d'engager sa responsabilité pour actes illicites (voire licites)[607] constitue un vecteur puissant pour inciter un individu ou une autorité à respecter un acte non obligatoire. Tel est le cas lorsqu'un tribunal a jugé qu'une recommandation déterminée, qu'elle soit publique ou privée d'ailleurs, s'applique pour définir les limites de la négligence ou de l'imprudence. Dans cette hypothèse, le lien est, de fait, quasiment obligatoire. Juridiquement cependant, les destinataires demeurent libres d'adopter un autre comportement et ne seront «sanctionnés» qu'*a posteriori*, c'est-à-dire au moment de la survenance d'un dommage.

172. La crainte d'une responsabilité pour actes illicites est également décisive du point de vue de l'auteur d'un acte non obligatoire, incitant ce dernier à édicter l'acte dans le respect des principes d'un Etat de droit. Nous reprendrons cet aspect au chapitre du contrôle juridictionnel[608].

3.3.2.5. Les clauses d'impérativité non contraignantes (base de décision, motivation des dérogations)

173. Comme nous l'avons déjà montré[609], les clauses d'impérativité sont des dispositions législatives ou constitutionnelles spécifiques qui confèrent un degré d'impérativité variable à différents actes non obligatoires, publics ou privés. Elles peuvent attribuer formellement un effet appréciatif de manière *directe* en déclarant par exemple que l'acte doit servir de *base de décision* pour diverses mesures à prendre[610]. L'autorité n'est pas obligée de suivre les dispositions contenues dans un acte ainsi qualifié. Elle doit simplement l'utiliser dans le processus de décision. Implicitement, ce type de clause implique également, à notre avis, l'obligation de motiver une solution contraire[611]. L'effet appréciatif peut être conféré *indirectement* à un acte dans le cadre d'une compétence décisionnelle ou interprétative de l'autorité. Cette dernière conserve une marge de manœuvre sensible même si son choix est incontestablement pré-orienté. D'une part, l'acte non obligatoire peut être utilisé comme *base de décision* également, dont l'effet se traduit sous les formulations suivantes (en nous limitant à un échantillon de recommandations proprement dites contenues en droit fédéral[612]):

---

607 Voir ci-dessous section IV.4.2.
608 Voir ci-dessous section IV.4.2.
609 Voir ci-dessus ch. 140 et 149 ss.
610 En matière de plans, voir divers exemples dans FLÜCKIGER 1996, p. 138 ss.
611 FLÜCKIGER 1996, p. 139 s.
612 Pour de nombreux exemples en matière de plans, voir FLÜCKIGER 1996, p. 158 ss.

Sur la base de la recommandation[613]; prendre en compte la recommandation[614]; tenir compte de la recommandation[615]; se fonder sur la recommandation[616]; à la lumière de la recommandation[617].

174. L'effet appréciatif est atténué, lorsque la loi exige qu'un acte non impératif soit utilisé comme base de décision pour l'adoption d'un autre acte non impératif. Le cas est plus rare, il est vrai:

Lorsque le Conseil de la recherche agronomique, organe consultatif de l'Office fédéral de l'agriculture, fait des recommandations à ce dernier office, il doit tenir compte des objectifs politiques du Conseil fédéral en matière d'agriculture, de recherche, d'environnement et de société (art. 19 al. 3 de l'ordonnance sur la recherche agronomique[618]).

---

613 *«Sur la base des recommandations faites par le service compétent des Services du Parlement, chaque fonction est évaluée et affectée à une classe de salaire»* (art. 21 al. 1er de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale sur les Services du Parlement, RS 171.115); *«Le salaire de l'apprenti est fixé sur la base des recommandations des organisations professionnelles concernées et de la pratique régionale»* (art. 4 al. 3 de l'ordonnance sur le statut du personnel de l'Institut fédéral de la Propriété intellectuelle, RS 172.010.321). L'ordonnance précise cependant que l'Institut fédéral de la Propriété intellectuelle peut y déroger en faveur de l'apprenti (*ibidem, i.f.*); l'office fédéral *«rend ses décisions sur la base des recommandations des experts»* relatives aux projets en matière d'utilisation des technologies de l'information et de la communication dans les écoles (art. 3 al. 2 de l'ordonnance concernant l'encouragement de l'utilisation des technologies de l'information et de la communication dans les écoles, RS 411.41).

614 *«Les recommandations de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP)* [...] *doivent être prises en compte»* (Ordonnance sur les rayons X, RS 814.542.1).

615 *«Pour la présentation et la publication des statistiques, l'Office fédéral tient compte des réglementations et des recommandations internationales.»* (art. 64b de l'ordonnance sur la protection des animaux, RS 455.1); *«Lors de décisions concernant un déplacement du service ou un service anticipé, il est tenu compte des recommandations du Comité Olympique Suisse et des offices de liaison entre l'armée et les universités ou écoles techniques supérieures et hautes écoles spécialisées»* (art. 49 al. 6 de l'ordonnance sur les services d'instruction, RS 512.21); en matière d'utilisation économe d'énergie pour les installations, véhicules et appareils produits en série, *«le Conseil fédéral tient compte* [...] *des recommandations des organisations spécialisées reconnues»* (art. 8 al. 5 de la loi sur l'énergie, RS 730.0); art. 36 al. 1er de l'ordonnance sur la navigation intérieure (RS 747.201.1)

616 La nouvelle décision de classement des fonctions dans le domaine des EPF *«se fonde sur la recommandation de la commission»* (art. 7 al. 2 de l'ordonnance sur la commission paritaire de réexamen de l'évaluation des fonctions dans le domaine des EPF, RS 172.220.113.41); le département *«se fonde en particulier sur les recommandations des organes chargés de la stratégie informatique de la Confédération»* (art. 58 al. 3 de l'ordonnance sur les documents d'identité, RS 143.11).

617 Le renvoi peut être judiciaire éaglement. Le Tribunal fédéral a jugé que le Tribunal administratif vaudois n'était pas tombé dans l'arbitraire en interprétant un concept juridique imprécis *«à la lumière»* de recommandations privées (Tribunal fédéral, arrêt du 8 janvier 2002, RDAF 2001 II 519). Tout comme la clause législative, le particulier est lié par effet réflexe à la recommandation dont le tribunal juge qu'elle s'applique dans le cadre d'une règle de droit à sa situation de fait. Relevons toutefois la difficulté de déterminer le degré exact d'impérativité d'une disposition telle que «à la lumière de», de toute évidence non contraignante (Flückiger 1996, p. 164).

618 RS 426.10.

175. D'autre part, l'effet appréciatif indirect peut découler de l'*exigence de motivation des dérogations*[619]. Dans ce cas, la loi intègre structurellement l'éventualité que l'acte puisse ne pas être respecté. Ainsi en matière de préavis[620] ou de recommandations:

> La nouvelle décision de classement des fonctions dans le domaine des EPF *«se fonde sur la recommandation de la commission; tout écart par rapport à cette recommandation doit être motivé»* (art. 7 al. 2 de l'ordonnance sur la commission paritaire de réexamen de l'évaluation des fonctions dans le domaine des EPF[621]); *«Dans un délai de six mois à compter de l'envoi des recommandations en matière de sécurité, l'office renseigne le service d'enquête sur les mesures prises ou sur les raisons pour lesquelles il renonce à en prendre»* (art. 34 de l'ordonnance sur les enquêtes en cas d'accident des transports publics[622]); *«L'autorité mentionne l'avis du Surveillant dans sa décision. Si elle s'en écarte, elle s'en explique.»* (art. 14 al. 2 LSpr[623]).

176. La doctrine a même suggéré que la simple définition, dans la loi, de la compétence d'une autorité d'adresser des recommandations ou des avis à d'autres (à l'instar de l'art. 45 al. 2 ou 47 LCart[624]) avait pour effet de conférer à ceux-ci une valeur qualifiée en ce sens que les destinataires ne *«peuvent* [...] *les ignorer»*[625]. Plus précisément, l'autorité devrait *«en tenir compte,* [l'] *analyser et* [la] *suivre si elle lui paraît acceptable ou, alors, indiquer les motifs de son refus dans le cas contraire.»* Cette opinion est, dans le cas d'espèce, très discutable. Elle pourrait à la rigueur être défendue en présence d'une relation hiérarchique de surveillance ou de tutelle comme nous l'avons montré plus haut[626]. En l'espèce, le problème est que la loi ne précise pas expressément pareille obligation. Il n'est bien sûr pas exclu qu'une telle obligation de motivation des dérogations à la recommandation de la Commission de la concurrence puisse être implicite, mais des indices interprétatifs sérieux doivent être trouvés. Or, l'auteur justifie son opinion par une interprétation systématique en opérant une comparaison analogique avec une règle qui

---

619 Pour des exemples en matière de plans, voir Flückiger 1996, p. 162 ss.

620 Pour un exemple, voir ci-dessus section II.3.2.2.5.

621 RS 172.220.113.41.

622 RS 742.161. Voir également, pour les accidents aéronautiques, l'art. 32 de l'ordonnance relative aux enquêtes sur les accidents d'aviation et sur les incidents graves (RS 748.126.3).

623 RS 942.20. Avec références jurisprudentielles *in* Bonvin 2002, *ad* art. 14 LSPr, ch. 53, p. 1174.

624 RS 251.

625 Tercier 2002, *ad* art. 45 LCart, ch. 34, p. 946 (pour la citation complète, voir ci-dessus ch. 21 *i.f.*). Pour les *avis*, voir Tercier 2002, *ad* art. 47 LCart, ch. 34, p. 962. Quant aux *communications* de la commission de la concurrence (art. 6 al. 1er LCart), la doctrine estime que les autorités administratives et judiciaires, même si celles-ci ne sont pas tenues, devraient en principe *«s'y référer»* (Reymond 2002, *ad* art. 6 LCart, ch. 45, p. 317 [réf. cit.]).

626 Voir ci-dessus section III.3.2.4.

contient explicitement une exigence de motivation (art. 14 LSPr)[627]. Cela ne pose précisément aucun problème d'ordre systématique puisque cela reviendrait sinon à nier la différence, voulue par le législateur, entre les normes précisant explicitement une exigence de motivation des dérogations (et renforçant par là son effet) et les autres. L'auteur justifie sa position par un second argument en évoquant une autre disposition conférant la compétence à cette même commission d'adresser des recommandations dans le cadre de la loi sur le marché intérieur (art. 8 al. 3 LMI[628]), estimant même que l'autorité doit non seulement *«réagir»* mais également *«en principe, s'y conformer»*[629]. Or, aucune clause d'impérativité contraignante, au sens où nous avons développé cette notion, ne peut être ni explicitement, ni implicitement trouvée à l'appui d'une pareille thèse. Généraliser ce raisonnement aurait pour conséquence de conduire à nier la différence entre actes obligatoires et non obligatoires. Le fait qu'il y a des degrés entre le juridique et le non-juridique ne signifie pas que les deux concepts doivent être mélangés. En réalité, l'auteur ne va pas si loin puisqu'il reconnaît par la suite que *«la recommandation n'a pas un véritable caractère impératif»*[630]. En dépit des effets juridiques accrus qu'il décèle dans ces actes non obligatoires, reconnaissant implicitement l'existence de degrés dans la force contraignante, il n'en tire, à notre avis, pas les conclusions qui s'imposeraient en termes de légitimité de leur adoption, puisqu'il conclut de l'absence de véritable caractère impératif qu'*«il n'est donc pas nécessaire de respecter les droits des particuliers ou des autorités concernées.»*[631] Nous montrerons plus loin qu'il n'est pas légitime de reconnaître une impérativité différenciée aux actes non obligatoires et d'en tirer des conséquences purement binaires, au motif qu'ils n'auraient pas atteint le seuil normatif fatidique[632].

3.3.2.6. L'aide à l'interprétation

177. Les actes non obligatoires peuvent enfin être utilisés par l'administration et les tribunaux comme auxiliaires à l'interprétation[633]. Les autorités de-

627 Tercier 2002, *ad* art. 45 LCart, ch. 43, p. 947 s.
628 RS 943.02.
629 Tercier 2002, *ad* art. 45 LCart, ch. 44, p. 948.
630 Tercier 2002, *ad* art. 45 LCart, ch. 65, p. 951.
631 Tercier 2002, *ad* art. 45 LCart, ch. 65, p. 951.
632 Voir ci-dessous section IV.
633 Tel est le cas des projets de loi (voir ci-dessus ch. 77) ou d'une résolution non contraignante du Conseil de l'Europe dont le *«contenu peut cependant donner un éclairage intéressant sur la portée de la liberté personnelle dans le domaine concerné et sur la valeur des griefs allégués dans un recours déterminé»* (ATF 109 Ia 146, 151). Pour d'autres références jurisprudentielles en droit international public, voir Thürer 1985, p. 447.

meurent libres de s'en inspirer ou non, sous réserve des liens obligatoires qui peuvent se tisser comme nous l'avons montré plus haut[634]. Les actes non impératifs sont susceptibles de participer, au moment de la décision ou du jugement, à la production normative au même titre que les textes obligatoires. On comprend mieux cet aspect lorsque l'on distingue le *texte normatif* de la *norme* elle-même. Le texte normatif, qu'il soit impératif ou appréciatif, ne fournit pas la norme, mais seulement les outils nécessaires à la production de celle-ci[635]. Les actes non obligatoires s'opposent ainsi aux normes dans la même mesure que les actes obligatoires; seul l'impérativité opère la différence en ce sens que ces derniers forment un matériau qui s'impose obligatoirement à l'autorité décidant ou jugeant alors que les premiers sont utilisés, en tant qu'aide à l'interprétation, selon l'appréciation de l'autorité. Concrètement, cela signifie qu'un particulier s'estimant lésé peut tenter de recourir en s'appuyant sur une recommandation dont le contenu permet d'interpréter certaines règles de droit[636].

3.3.2.7. L'obligation d'évaluation rétrospective périodique

178. L'obligation d'évaluation rétrospective périodique est une technique permettant de renforcer l'influence d'un acte non obligatoire sans que celui-ci devienne contraignant. Ce procédé est très utilisé en droit international public dans des domaines aussi divers que le droit du travail, les droits de l'homme, le désarmement ou les politiques économiques[637]. Les Etats conviennent de l'obligation de fournir des rapports d'évaluation, de répondre à des questionnaires ou de justifier leur retard devant des organes politiques, des experts[638] ou des organes créés spécialement à cet effet[639]. Ils s'assujettissent à une procédure d'évaluation de la mise en œuvre d'un texte qu'ils ne sont pourtant pas contraints d'exécuter.

---

634 Voir ci-dessus section III.3.1.

635 Moor 2004, p. 296 ss.

636 Tercier 2002, *ad* art. 45 LCart, ch. 46, p. 948, à propos de la *«valeur accrue»* des recommandations de la Commission de la concurrence. Les directives modèles pour l'exécution de l'AIMP, dénuées de force juridiquement contraignante *«expliquent comment comprendre les principes auxquels les cantons se sont astreints. En cas de doute, le texte de l'AMP, comme celui de la LMP peuvent aussi fournir des éléments d'argumentation»* (ATF 125 II 86, 99. Voir ég. Tribunal fédéral, arrêt du 31 janvier 2002 [2P.218/2001], consid. 2.3; Clerc 2002, *ad* art. 5 LMI, ch. 28, p. 1317).

637 Nguyen 2002, ch. 249, p. 383.

638 Nguyen 2002, ch. 249, p. 383.

639 Le *Comité Mixte* est l'organe de coordination du Conseil de l'Europe qui a pour tâche *«d'examiner et de susciter les mesures susceptibles de donner un effet pratique aux recommandations adoptées par l'un ou l'autre de ces deux organes»* (intitulé «Comité mixte», point i let a de la Résolution adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en mai 1951).

179. On retrouve des traces du procédé en droit interne. Ainsi la loi sur le parlement autorise les commissions de surveillance à adresser des recommandations aux autorités assujetties à la haute surveillance du parlement et oblige ces dernières à informer les premières *«de la suite donnée à ces recommandations»* (art. 158 al. 1er et 2 LParl)[640]. En cas d'accidents d'aviation, l'Office fédéral de l'aviation civile doit renseigner le Bureau d'enquête sur les accidents d'aviation *«sur les mesures qui ont été prises à la suite des recommandations en matière de sécurité formulées dans ce document ou sur les raisons pour lesquelles on a renoncé à prendre des mesures»* (art. 32 OEAA[641]).
180. Il ne faut pas confondre ce mécanisme avec les clauses législatives obligeant les autorités à mettre en œuvre un acte déterminé. Dans ce cas de figure, l'acte en question devient obligatoire pour les autorités[642] qui ne peuvent plus se contenter d'adresser périodiquement une information sur l'état de l'exécution. Ce mécanisme est connu en droit de la protection de l'air contraignant les autorités à réaliser les mesures prévues dans le plan de mesures relatif aux pollutions atmosphériques dans les cinq ans (art. 44a LPE[643] et art. 33 al. 1er OPair[644])[645].

640 RS 171.10.
641 RS 748.126.3.
642 Flückiger 1996, p. 137.
643 RS 814.01.
644 RS 814.318.142.1.
645 Sur la situation avant la révision de la LPE, voir Flückiger 1996, p. 137.

IV. Les contrôles des actes étatiques non obligatoires

181. Dissipons d'emblée un malentendu. Par contrôle des actes étatiques non obligatoires, on n'entend pas le seul contrôle juridictionnel mais l'ensemble des moyens permettant de garantir le respect des principes généralement applicables aux actes impératifs également (règles matérielles et dispositions de procédure non contentieuse; instauration de modalités alternatives de contrôle telles que l'évaluation, la médiation, la dénonciation à l'autorité de surveillance, etc.)[646].

1. Les critères du contrôle

1.1. Le rôle des droits fondamentaux

182. Plus que l'importance et la variété des effets des actes non obligatoires, la doctrine a démontré depuis un certain nombre d'années les conséquences de certains actes non obligatoires sur les droits fondamentaux[647] (par exemple sur la garantie des droits politiques à propos des informations de l'autorité en matière civique[648], sur la liberté de conscience et de croyance à propos des mises en gardes relatives aux sectes[649], sur la liberté individuelle pour certains actes matériels au sens étroit[650] ou sur la liberté économique pour une information concernant un produit du commerce). La validité des restrictions à ces droits fondamentaux devra être jugée selon les mêmes critères que ceux qui sont appliqués aux restrictions juridiques, c'est-à-dire qu'ils sont soumis à l'exigence de la base légale, de l'intérêt public et de la proportionnalité (art. 36 Cst.)[651]. On peut même faire un pas supplémentaire et considérer, avec la doctrine récente, que l'activité non impérative de l'Etat est assujettie aux principes généraux du droit public indépendamment du fait qu'elle porte atteinte aux droits fondamentaux ou non[652]. Pour quel motif en effet limiter le raisonnement aux droits constitutionnellement protégés et ne pas l'étendre à tous les droits créés au bénéfice des administrés, même de ni-

---

646 Sur ces modes de contrôle, voir Moor 2002, p. 503 ss.

647 Kautz 2002, p. 239 s (pour les arrangements non obligatoires); Moor 2002, p. 30 ss; Tschannen 2004, p. 135; Tschannen 1999, p. 410 ss; Weber-Dürler 1998, p. 74 ss.

648 Voir réf. cit. ci-dessus note 231.

649 ATF 121 I 87; Brandenberg 2002.

650 Voir ci-dessus ch. 36 ss.

651 Moor 2002, p. 31 s; Richli 1991, p. 156 ss; 161; Barthe 1993, p. 133, 140 ss; Müller/Müller-Graf 1995, p. 377 ss.

652 Bien que cette question ne soit pas clairement tranchée (voir, à propos des informations, Mahon 1999, p. 249 et réf. cit.).

veau infraconstitutionnel, comme le proposent les auteurs récents[653]? En faveur de cette thèse plaident l'importance et la variété des effets des actes non obligatoires que nous avons montrées ci-dessus[654]; en défaveur, une juridicisation inflationniste des actes non obligatoires, annulant les avantages résultant de leur flexibilité. Mais sachant que les domaines de prédilection de tels actes laissent un grand pouvoir d'appréciation à l'autorité et que l'examen juridictionnel ne se justifie qu'en présence d'un réseau normatif suffisamment dense pour faire naître une relation de droit administratif[655], la jurisprudence devrait probablement être à même de désamorcer une éventuelle spirale inflationniste en affinant les catégorisations nécessaires[656]. A notre avis, la conscience de l'influence effective des actes non obligatoires, que nous avons exposée dans le chapitre précédent, l'emporte sur les réticences à leur reconnaître une place dans l'ordre juridique. Les actes non obligatoires ne devraient donc plus être, par principe, laissés à la libre disposition de l'Etat mais réintégrer le giron du droit. Profitant de nouvelles sources de pouvoirs non disciplinés par la loi, l'Etat profiterait sinon d'un déficit en termes de légitimité et, partant, d'une carence démocratique.

1.2. Une double justification en fonction des effets et des atteintes aux droits

183. Le contrôle des actes non obligatoires se justifie sous deux angles: celui du degré d'atteinte aux droits, constitutionnels ou légaux, et celui de la portée des effets effectivement déployés. La thèse précédente peut être précisée de la manière suivante: *plus les actes étatiques non obligatoires portent atteinte à un droit (quel que soit son niveau), et/ou plus leurs effets produits sont importants, plus l'équivalence de leur traitement avec les actes juridiques doit être assurée*. On tire dans cette formule les conséquences de l'approche graduelle de la normativité, que nous préférons à celle, binaire, du seuil normatif[657]. A la limite, cela signifie qu'un acte non impératif doit être traité dans l'ordre juridique quasi exactement de la même manière qu'un acte juridique lorsque ses effets sont quasiment obligatoires, ou très contraignants de fait, et qu'il porte atteinte de manière importante à un droit. Inversement, un acte non impératif dénué d'effet et ne grevant aucun droit peut poursuivre une existence à l'abri des contraintes juridiques étatiques. Précisons que la formule n'est pas nécessairement cumulative: un traitement analogue aux

653 Moor 2002, p. 32; Richli 1998, p. 1437.
654 Voir ci-dessus section III.
655 Voir ci-dessous section IV.4.3.2.1.
656 Moor 2002, p. 33 et 574 s.
657 Voir ci-dessus ch. 135 ss.

actes juridiques peut également être requis si l'atteinte à un droit est importante alors que l'effet est faible ou si l'effet est important alors même que l'atteinte juridique est faible.

184. La notion de traitement équivalent doit être comprise tant de manière positive que négative, à savoir tant sous l'angle des exigences posées que des réductions de celles-ci en cas de situation semblable. La formule précédente ne signifie ainsi, par exemple, pas qu'un acte quasi obligatoire et portant gravement atteinte à un droit fondamental doit être assujetti de manière stricte au principe de la légalité, mais qu'il devra bénéficier des mêmes réductions d'exigences qu'un acte juridique obtiendrait dans un contexte semblable (en raison de l'extrême imprévisibilité de l'évolution future ou d'une mutation rapide des circonstances par exemple). Plus précisément, la comparaison devra s'effectuer avec l'acte juridique le plus comparable tant structurellement que fonctionnellement lorsque cela est possible. D'un point de vue structurel, on comparera donc les arrangements aux contrats, les campagnes d'information aux normes, les mises en garde précises et à l'attention d'un cercle restreint de destinataires à une décision, etc.[658] L'exercice sera plus délicat pour les plans dont les traits structurels devront être examinés de cas en cas. La comparaison devra également être affinée sous l'angle fonctionnel. Les actes visant à éviter une décision ou un acte réglementaire devront ainsi être jugés en rapport avec la décision ou la réglementation évitée afin de prendre en compte l'effet substitutif de tels actes[659].

2. L'assujettissement aux règles matérielles

2.1. Le principe de la légalité appliqué aux actes non obligatoires

185. La diversité des effets des actes non obligatoires ne permet pas de statuer de manière définitive sur les exigences relatives à la légalité. La nécessité d'une base légale formelle explicite ainsi que les exigences relatives à la densité normative minimale ne peuvent que dépendre du type d'acte et des circonstances qui l'entourent, et donc varier en fonction de l'importance des effets produits et des atteintes aux droits fondamentaux. La réflexion autour des différentes catégories d'actes que nous avons mises en évidence montre la difficulté de généraliser la problématique.

---

658 Sur une classification structurelle des recommandations en fonction de leurs caractéristiques de généralité et d'abstraction (normes, décision, décision collective), voir TSCHANNEN 1999, p. 375 s.

659 Voir ci-dessus section II.3.3.2.3 et II.3.3.2.4.

186. S'agissant ainsi des actes non obligatoires de déclaration unilatéraux, les effets à terme d'une campagne d'information continue et insistante seraient analogues, selon la doctrine, à celui d'une réglementation et justifieraient l'exigence d'une base légale formelle[660], contrairement à une simple information sans visée normative. Les mesures de contrainte policière (en majorité des actes matériels au sens étroit) sont pour leur part de plus en plus régies sur le fondement de bases légales formelles en raison de leurs effets sur les droits fondamentaux[661] alors que des actes banals n'ont pas besoin de l'être.

187. Les actes non obligatoires concertés posent quant à eux une question spécifique au regard de ce principe: dans quelle mesure le *consentement des administrés* à un arrangement dépourvu de base légale saurait-il porter remède au vice? La question est éminemment pertinente dans le cas des arrangements conclus pour éviter un acte juridique (décision ou acte réglementaire). La doctrine n'admet un tel procédé que conditionnellement. Outre le respect des autres principes de l'Etat de droit, il faut en particulier que le consentement de l'administré ait été obtenu par des moyens de pression licites[662], ce qui peut être discutable dans le cas des accords de branche dont le caractère volontaire a pu légitimement être mis en doute[663]. En relation avec la protection des tiers, une base légale minimale semble pourtant être nécessaire[664]. Telle est d'ailleurs la direction prise par la pratique législative: lois Damoclès pour cadrer les accords de branche[665], création de bases légales spécifiques pour réglementer les arrangements en droit de la concurrence[666] ou en droit environnemental concernant l'assainissement d'installations[667]. Les exigences peuvent être *assouplies* si une compétence de légiférer a été déléguée à l'autorité. L'autorité peut alors être libre de conclure un arrangement à la place d'un acte réglementaire, pour autant qu'elle demeure dans le cadre de la délégation et que, bien sûr, la loi ne l'oblige pas à édicter un acte normatif[668]. Parfois, certains arrangements permettent d'obtenir des prestations allant *au-delà du minimum exigé* par la loi, consenties afin d'accélérer la procédure. Il s'agira le plus souvent d'arrangements en vue de préparer un acte juridique, dans le domaine de la construction et de la protection de l'en-

660 Tschannen 1999, p. 423 et réf. cit.; Moor 2002, p. 35.

661 Tschannen 1999, p. 424.

662 Kautz 2002, p. 246 ss et 258; Moor 2002, p. 370; Pfenninger 1996, p. 104 ss.

663 Voir ci-dessus ch. 96; Kautz 2002, p. 246 ss.

664 Pfenninger 1996, p. 106, même si, de manière plus générale, cet auteur admet une «relativisation pratique» du principe de la légalité pour les accords informels (*ibidem* p. 126).

665 Voir ci-dessus ch. 96.

666 Voir ci-dessus ch. 106.

667 Voir ci-dessus ch. 104 s.

668 Pfenninger 1996, p. 124 s.

vironnement[669]. Ce mécanisme est admissible pour autant que la loi laisse une marge d'interprétation *ad hoc* et que les prestations visées restent en relation objective avec l'objet en négociation[670].

188. La question de la base légale est plus aiguë encore pour les actes non obligatoires unilatéraux destinés à éviter un acte juridique ou à pallier l'absence de compétence d'agir de manière impérative. Les exigences seront plus strictes[671], dans la mesure où les effets tendent à être analogues à ceux de l'acte juridique évité[672]. Elles le seront moins dans le cas contraire.

189. Une place particulière doit être réservée aux actes non obligatoires dont la fonction est analogue à celle d'une *législation expérimentale*. Comme nous l'avons montré, de nombreux actes précèdent une intervention plus contraignante afin de vérifier les impacts de mesures non contraignantes[673]. Les assouplissements consentis aux lois expérimentales devraient s'appliquer par analogie[674].

2.2. Les limites du principe de la légalité

190. Traditionnellement, les contrôles juridictionnels ont pour critère de référence le plus important celui par lequel nous avons débuté: le principe de la légalité postulant que le droit forme la base de l'activité de l'Etat (art. 5 al. 1er Cst.). Ce type de contrôle présente pourtant de sérieuses limites lorsque la densité normative s'affaiblit[675] (*soft law* au sens matériel, pour les internationalistes)[676], transformant la vérification judiciaire en une opération malaisée où la *«distinction entre argumentation juridique et prise de responsabilité politique devient impossible»*[677]. Or, les actes non obligatoires (*soft law* au sens formel) ont précisément pour terreau de prédilection les interstices fuyants de la légalité: les arrangements doivent leur existence à la marge de manœuvre laissée à la discrétion de l'administration, les recommandations à la souplesse requise pour réguler un domaine et les plans aux dispositions finalisées qu'ils contribuent à concrétiser. Ils sont en outre volontairement utilisés en marge

669 Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 147 ss et 229 s.

670 Pfenninger 1996, p. 119 ss; Kautz 2002, p. 262 ss et 276 ss (critique envers la terminologie employée dans la doctrine allemande: *«überobligatorischer Vollzug»*).

671 Voir l'exemple de la délivrance de mises en garde lors d'une modification législative à la place de sanctions pénales ci-dessus note de bas de page nº 183.

672 Moor 2002, p. 35.

673 Voir ci-dessus section I.4.2.

674 Sur l'état du débat, voir Flückiger 2002, p. 110.

675 Sur cette problématique, voir Moor 1994, ch. 3.1.2.1, p. 188 ss.

676 Voir ci-dessus section II.6.2.

677 Moor 2002, p. 507 s.

de la loi, pour la préparer, pour la prévenir ou pour introduire un jeu minimum afin d'assurer la flexibilité nécessaire à son efficacité.

191. En réaction, une mesure consisterait à augmenter la densité normative, par exemple en formalisant une série de conditions minimales applicables à certaines catégories d'actes non obligatoires, comme nous l'avons montré dans la section précédente. Les expériences accumulées en droit public depuis le siècle dernier devraient cependant nous mettre en garde contre les espoirs excessifs que l'on pourrait placer dans une telle démarche. L'objection fondamentale repose sur des motifs tant philosophiques que pragmatiques, remettant en question la rationalité limitée du modèle de la légalité chaque fois qu'il s'agit de régir des situations complexes, non reproductibles ou dominées par l'incertitude. Dans ce genre d'hypothèses, caractéristiques de la vélocité des mutations socio-économiques contemporaines et, par conséquent, des champs nouveaux d'intervention de l'Etat, l'allégeance au principe de la légalité ne permet pas, à elle seule, de garantir les valeurs sous-jacentes à ce principe (rationalité de la loi, anticipatrice de la rationalité des actes individuels; principe démocratique et séparation des pouvoirs – sa mise en forme institutionnelle; prévisibilité des décisions et des jugements; garantie de l'égalité de traitement). Exiger son respect uniquement pour lui-même peut au contraire générer la dangereuse illusion que, par cette simple obédience, de telles valeurs pourraient être préservées[678]. C'est un mythe à dénoncer, comme de nombreux auteurs s'y sont efforcés: *«tout le droit, toute sa force et toute son autorité ont paru fonctionner sur cette unique hypothèse: la décision législative est rationnelle et, sur la prétendue raison, sur les prétendues raisons prêtées à la loi pour les besoins de chaque cause, pourrait s'élaborer une interprétation faussement fondée sur une interprétation méthodique indépendante de l'interprète et de ses opinions personnelles. L'impartialité, l'objectivité qui caractérisent toute science véritable après la révolution copernicienne auraient été atteintes, comme mythe, lorsque la détermination démocratique de la volonté générale aurait permis de paraître fonder en raison les dispositions légales et la concaténation de leurs conséquences. La dénonciation d'un tel mythe avait une signification et une portée indéniables. Elle permettait de dépeindre des intérêts inavouables s'habillant de théorie juridique, se déguisant sous des préoccupations d'orthodoxie démocratique, pour mener une action insidieuse et tricher dans la mise en œuvre des règles apparemment protectrices des plus faibles.»*[679]

678 Flückiger 1996, p. 52 s; Moor 1993, p. 172.

679 Atias 1999, p. 277 s.

2.3. La légitimation par l'efficacité et ses limites

192. Inventer des mécanismes complétant le principe de légalité afin de trouver des modes compensateurs de guidage rationnels et démocratiques est une solution alternative pour éviter que la légitimation par la loi soit exclusivement symbolique. Tel est l'objectif avoué du *principe d'efficacité* apparu avec l'avènement de l'Etat gestionnaire et ayant rang constitutionnel depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle Constitution fédérale (art. 170 Cst.)[680]. On reconnaît par ce détour le besoin de ménager à l'Etat les marges d'initiative nécessaires à une mise en oeuvre adéquate des politiques publiques. Le recours aux actes non obligatoires introduit la souplesse nécessaire pour faire fonctionner correctement la mécanique bureaucratique administrative. Le strict formalisme, même s'il n'est pas excessif, ne permet certainement plus – s'il ne l'a jamais pu – de gérer convenablement nos sociétés contemporaines.

193. Le principe d'efficacité implique de recourir à tous les instruments permettant d'orienter le comportement des individus dans la mesure où leur efficacité est avérée et d'abandonner les autres, indépendamment du caractère impératif ou non des moyens visés. La liberté dont dispose l'Etat ne se justifie que si elle réussit. Il ne suffit plus de contrôler la conformité à des normes, mais d'évaluer les résultats atteints dans leur mise en œuvre. L'*évaluateur* succède au juge; le *client* à l'administré (dans le cadre de la nouvelle gestion publique[681]).

194. Cette forme de légitimation, managériale, n'est toutefois pas moins réductrice que la précédente[682]. Est-il admissible de légitimer le recours aux actes non obligatoires par la seule efficacité que ceux-ci permettent à l'Etat de déployer? La réponse doit être nuancée. D'une part, la mesure de l'efficacité est fragile[683], et il ne faudrait pas remplacer une illusion de légitimité par une autre, qui ne revêtirait que l'apparence de l'objectivité. Comment mesurer par exemple l'atteinte d'objectifs imprécis ou opposés? Comment déterminer la qualité de prestations impossibles à évaluer quantitativement? Comment garantir un pluralisme des évaluations pour mettre en évidence les valeurs sous-jacentes? D'autre part, la seule légitimation par la performance est constitutionnellement exclue. Le principe d'efficacité s'inscrit en contrepoint de la légalité, et non en exclusion et ne saurait être pondéré avec la même intensité

680 Sur ce principe, et plus précisément sur sa juridicisation, voir FLÜCKIGER 2001; MOOR 2002, p. 515 ss.

681 LIENHARDT (à paraître).

682 Voir ci-dessus, ch. 5.

683 MORAND 1999, p. 102.

que les autres principes de l'Etat de droit, notamment l'intérêt public et la proportionnalité[684].

2.4. *Le développement de principes spécifiques fondés sur les valeurs d'un Etat de droit démocratique*

195. Si ni la légalité ni l'efficacité ne se révèlent à elles seules capables de légitimer l'activité étatique non obligatoire, il faut chercher un autre mode. Nous proposons de le trouver dans les *valeurs sous-jacentes aux principes de l'Etat de droit*. Même si aucun Etat n'a formellement instauré un tel contrôle de légitimité, bon nombre d'examens de légalité et d'évaluations en tiennent compte, implicitement du moins[685]. La doctrine commence peu à peu à s'en préoccuper en proposant des règles matérielles spécifiques, généralement fondées sur les valeurs d'un Etat de droit démocratique, pour légitimer l'action non juridique des autorités en fonction des différentes catégories d'actes. L'impulsion donnée par la doctrine devra progressivement être consolidée par la jurisprudence et la législation.

196. On mentionnera en matière de *recommandations étatiques* un devoir d'objectivité, décliné en plusieurs sous-exigences[686] – inspirées de la jurisprudence en matière de droits politiques[687] – telles que la transparence imposant de ne pas occulter la source officielle de l'information, le devoir de complétude pour prévenir le mensonge par omission, l'exigence d'une certaine retenue tant stylistique que relative au contenu afin de prévenir toute dramatisation inutile et de préserver une certaine solennité aux interventions officielles, la nécessité de s'appuyer sur une argumentation rationnelle correspondant à l'état des connaissances scientifiques (sans taire l'existence d'éventuelles divergences[688]), le devoir de respecter le caractère pluraliste de la société en s'abstenant de stigmatiser certains groupes sociaux[689] et le devoir de rectifier des informations manifestement fausses ou inexactement comprises[690]. Raisonnant *a contrario*, toutes les techniques revendiquées en

684 Flückiger 2001, p. 110; Moor 2002, p. 516 s.

685 Ost/Kerchove 2002, p. 337.

686 Tschannen 1999, p. 432 ss; Nützi 1995, p. 93 ss et 183 ss.

687 Sur les différences, voir Tschannen 1999, p. 433.

688 Pour une prise en compte plus nette des opinions scientifiques minoritaires en général, voir Müller/Müller-Graf 1995, p. 387 (Tschannen 1999, p. 435 s, est plus souple). L'application du principe de précaution pose un problème de ce point de vue, puisqu'il interroge directement la question de la preuve scientifique (sur la preuve scientifique opposée à la preuve judiciaire en rapport avec ce principe, voir Flückiger 2003).

689 Exigence découlant directement de l'art. 8 al. 2 Cst.

690 ATF 118 Ib 473, 483.

période de guerre pour exercer une contrainte sur le psychisme d'autrui sont à bannir: propagande, intimidation, désinformation, manipulation, séduction, chantage, tromperie, traîtrise, etc.[691] D'un point de vue de *technique législative*, les recommandations devraient être rédigées dans un style adapté à leur caractère non obligatoire[692]. Rédigées dans le plus pur style législatif, à l'instar des communications de la Commission de la concurrence (classées d'ailleurs dans la rubrique «législation» du site Internet officiel)[693], de certaines recommandations en droit international public[694] ou de codes de conduite[695], elles introduisent un effet de brouillage permettant à leur auteur de jouer avec cette ambiguïté pour renforcer l'effet de fait[696].

197. Dans le domaine des *arrangements* – visant à préparer une décision en droit environnemental et des constructions –, nous avons proposé que les parties adoptent un code éthique (charte de la concertation) dont la mise en œuvre serait confiée à un médiateur et posant diverses exigences telles que la prohibition de moyens de pression éthiquement controversés, la loyauté, la fiabilité des représentants, l'intégration de tous les acteurs concernés, l'empathie, la transparence ou la solennité des négociations notamment[697]. De manière plus générique et abstraite, la doctrine a récemment proposé de considérer un arrangement comme conforme à l'ordre juridique si l'ensemble formé par les quatre variables suivantes présente une cohérence manifeste: le contenu de l'accord, l'ensemble normatif dans lequel l'arrangement s'inscrit par son objet, les valeurs de l'ordre constitutionnel sous l'angle de la transparence, de l'égalité et du contrôle et les caractéristiques du champ économique et social où se situent les acteurs concernés[698].

198. En matière de *planification*, nous avons proposé de nous baser sur les fondements du principe de la légalité (rationalité, prévisibilité et démocratie en particulier) pour compléter celui-ci par divers principes. Tout d'abord, le principe de la soumission au plan lorsque l'ordre juridique subordonne un domaine spécifique à planification[699]. Ensuite, celui de la réserve du plan lorsque l'ordre juridique exige que l'autorité agisse dans ses relations avec les

691 Géré 1997.

692 Sur des exemples de technique rédactionnelle en droit international public, voir Dmochowski 2001, p. 760 ss.

693 www.wettbewerbskommission.ch (mars 2004).

694 Nguyen 2002, ch. 247, p. 378.

695 Schindler 2003, p. 73, reproche au *Code de comportement de l'administration générale de la Confédération* approuvé par le Conseil fédéral le 19 avril 2000 son style quasi normatif adopté pour la rédaction de certains articles.

696 Voir ci-dessous section III.3.3.1.

697 Flückiger/Morand/Tanquerel 2000, p. 230 ss; Detec, *Recommandations concernant les négociations*, Berne, 2004.

698 Moor 2002, p. 54 s.

699 Flückiger 1996, p. 62 s; Moor 2002, p. 497 ss.

administrés sous réserve d'un plan, permettant ainsi de coordonner les différents intérêts en présence et d'assurer une rationalité au processus de décision[700]. Enfin, l'exigence d'une planification concertée visant à garantir un processus ouvert, consensuel et participatif[701].

199. D'une manière générale, on remarquera qu'il ressort de toutes les propositions précédentes une exigence commune à l'ensemble des actes non obligatoires: la *transparence et la publicité de l'action étatique*, principe en passe d'être formalisé au niveau législatif sur le plan fédéral[702], qui visera désormais également les actes non obligatoires, à l'instar des actes juridiques qui ont fait l'objet de règles de publicité spécifiques depuis la genèse des Etats de droit démocratiques. Cette revendication est également justifiée par des motifs d'efficacité: les succès des recommandations du Surveillant des prix ou de la Commission de la concurrence ne dépendraient-ils pas en partie de la publicité donnée à leurs actions?[703]

2.5. Les autres principes de l'Etat de droit

200. Les principes fondamentaux de l'Etat de droit que sont l'intérêt public, la proportionnalité, l'égalité et la prohibition de l'arbitraire s'appliquent aux actes non impératifs de l'Etat au même titre qu'aux actes juridiques[704]. L'analyse doit être opérée de cas en cas en fonction des différents types d'actes et du contexte dans lequel ceux-ci s'insèrent.

201. Si la prohibition de l'arbitraire ne pose guère de problèmes spécifiques, une précision s'impose pour celui de la *proportionnalité*. L'aspect de l'aptitude peut difficilement être tranché *a priori*[705]. Une évaluation de l'efficacité de l'acte sera nécessaire. En matière d'arrangements par exemple, l'absence de caractère obligatoire peut avoir pour conséquence de les rendre inefficaces lorsque certains acteurs refusent de participer au système autorégulé[706]. Pour se prémunir, la loi peut contenir des dispositions spécifiques visant les dissidents (voir par exemple art. 7 OEB[707]), gommant ainsi peu à peu le caractère non impératif du mécanisme. Sous l'aspect de la nécessité de la mesure, l'exposé des effets des actes non obligatoires montre que ceux-ci

700 Flückiger 1996, p. 63 ss; Moor 2002, p. 497 ss.
701 Flückiger 1996, p. 58 ss.
702 Voir ci-dessus note de bas de page n° 148.
703 Bovet 2002, p. 1082. Même raisonnement pour les recommandations de la Commission de la concurrence (Tercier 2002, *ad* art. 45 LCart, ch. 42, p. 947).
704 Moor 2002, p. 35 s.
705 Tschannen 1999, p. 431 (pour les recommandations).
706 Brunner 1998, n° 47; Braun 1998, p. 202.
707 RS 814.621.

peuvent s'avérer parfois plus contraignants ou plus attentatoires à certains droits que les actes juridiques[708]. Sous le velours de la *soft law* se cacherait donc parfois une main de fer, même si le débat relatif à la dérégulation peut laisser croire le contraire. Il n'est ainsi pas forcément proportionné de recourir aux actes non obligatoires[709].

202. La poursuite de l'*intérêt public* doit être discutée, car elle n'est pas aussi évidente tant dans les actes non obligatoires de déclaration unilatéraux que bilatéraux[710]. Dans l'exemple des actes visant à éviter l'adoption d'un acte juridique, les intérêts de la branche concernée ne coïncident pas nécessairement avec l'intérêt public. Le meilleur indice est l'existence d'une réglementation étatique de substitution plus préjudiciable aux intérêts – privés – de l'ordre autorégulé. Pourquoi ne pourrait-on pas considérer que la réglementation étatique de substitution soit, selon les cas, plus respectueuse de l'intérêt public que la solution retenue par ces quasi-normes?

203. Le principe d'*égalité* peut, quant à lui, devoir être appliqué plus souplement[711], en particulier pour les arrangements qui sont souvent conclus dans des situations complexes ne se prêtant guère à des solutions schématiques[712]. Les différentes parties intéressées doivent cependant être traitées équitablement dans les négociations préalables[713]. Des garanties formelles s'imposent à cet égard, comme nous le verrons dans la section suivante. Les textes normatifs affirment parfois explicitement l'application du principe dans le cadre de procédures menant à l'adoption d'actes non impératifs. Un exemple est celui de la procédure d'adoption des recommandations de la Commission des offres publiques d'acquisition dont l'ordonnance précise qu'elle doit respecter l'égalité de traitement (art. 55 al. 1er de l'ordonnance sur les OPA[714]).

3. L'accroissement des garanties procédurales

3.1. Introduction

204. L'application des principes précédents ne peut pas être assurée par elle-même de manière utile. Un nombre minimal de règles gouvernant les

708 Voir ci-dessus note de bas de page nº 582.

709 Kautz 2002, p. 279 ss, et Pfenninger 1996, p. 133 (à propos des arrangements).

710 Sur l'intérêt public et les recommandations, voir Tschannen 1999, p. 428 ss. En rapport avec les arrangements, voir Pfenninger 1996, p. 138 ss.

711 Sur la notion d'égalité «souple», voir Martenet 2003, p. 356 ss.

712 Pfenninger 1996, p. 135 ss; Kautz 2002, p. 284 ss.

713 Kautz 2002, p. 286.

714 RS 954.195.1.

processus d'adoption d'actes non obligatoires doit donc être adopté: accroissement des garanties d'ordre procédural et développement de voies de recours en faveur des administrés. Cette question est cependant délicate, car une telle évolution est de nature à bloquer ce qui constitue l'une des raisons d'être de ces instruments: leur flexibilité. Le Tribunal fédéral le reconnaît lorsqu'il affirme, à propos des actes matériels, que *«rendus aussi rigides que les actes juridiques, leur utilité disparaîtrait. Il n'est pas nécessaire que toute intervention étatique prenne la forme d'une décision; sinon, le bon fonctionnement de l'administration pourrait en être affecté. Il est souvent indispensable que les autorités procèdent de façon informelle.»*[715]

205. Faire atteindre aux actes non obligatoires le degré de maturité procédurale des actes juridiques ne se justifie que ci ceux-ci sont exactement équivalents dans leurs effets notamment. Cette situation est plutôt rare en pratique[716]. Les règles formelles doivent également être définies en fonction de l'importance des effets et des atteintes aux droits, selon la formule que nous avons énoncée en introduction de ce chapitre[717].

3.2. L'émergence de nouvelles formes pour les actes non obligatoires?

206. Nous avons montré au début du présent rapport[718] le mouvement de formalisation progressive des actes étatiques non obligatoires dans l'ordre juridique. On peut se demander si l'on est désormais en mesure de déduire une forme spécifique pour ce type d'instruments. Cette conclusion serait idéale, car le raisonnement en termes de formes – définies comme le résultat d'un processus – est très utile puisqu'il suffit de rattacher tel acte à telle forme pour répondre instantanément aux questions formelles, précisément, telles que les exigences procédurales ou les modalités du contrôle. En présence d'actes insolites, l'approche en termes de formes, qualifiée parfois de théorie des formes, tente d'intégrer ces figures singulières par analogie dans la forme existante la plus proche[719]. On peut observer des indices d'une telle tendance dans le rattachement d'une série d'actes matériels à la forme de la décision[720] ou de l'ordonnance administrative[721].

207. Ce mode de procéder connaît pourtant des limites: l'union continue d'actes hétérogènes à une forme précise ne peut que conduire à l'affaiblisse-

715 ATF 128 II 156, 163.
716 Voir ci-dessus section III.3.1.
717 Voir ci-dessus ch. 183.
718 Voir ci-dessus section I.5.
719 Schmidt-Assman 1989; Schulte 1995, p. 190.
720 Voir ci-dessus ch. 36 ss (pour les actes matériels au sens étroit).
721 Voir ci-dessus ch. 147 ss.

ment progressif des contours de cette dernière et à son éclatement. Ne serait-il dès lors pas temps *d'inventer de nouvelles formes* pour les actes non obligatoires afin d'offrir aux praticiens des solutions commodes? Sur la base de la classification que nous avons dégagée dans l'optique de ce rapport, nous pourrions proposer par exemple deux grandes formes générales définies autour de critères positifs homogènes: les actes matériels au sens étroit (définis par leur caractéristique factuelle) et les actes non obligatoires de déclaration (définis par leurs traits communs textuels ou discursifs). Ces derniers se subdiviseraient en actes unilatéraux, divisés à leur tour en recommandations et en informations simples (selon leur nature normative ou non), en actes concertés (identiques aux précédents mais non unilatéraux) et en actes de planification non obligatoires (catégorie spécifique d'acte matériel de déclaration, ayant une fonction particulière de coordination).

208. Aussi séduisante soit-elle, une telle entreprise buterait contre un obstacle d'une double nature. D'une part, la diversité de ces actes ne facilite pas leur réduction à une ou quelques formes homogènes. D'autre part, bien que cela pose de graves problèmes de légitimité, une certaine informalité demeure nécessaire pour assurer l'efficacité de l'action de l'Etat et prévenir sa paralysie. Créer de nouvelles formes aura inéluctablement pour conséquence de générer de nouvelles informalités, sauf à s'accommoder d'une action étatique moins efficace.

209. Pour contourner l'obstacle, la doctrine a carrément préconisé de *changer de paradigme* en concevant de nouvelles théories se substituant à celle des formes (théories procédurales, des relations juridiques administratives, de la mesure)[722]. Sans nier l'intérêt de telles approches, nous concluons à leur lecture qu'elles sont d'un intérêt subsidiaire. La théorie des formes demeure sous-jacente tant elle imprègne historiquement et structurellement la systématique du droit public. Mais elle peut être complétée de deux manières différentes afin de prendre en compte les actes non obligatoires. La première, statique, consiste à prévoir de manière générale, dans la loi sur la procédure administrative, des formes déterminées (recommandation, mise en garde, arrangement et tolérance par exemple comme l'a suggéré une partie de la doctrine)[723]. La difficulté concrète d'élaborer des catégories homogènes et englobant la plupart des phénomènes constatés pour restreindre les actes résiduels nous fait cependant préférer une seconde approche, plus méthodologique, selon laquelle la législation, en définissant une réglementation adéquate dans

722 Sur ces théories, voir les réf. cit. *in* FLÜCKIGER 1996, p. 12 ss, ainsi que les propositions de MÜLLER-GRAF qui suggère de compléter la théorie des formes et celle des relations juridiques administratives dans une perspective plus sociologique (MÜLLER-GRAF 2001, p. 214 ss).

723 SCHMIDT-ASSMANN 1989, p. 538; SCHULTE 1995, p. 199 (avec réf. à d'autres classifications proposées).

une loi spéciale, ou la jurisprudence devraient déterminer de cas en cas quels principes s'appliquent en fonction de l'intensité des effets et des atteintes aux droits de chaque acte.

3.3. Le développement de principes formels spécifiques

3.3.1. L'application des règles de la procédure administrative classique?

210. L'analyse des textes normatifs fédéraux montre que ceux-ci peuvent statuer sur des questions formelles, telles que la définition de la compétence des autorités, la participation des administrés, la transparence du processus, l'obligation de motivation ou le mode de décision. Dans le cas d'actes dont les effets sont importants et les atteintes aux droits potentiellement graves, la doctrine demande une formalisation de la procédure d'adoption, par exemple pour les recommandations en droit cartellaire ou celles de la Commission fédérale des banques[724]. Le législateur a parfois tenu compte de ces avis en codifiant une procédure administrative spéciale *ad hoc* statuant sur la quasi totalité des points habituellement réglés dans une loi sur la procédure administrative. L'archétype est la procédure d'adoption des recommandations de la Commission des offres publiques d'acquisition spécialement définie dans une ordonnance (ordonnance sur les OPA[725]) qui constitue un véritable code de procédure administrative parallèle spécifique ayant pour objet ces seules recommandations. L'ordonnance déclare explicitement inapplicable la loi sur la procédure administrative (art. 55 al. 5). Le Tribunal fédéral vient de confirmer le caractère de *lex specialis* de cette ordonnance par rapport à la loi sur la procédure administrative[726]. Tentative avortée, le projet de loi fédérale sur le marché intérieur prévoyait de contraindre la Commission de la concurrence à respecter lors de l'édiction de ses recommandations les garanties procédurales de la loi sur les cartels[727], régie elle-même par la loi sur la procédure administrative sous réserve de règles spéciales (art. 39 LCart). Pour une partie de la doctrine toutefois, la jurisprudence niant l'application de la loi sur la procédure administrative à la procédure devant l'ancienne Commission des cartels devrait être maintenue à propos des enquêtes de la Commission de la concurrence en vue d'émettre des recommandations[728].

---

724 Richli 1992, p. 200; Manfrini 1982, p. 413 (à propos du recours).
725 RS 954.195.1.
726 ATF 129 II 183, 189.
727 Clerc 1997, p. 464.
728 *Contra*: Clerc 1997, p. 465 (avec réf. cit. aux avis opposés).

211. On peut se demander si le développement de ces procédures parallèles ne risque pas à terme de compliquer le processus de décision, et donc de prolonger les délais. Cet effet non voulu est d'autant plus pervers que le recours aux instruments non obligatoires vise précisément le but opposé d'une plus grande flexibilité. Ne serait-il pas plus simple et plus efficient, dans l'exemple de la Commission des offres publiques, que celle-ci adopte une décision selon les règles classiques de la procédure administrative? La doctrine craint une complication de la procédure[729], ne permettant plus de tenir compte des spécificités de celle-ci, en termes de célérité surtout. Le Tribunal fédéral reconnaît d'ailleurs explicitement que l'application de la loi sur la procédure administrative ne serait *«guère compatible»* avec une procédure simple et rapide prévue par l'ordonnance sur les OPA[730], même s'il souligne plus loin que la loi sur la procédure administrative doit s'appliquer *«en tenant compte»* des particularités de la législation en matière boursière[731].

3.3.2. La définition de la compétence des autorités

212. Les actes non obligatoires doivent en principe être édictés par une autorité compétente, tant d'un point de vue fédéraliste (art. 3 Cst.)[732] qu'en raison du lieu, de la matière ou de la fonction[733]. Cela n'exclut à notre avis pas une certaine flexibilité dans le cas d'espèce lorsque leurs effets sont limités, la compétence pouvant être déduite implicitement. Les textes de loi sont de plus en plus nombreux à statuer sur la compétence d'édicter de tels actes et l'objet sur lequel elle porte, comme on peut le déduire de tous les exemples cités dans les chapitres I.5 et III. Pareille définition dans la loi déploie des effets obligatoires réflexes spécifiques comme nous l'avons montré plus haut[734].

Quelques exemples à titre d'illustration parmi de nombreux autres, tirés de la loi fédérale sur la protection de l'environnement: les services spécialisés de la protection de l'environnement *«recommandent l'adoption de mesures visant à réduire les nuisances»* (art. 6 al. 3 LPE[735]); la Commission d'experts pour la sécurité biologique *«peut émettre des recommandations»* (art. 29h al. 2 LPE); *«Le Conseil fédéral*

729 Le débat est ouvert dans le cadre de la réorganisation de la surveillance des marchés financiers (Senn, Myriam, *PJA* 2003, p. 1109, plutôt opposée à conférer une compétence décisionnelle à la Commission des OPA).

730 Art. 55 al. 2 OOPA, ATF 129 II 183, 189.

731 ATF 129 II 183, 192.

732 Tschannen 1999, p. 421; Müller/Müller-Graf, p. 377; Nützi 1995, p. 190; Barthe 1993, p. 123 s; Richli 1990, p. 156.

733 Tschannen 1999, p. 422.

734 Voir ci-dessus section III.3.2.4.

735 RS 814.01.

peut édicter des [...] *recommandations sur les mesures destinées à lutter contre les atteintes physiques telles que l'érosion ou le compactage»* (art. 33 al. 2 LPE).

3.3.3. La participation des administrés

3.3.3.1. Introduction: la nécessité d'une démocratie administrative

213. L'exigence d'aménager des mécanismes de participation populaire dans le processus d'adoption des actes non obligatoires se justifie non pas seulement afin d'assurer une légitimité démocratique (c'est le thème de la *démocratie administrative*[736]), mais également pour des motifs d'efficacité. Il est en effet d'autant plus nécessaire de procéder à de larges consultations (sur le modèle des procédures législatives) dans le cas des textes non obligatoires si l'autorité veut s'assurer du soutien de leurs destinataires[737].

3.3.3.2. La consultation

214. La participation des administrés peut s'exercer selon plusieurs niveaux d'intensité: de la simple consultation à l'élaboration conjointe d'actes non obligatoires en passant par un véritable droit d'être entendu.

215. La législation peut prévoir une obligation de consultation, à l'instar des recommandations suivantes:

> L'office fédéral compétent édicte des recommandations sur la protection des sites de reproduction de batraciens *«après avoir consulté les milieux concernés»* (art. 15 de l'ordonnance sur les batraciens[738]).
>
> La Conférence suisse des associations d'enseignants doit être consultée lors de l'élaboration des recommandations des cantons concordataires relatives à la coordination scolaire (art. 3 al. 2 du concordat sur la coordination scolaire[739]).
>
> Le département fédéral établit des recommandations concernant les emballages et les récipients pour toxiques *«après avoir consulté les milieux spécialisés intéressés et la CNA»* (art. 42 al. 7 de l'ordonnance sur les toxiques[740]).

216. L'exigence de participation a depuis longtemps été formulée dans le domaine de la *planification*[741]. Les dispositions exigeant la délivrance *d'avis*

---

736 Moor 1994, p. 300 ss; Häner 2000, p. 371 ss.
737 Sur cet argument, voir Delley/Mader 1986, p. 24 s.
738 RS 451.34.
739 RS 411.9.
740 RS 813.01.
741 Flückiger 1996, p. 54.

ou de *préavis*[742] ne sont en revanche pas directement visées ici, car elles concernent la consultation des autorités et non des administrés[743].

217. La loi peut aller au-delà de la simple consultation et exiger une *élaboration conjointe* des recommandations avec différents acteurs, comme dans l'exemple de la législation sur l'énergie qui précise que l'office fédéral doit élaborer des recommandations spécifiques en collaboration avec les cantons et les organisations privées concernées (art. 12 al. 2 let. a et b de l'ordonnance sur l'énergie[744]).

3.3.3.3. Le droit d'être entendu

218. Les garanties générales de procédure (art. 29 Cst.) ne s'appliquent traditionnellement qu'aux actes juridiques[745]. La formalisation croissante de certains aspects procéduraux applicables aux actes matériels montre toutefois qu'il ne serait pas exclu, sur le plan conceptuel du moins, de considérer l'adoption de ceux-ci comme une *«procédure administrative»* au sens de l'article 29 Cst. (précisons que nous nous limitons ici à la procédure non contentieuse[746]). Compte tenu du fait que le droit d'être entendu était dérivé de l'égalité de traitement sous l'empire de l'ancienne constitution[747], et que l'application de ce dernier principe aux actes non obligatoires est généralement reconnue comme nous l'avons montré, le droit d'être entendu devrait donc s'appliquer aux actes non obligatoires, pour autant que ceux-ci soient individuels et concrets[748] – puisque les actes généraux et abstraits en sont exclus[749] – et que l'importance de leurs effets et/ou de leurs atteintes aux droits le justifie selon la formule que nous avons mise en évidence plus haut[750]. Si le fondement ne devait pas être trouvé dans l'article 29 Cst., il pourra à notre avis l'être si nécessaire dans l'article 8 Cst. La doctrine demande ainsi l'introduction d'un droit d'être entendu pour les avis[751], les arrangements[752] ou pour

742 Voir ci-dessus section II.3.2.2.5.

743 Voir par exemple la consultation des cantons et des communes avant l'établissement des horaires de transports publics ou de la desserte des gares (art. 6 et 7 LTP, RS 742.40).

744 RS 730.01.

745 Häner 2000, p. 117 s; Auer/Malinverni/Hottelier 2000, vol. 2, p. 610. Spécifiquement pour les actes matériels, voir Tschannen 1999, p. 449. Pour les arrangements, voir Pfenninger 1996, p. 156. Critique: Richli 1992, p. 199 ss.

746 Il est clair que le droit d'être entendu, notamment, s'appliquera, durant la procédure contentieuse dès lors que l'acte non obligatoire est ouvert au contrôle juridictionnel.

747 FF 1997 I 183.

748 Tschannen 1999, p. 449 (qui en refuse l'application aux actes matériels, sauf disposition légale spéciale).

749 ATF 129 I 232, 237 (sur les critiques quant à cette limitation, voir Wyss 2001, p. 92 s).

750 Voir ci-dessus section IV.1.2.

751 Voir ci-dessus section II.3.2.2.5.

752 Kautz 2002, p. 220 ss.

certaines recommandations nanties d'effets importants, par exemple celles de la Commission de la concurrence (art. 45 al. 2 LCart[753])[754] ou celles de la Commission des banques[755]. La loi peut l'introduire expressément. Elle l'a fait avec des nuances, et uniquement pour des actes ayant des effets importants:

> Avant d'émettre une mise en garde publique relative à des denrées alimentaires, des additifs ou des objets usuels, l'autorité doit prendre, si possible préalablement, l'avis des fabricants, des importateurs, des distributeurs ou des vendeurs, ainsi que des organisations de consommateurs (art. 43 al. 2 LDAl[756]).
>
> La procédure d'adoption des recommandations de la Commission des offres publiques d'acquisition doit respecter le droit d'être entendu dont les modalités doivent être spécialement fixées (art. 55 al. 1er de l'ordonnance sur les OPA[757]).

3.3.3.4. La qualité de partie

219. La législation peut préciser à quelles conditions peut être reconnue la qualité de partie à une procédure menant à l'édiction d'un acte non obligatoire. Cette qualité peut différer des règles ordinaires de la procédure administrative. Sous l'empire de l'ancienne loi sur les cartels, le Tribunal fédéral avait admis une réglementation prévoyant que les intéressés ne pouvaient pas faire valoir tous les droits de partie de la loi sur la procédure administrative devant la Commission des cartels, habilitée à n'émettre que de simples recommandations[758]. Il vient de reconnaître que la notion de partie peut être définie plus restrictivement dans la procédure de la Commission des offres publiques d'acquisition aboutissant à l'émission d'une recommandation que devant la Commission fédérale des banques, même s'il en résulte des inconvénients (art. 53 de l'ordonnance sur les OPA[759])[760].

3.3.4. La publication et la notification des actes étatiques non obligatoires

220. Tant que prévaut le principe du secret dans l'administration, il n'existe aucune obligation générale de publier les actes non obligatoires. L'adoption

---

753 RS 251.

754 L'obligation d'entendre préalablement les entreprises concernées n'est pas prescrite, mais il serait *«plus sage de le faire»* (Tercier 2002, *ad* art. 45 LCart, ch. 67, p. 951).

755 Richli 1992, p. 200; Manfrini 1982, p. 413.

756 RS 817.0.

757 RS 954.195.1.

758 ATF 117 Ib 481 ss.

759 RS 954.195.1.

760 ATF 129 II 183, 191.

progressive du principe de transparence changera la donne. Ces actes, comme les autres documents officiels, deviendront en principe publics, sous réserve d'exceptions destinées à protéger certains intérêts publics et privés jugés prépondérants[761]. Les législateurs n'ont toutefois pas attendu ce changement de paradigme pour instaurer progressivement diverses obligations de publication – pour les actes généraux et abstraits en principe – ou de notification – pour les actes individuels et concrets. Quelques exemples en matière de recommandations le démontrent:

Publication – Les recommandations de la commission consultative prévue par la législation sur l'asile doivent être publiées sur décision du département fédéral compétent (art. 53 al. 5 de l'ordonnance 1 sur l'asile, RS 142.311). Le Préposé fédéral à la protection des données doit informer le département compétent ou la Chancellerie fédérale de sa recommandation en matière de surveillance des organes fédéraux (art. 27 al. 4 LPD) ainsi que, de manière plus générale, le public s'il en va de l'intérêt général (art. 30 al. 2 LPD). Les recommandations de la Commission des offres publiques d'acquisition *«peuvent être publiées»* (art. 23 al. 3 de la loi sur les bourses[762]). *«Le bureau publie un résumé annuel des avis de l'office et des recommandations en matière de sécurité contenues dans les rapports finals»* (art. 34 al. 3 de l'ordonnance relative aux enquêtes sur les accidents d'aviation et sur les incidents graves[763]). *«Les recommandations des commissions de surveillance et leurs délégations et les avis des autorités politiques responsables sont publiés pour autant qu'aucun intérêt digne de protection ne s'y oppose.»* (art. 158 al. 3 LParl). Les recommandations de la Conférence interparlementaire et du Conseil de l'Union interparlementaire doivent être portées à la connaissance de l'Assemblée fédérale (Arrêté fédéral concernant la délégation de l'Assemblée fédérale auprès de l'Union interparlementaire, RS 171.117).

Notification – La Commission des OPA doit notifier sa recommandation à la personne qui a annoncé les transactions (art. 42 al. 2 l'ordonnance sur les OPA[764]). La notification des recommandations est adressée aux parties en principe par télécopie (art. 55 al. 4 *ibid*).

221. La publication des arrangements destinés à prévenir des actes réglementaires est également préconisée par la majorité de la doctrine dans la mesure où ceux-ci déploient des effets sur les particuliers, non parties à l'arrangement[765].

---

761 Voir ci-dessus note de bas de page n° 148.

762 RS 954.1.

763 RS 748.126.3.

764 RS 954.195.1.

765 Brunner 1998, n° 63; Moor 2002, p. 54. En droit allemand, voir la longue liste de références citée *in* Kautz 2002, p. 235. *Contra:* Kautz 2002, p. 235 ss.

3.3.5. L'obligation de motivation

222. L'obligation de motiver un acte non impératif ne doit pas être confondue avec l'exigence de motiver les dérogations à un tel acte que nous avons exposée au chapitre des effets[766]. Dérivée du droit d'être entendu, cette exigence s'applique aux actes juridiques, plus précisément aux décisions, en tant que contribution à la transparence de la justice[767]. Appliquée aux actes non obligatoires, elle ne concernerait que les actes individuels et concrets déployant des effets et des atteintes aux droits ayant une importance comparable à celle des décisions. Les textes normatifs peuvent prescrire spécialement une telle obligation. On citera deux exemples en matière de droit financier:

La recommandation de l'instance pour la publicité des participations doit être motivée (art. 22 al. 3 de l'ordonnance de la CFB sur les bourses[768]).

Les recommandations de la Commission des offres publiques d'acquisition *«sont brièvement motivées»* (art. 55 al. 4 de l'ordonnance sur les OPA[769]).

223. La motivation peut également résulter d'une pratique administrative, à l'exemple des recommandations de la Commission de la concurrence (art. 45 al. 2 LCart[770]), intégrées à un rapport en expliquant les motifs[771].

3.3.6. Le mode de décision

224. La loi peut préciser dans certains cas le mode de décision aboutissant à l'adoption de l'acte non impératif. Deux exemples l'illustrent:

La commission d'experts pour la taxe d'incitation sur les COV *«recherche le consensus entre les membres pour élaborer ses recommandations. Autrement, elle statue à la majorité simple»* (art. 4 al. 2 de l'ordonnance sur la commission d'experts pour la taxe d'incitation sur les COV[772]).

Les recommandations de la Commission des OPA *«sont édictées à la majorité des membres de la délégation, lors d'une séance ou par voie de circulation»* (art. 14 du règlement de la Commission des OPA[773]).

---

766 Voir ci-dessus section III.3.3.2.5.

767 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER 2000, vol. 2, p. 615.

768 RS 954.193.

769 RS 954.195.1.

770 RS 251.

771 TERCIER 2002, *ad* art. 45 LCart, ch. 67, p. 951.

772 RS 814.018.22.

773 RS 954.195.2.

4. Le contentieux des actes non obligatoires

4.1. Introduction

225. Un long débat illustre la question du contrôle juridictionnel des actes non obligatoires[774]. Ce n'est pas le lieu ici d'en retracer tous les détours. Nous nous limiterons à dresser l'état de la question à ce jour en distinguant le contrôle juridictionnel des voies alternatives.

4.2. Le principe: un renvoi au droit de la responsabilité

226. Les actes non obligatoires sont en principe exclus du contrôle juridictionnel, le recours étant généralement lié à l'existence d'une décision[775]. Le droit de la responsabilité offre la seule possibilité[776] pour faire établir l'irrégularité d'un acte non impératif. Mais cette possibilité présente des défauts manifestes: existence d'un préjudice et indemnisation comme seuls remèdes[777]. Le Tribunal fédéral l'a reconnu en présence d'actes matériels portant atteinte aux droits fondamentaux des individus concernés: *«En outre, il n'est pas admissible de renvoyer à la voie de l'action en responsabilité de l'Etat le requérant d'asile qui se sent atteint dans sa liberté par l'organisation de son séjour dans un centre d'enregistrement. Une protection juridique de ce genre, simplement indirecte et a posteriori, ne peut pas suffire et n'est finalement pas dans l'intérêt de la collectivité publique. Il convient au contraire de permettre au requérant d'asile qui estime ses droits fondamentaux gravement lésés de faire valoir ses griefs à l'encontre d'actes étatiques qui viennent de se produire, durent encore ou sont imminents.»*[778]

227. La responsabilité de l'Etat pour actes *licites* peut également être engagée en raison d'un acte non impératif. Deux exemples en droit fédéral le montrent. En matière énergétique tout d'abord, un dommage d'origine nucléaire constitue selon la loi *«le dommage* [...] *qui survient par suite des mesures* [...] *recommandées par les autorités afin d'écarter ou de réduire un danger nucléaire imminent»* (art. 2 al. 1er let. c de la loi sur la responsabilité civile en matière nucléaire[779]). En droit de la santé publique ensuite, les cantons sont

774 Voir la bibliographie dans Moor 2002, p. 25.

775 ATF 128 II 156, 162.

776 Sur le manque d'efficacité de la procédure de dénonciation en rapport avec le contrôle des actes matériels, voir ATF 128 II 156, 164 s; 128 I 167, 174; 121 I 87, 90.

777 Flückiger 1998, p. 172 ss.

778 ATF 128 II 156, 165.

779 RS 732.44.

obligés d'accorder *«une indemnité pour les lésions post-vaccinales survenues à la suite de vaccinations obligatoires ou recommandées par les autorités, si ce risque n'est pas couvert autrement»* (art. 23 al. 3 de la loi sur les épidémies[780])[781]. Le Tribunal fédéral a en revanche refusé d'indemniser des fabricants d'un fromage, prétendument lésés à la suite d'une mise en garde officielle sur les risques liés à sa consommation[782]. La conclusion est justifiée, car il deviendrait sinon très malaisé de diffuser toute information d'intérêt public[783].

4.3. Le contrôle juridictionnel

4.3.1. Introduction: la contrôlabilité de principe

228. La problématique posée par les actes non obligatoires paraît relativement récente. Elle est en vérité fort ancienne comme nous l'avons montré en introduction[784]. Elle a en outre déjà été thématisée par celui qui peut être considéré comme l'inventeur germanique de la figure de la décision administrative, Otto Mayer, qui n'excluait pas *a priori* le contrôle judiciaire des mesures matérielles: «*La loi détermine les actes contre lesquels le recours est possible; ce sont principalement des actes administratifs* (note 12: *Quand il s'agit de mesures matérielles, de simples sommations et d'avertissements, le recours formel n'est pas à sa place; comme l'appel, il suppose un acte d'autorité. Mais la loi peut en disposer autrement*; [*Blätter für administrative Praxis*, édité par Brater] 1876, p. 159)»[785]. Cette citation, en note de bas de page, a été oubliée au cours des ans, éclipsée par l'impressionnante construction dogmatique de la décision. Pour Otto Mayer, il était évident que les mesures matérielles n'étaient pas *par nature* insusceptibles de contrôle juridictionnel. Celles-ci ne prenaient tout simplement pas place dans la catégorie nouvelle des décisions et n'étaient soustraites *en principe* que des voies de droit et des garanties offertes par la procédure administrative générale. Aujourd'hui, la nouveauté du problème ne réside pas dans la découverte de nouveaux moyens d'action de l'Etat mais certainement dans le rapport entre la règle et l'exception: à l'origine, le principe était l'absence de contrôle et

780 RS 818.101.
781 Sur les vaccinations, voir Müller-Graf 2001, p. 173 et réf. cit.
782 ATF 118 Ib 473, 481.
783 Moor 2002, p. 738.
784 Voir ci-dessus ch. I.3.
785 Mayer 1903, p. 199.

l'exception l'ouverture du recours; aujourd'hui, la conscience de l'influence effective des actes non juridiques remet en cause cette relation. Les actes matériels ne devraient plus être par principe laissés à la libre disposition de l'administration mais réintégrer le giron du droit.

4.3.2. Le droit fédéral positif

4.3.2.1. Les fondements du contrôle juridictionnel

229. Le Tribunal fédéral reconnaît le droit à un contrôle juridictionnel des actes matériels en cas d'atteinte aux droits fondamentaux[786]. Ce droit peut découler des articles 6 et 13 CEDH[787] et de l'article 29a Cst.[788] Il doit à notre avis être admis plus largement, en fonction du degré d'atteinte aux droits et de l'intensité des effets produits, chaque fois qu'un administré se trouve dans une *relation de droit administratif avec l'Etat (Verwaltungsrechtverhältnis)*[789] ou dès qu'un *«point de rencontre»* avec l'ordre juridique peut être trouvé[790] en raison d'un acte matériel[791]. Un contrôle juridictionnel ne se justifie en effet qu'en présence d'un réseau suffisant de normes susceptibles de fonder une telle relation; l'examen ne serait sinon qu'un contrôle de façade: si l'ordre juridique matériel n'instaure aucune norme, le contrôle judiciaire perd tout sens et il vaut alors mieux développer des moyens alternatifs[792]. Cette condition permet de prévenir un élargissement exagéré du conten-

---

786 ATF 128 II 156, 165 (en cas d'atteinte *«inadmissible»*); 128 I 167, 175; 127 I 84, 87; 126 I 250, 254 s; 123 II 402, 413; 121 I 87, 90 s; Tribunal fédéral, arrêt du 8 juin 2001, 2P.96/2000, consid. 5a.

787 ATF 128 I 167, 174 s; 127 I 84, 86 (art. 13); Häner 2000, p. 115 ss; Richli 1998, p. 1433; Flückiger 1998, p. 24 ss.

788 Non encore entré en vigueur (RO 2 002 3148). Sur l'application de cette disposition aux actes matériels, voir Flückiger 1998, p. 31 ss. Dans le même sens, voir Waldmann 2003, p. 751; Hangartner 2002, p. 147 (ces deux auteurs admettent cependant qu'une décision constatatoire suffit; ce que nous contestons [voir ci-dessous note de bas de page n° 822]). *Contra*: Kälin 1999, p. 56 s (qui fait une exception pour le contrôle des actes matériels par une décision constatatoire, si bien que la position de cet auteur rejoint partiellement celle des précédents); FF 2001, 4184; BO CE 1 998 256 s.

789 Sur ce concept en matière de recommandations, Tschannen 1999, p. 399 ss; Flückiger 1998, p. 12 ss. En matière d'arrangements informels, voir l'approche nuancée de Kautz 2002, p. 79 s, ainsi que Braun 1998, p. 104 ss. Sur les deux types indistinctement (actes informels), voir Müller-Graf 2001, p. 154 ss et 210 ss (de la relation de droit administratif à la relation administrative).

790 Moor 2002, p. 29 ss.

791 Flückiger 1998, p. 13, 44 ss, 115 s et 199; Moor 2002, p. 574 s.

792 Moor 2002, p. 575.

tieux[793], crainte partagée par le Tribunal fédéral également[794]. A cette fin, la loi également peut statuer sur l'étendue du contrôle en soustrayant expressément certains actes au recours[795].

4.3.2.2. Les moyens spécifiques principaux: le contrôle résultant de la relation fonctionnelle avec une décision

230. Reste à préciser la manière dont ce contrôle peut s'exercer. Un certain nombre d'actes, tout d'abord, ne posent guère de problème dans la mesure où leur contrôle est déjà assuré, directement ou indirectement par leur *relation fonctionnelle avec un acte juridique attaquable* (décision)[796].

231. Une *classification des actes non obligatoires en fonction du critère contentieux* vise précisément à montrer cette relation. Les actes matériels, au sens large, ont intéressé très tôt le droit public, qui les a progressivement intégrés dans sa systématique chaque fois qu'un besoin de contrôle se faisait sentir. Dans la mesure où le contrôle juridictionnel est axé autour de la décision en droit helvétique, une classification en relation avec cette figure présente l'avantage immédiat de montrer comment la question contentieuse est réglée pour chacun d'entre eux[797].

232. Dans cette perspective, la première catégorie que nous pouvons mettre en évidence est celle des actes non obligatoires qui sont en *relation fonctionnelle avec une décision*.

233. Les actes non obligatoires peuvent premièrement *précéder une décision* qu'ils contribuent à préparer; ils peuvent eux-mêmes être précédés d'ordres internes[798] (audition de témoins, inspection locale) ou non (préavis[799], notes de travail). Ces actes entrent dans le circuit du contrôle soit directement

---

793 Flückiger 1998, p. 200: il n'existe pas (encore!) un réseau suffisamment dense de droits et d'obligations ni d'atteintes particulière aux droits fondamentaux lorsqu'un enseignant demande de disposer en cercle les pupitres d'une salle de classe ou lorsqu'un magistrat intime à un justiciable l'ordre de frapper à la porte de son bureau avant d'entrer (sur ces exemples, voir les réf. cit. en droit allemand dans Flückiger 1998, p. 90 s).

794 ATF 128 II 156, 164.

795 A l'exemple de la décision des entreprises de transports publics relative à la desserte des gares et autres stations, déclarée *«définitive»* (art. 7 al. 2 LTP, RS 742.40) ou des rapports établis par le Bureau d'enquête sur les accidents d'aviation (par exemple le rapport sommaire, voir art. 21 al. 4 OEAA [RS 748.126.3] ou les recommandations en matière de sécurité, voir art. 22 al. 2 OEAA).

796 Dans le même sens, voir Tschannen 1999, p. 440.

797 Pour plus de détails, voir Flückiger 1998, p. 53 ss.

798 Sur le rapport entre actes internes et actes matériels, voir Flückiger 1998, p. 60 s et Moor 2002, p. 164 ss.

799 Voir ci-dessous section II.3.2.2.5.

lorsqu'ils donnent lieu à des décisions incidentes[800], soit indirectement lors d'un recours contre l'acte final dans la mesure où ils en déterminent le contenu (contrôle concret).

234. Ils peuvent en deuxième lieu *suivre* une décision parce que l'ordre juridique subordonne leur existence à une procédure préalable en raison de l'atteinte à un droit subjectif, à un droit fondamental ou en raison de leur importance politique, économique, environnementale, etc. On citera les travaux de constructions publiques dont les procédures préalables dépassent par ailleurs la simple procédure administrative de décision (procédures parlementaires, référendum financier, procédures de planification[801]). On évoquera également l'exécution d'obligations incombant à l'administration à la suite d'une décision telle que le versement d'une subvention ou d'obligations incombant aux particuliers en cas d'inexécution par ces derniers (exécution par substitution, contrainte directe).

235. On rappellera en troisième lieu les actes non obligatoires qui *incorporent un acte juridique* tels que la régulation du trafic par les agents de la circulation[802] ou l'emploi direct de la force à l'exemple des fouilles corporelles à la douane[803].

236. Les actes non obligatoires peuvent enfin être pris pour *éviter une décision* ou avoir une telle conséquence[804].

237. Si ce dernier type d'acte est problématique du point de vue de la protection juridictionnelle à défaut de décision, les trois premiers ne posent pas de problèmes particuliers puisqu'ils sont tous pris dans le cadre des procédures applicables aux actes juridiques dans lesquelles ils s'inscrivent, qui les légitiment et qui en permettent le contrôle. Une réserve doit toutefois être apportée lorsque l'acte non obligatoire ne peut être examiné que de manière concrète à l'occasion d'un recours dirigé contre une décision. Ce contrôle est en principe adapté[805], sauf si des faits accomplis dommageables risquent d'être créés par l'acte non obligatoire ou lorsque celui-ci tranche par anticipation de manière concrète et précise la décision ultérieure sans laisser à l'autorité compétente pour décider une quelconque marge de manœuvre[806].

238. La seconde catégorie que nous pouvons mettre en évidence est celle des actes non obligatoires n'étant *pas* en relation fonctionnelle avec une décision. Dans ce cas de figure, l'acte est accompli isolément. On pense à la ré-

---

800 Moor 2002, p. 225 ss.
801 Moor 2002, ch. 1.1.3.1 let. c, p. 28.
802 Moor 2002, ch. 2.2.1.1 *i.f.*, p. 187.
803 ATF 106 Ib 109.
804 Voir ci-dessus section II.3.3.2.4 (en matière d'arrangements).
805 Voir ci-dessus section II.3.2.2.5.
806 Flückiger 1998, p. 169 s.

solution de publier une mise en garde contre les dangers d'un produit, de procéder à une campagne d'information, de publier les conclusions d'un rapport, de saler une route en hiver, de conclure un arrangement informel – ou de s'abstenir de prendre de telles mesures. Ce n'est pas un hasard si ce type d'acte a également posé problème. Il faut alors, si nécessaire, adapter ou inventer sur mesure des règles d'édiction et de contrôle, l'acte non obligatoire sortant progressivement de son informalité pour trouver un cadre juridique propre.

4.3.2.3. Les moyens spécifiques principaux: les procédures de recours spéciales

239. L'ordre juridique peut également prévoir des *procédures de recours spéciales* visant des actes non obligatoires spécifiques à l'exemple des informations en relation avec les droits politiques attaquables par le *recours pour violation des droits politiques*[807], des immissions excessives provenant d'une dépendance du domaine public attaquables par le biais de l'*expropriation* des droits de voisinage[808], des arrangements entraînant une restriction à la concurrence attaquables par les moyens tirés du *droit de la concurrence*[809] ainsi que des émissions de radio et de télévision[810], de la communication de données personnelles[811] ou de l'accès aux documents détenus par l'administration[812] contestables selon *diverses procédures spécifiques*.

240. Pour certains actes particuliers, l'ordre juridique peut *formaliser le droit de demander l'ouverture d'une procédure administrative ordinaire* à la suite de l'échec d'une solution non obligatoire (non-respect ou rejet de l'acte par ses destinataires)[813]. Appliqué aux arrangements, ce dernier mécanisme a été qualifié de protection juridique «naturelle»[814] et vaut pour les parties à l'accord seulement: celles-ci pouvant, *de iure*, s'en distancer, en raison même de la nature appréciative de l'arrangement. Cette protection est cependant insatisfaisante pour les tiers non parties à l'accord qui contesteraient celui-ci. Des moyens subsidiaires doivent être trouvés pour ce cas de figure[815].

---

807 Art. 85 let. a OJ.

808 Flückiger 1998, p. 170 ss.

809 Art. 4 al. 1er LCart. Voir ci-dessus ch. 94.

810 Art. 60 ss LRTV (RS 784.40).

811 Art. 25 LPD, RS 235.1.

812 Voir réf. cit. ci-dessus ch. 148.

813 Pour des exemples de recommandations, voir ci-dessus ch. 168. Pour des exemples d'arrangements, voir ci-dessus ch. 106.

814 Voir ci-dessus ch. 82.

815 Pfenninger 1996, p. 165; Häner 2000, p. 111 ss.

241. La *procédure pénale* peut également servir d'ancrage pour le contrôle juridictionnel des actes non obligatoires, tant dans le cas des arrangements, en droit de la concurrence, dont la violation est passible de sanctions pénales[816], que pour les actes matériels proprement dits à l'exemple de nombreux types d'interventions policières[817].
242. La législation peut aussi prévoir une *procédure de reconsidération* pour une recommandation spécifique. Le président de la Commission des OPA peut ainsi, d'office ou sur requête d'une partie, décider que la recommandation soit reconsidérée si des faits nouveaux modifiant la situation de manière déterminante surgissent. Une nouvelle procédure est alors ouverte (art. 3 al. 3 de l'ordonnance sur les OPA[818]).

4.3.2.4. Les moyens subsidiaires

243. A défaut d'entrer dans les catégories précédentes, un acte non obligatoire dont le besoin de protection juridique est avéré ne devrait à notre avis pas être soustrait au contrôle juridictionnel direct. Nous avons suggéré que, dans un tel cas, l'administré ayant un intérêt digne de protection[819], puisse avoir un *droit à obtenir une décision* portant sur l'adoption, l'abstention, la tolérance *(décision en prestation)* ou la suppression d'un acte non obligatoire *(décision formatrice)* de même que la cessation de ses effets (restauration de l'état initial) et, le cas échéant, une décision constatant l'illégalité de l'acte contesté, de son abstention ou de sa tolérance *(décision en constatation)*[820].
244. Cette proposition présente l'avantage de s'insérer aisément dans les institutions existantes par une *réinterprétation de la notion de droit à une décision* sans qu'il soit nécessaire d'introduire d'autres moyens, à notre avis problématiques, tels que l'institution d'une action en prestation, le renoncement à l'exigence d'un acte attaquable sous forme de décision (extension de l'objet du recours) ou l'élargissement de la notion de décision pour y inclure les actes non obligatoires[821]. Cette proposition dépasse le seul droit à obtenir

816 Voir ci-dessus section II.3.3.2.4.
817 ATF 128 I 167, 174. Voir ci-dessus section II.2.3 *i.f.*
818 RS 954.195.1.
819 Pour une discussion détaillée de la qualité pour agir, voir Moor 2002, p. 41 s.
820 Flückiger 1998, p. 196 s. Dans le même sens, voir Moor 2002, p. 39; Tschannen 1999, p. 446 s. Critique: Richli 1998, p. 1441, au motif que le rejet d'une requête en décision formatrice n'est pas une décision si elle ne porte pas sur un droit ou une obligation. On répondra que la décision formatrice en relation avec un acte non obligatoire ne doit être possible que si l'administré invoque précisément un droit à obtenir la prestation litigieuse (dans ce sens, voir Moor 2002, p. 40, 167. Voir ég. Tschannen 1999, p. 446 s). Le Tribunal fédéral a consacré cette solution notamment (voir réf. cit. ci-dessous, dans la présente section).
821 Sur l'exposé de ces différents moyens, voir Richli 1998, p. 1435 ss; Tschannen 1999, p. 437 ss; Häner 2000, p. 121 ss; Moor 2002, p. 37 ss; Flückiger 1998, *passim*.

une décision en constatation, insuffisante à notre avis pour garantir un contrôle effectif, notamment une restauration de l'état initial[822].

245. Le Tribunal fédéral, pragmatiquement, explore plusieurs pistes simultanément. Après l'élargissement de la notion de décision[823], il a examiné l'extension de l'objet du recours[824] puis a expressément consacré la solution que nous préconisons en ne limitant pas le droit à la décision aux seules décisions constatatoires: *«quiconque est à tel point touché par une intervention étatique qu'il risque d'être atteint de façon inadmissible dans ses droits fondamentaux doit avoir la possibilité de demander à l'autorité compétente (de première instance) une décision attaquable, normalement en constatation* [...]. *D'ailleurs, une telle possibilité existe déjà dans le droit en vigueur: si le requérant prouve qu'il a un intérêt digne de protection, l'autorité (compétente) concernée doit entrer en matière sur sa demande en constatation (art. 25 al. 2 PA). De la sorte, une voie de recours s'ouvre à l'intéressé contre la décision en cause, que celle-ci soit constatatoire, formatrice ou même d'irrecevabilité, si l'autorité refuse d'entrer en matière.»*[825]

246. Cette dernière solution impose cependant de formaliser de manière minimale la procédure de requête en décision devant l'autorité administrative[826]. Le Tribunal fédéral le suggère dans un domaine spécifique, en relation avec l'objet du litige, en proposant de préciser les autorités compétentes et de fixer pour quelles catégories d'ordres et à quelles conditions le requérant serait en droit d'exiger une décision[827]. Cette solution s'impose pour des motifs de transparence. Elle permet d'informer les particuliers de leurs droits. Cette exigence est d'autant plus nécessaire lorsque les destinataires des actes non obligatoires ne sont pas des spécialistes du droit public et que l'instauration jurisprudentielle progressive du contrôle juridictionnel des actes non obligatoire ne permet pas de prévoir avec certitude les contours détaillés de l'étendue de l'objet d'un tel contrôle.

---

822 Flückiger 1998, p. 184 (voir ég. *ibidem*, p. 26, à propos de l'insuffisance de principe d'une procédure en constatation au regard de l'exigence d'un recours effectif au sens de l'article 13 CEDH). Nous combattons donc l'affirmation selon laquelle la protection contre les atteintes aux droits fondamentaux par des actes matériels paraît – implicitement – suffisamment garantie par le droit de la responsabilité et le droit à une décision en constatation (Müller J.-P. 2001, p. 621 ss [no 46 note 68]; voir également les auteurs cités dans la note de bas de page n° 788 ci-dessus).

823 Flückiger 1998, p. 141 (voir les lignes directrices proposées par la doctrine à ce sujet: Moor 2002, p. 574 ss).

824 ATF 127 I 84, 87; 126 I 250, 254 s; 121 I 87, 90 s.

825 ATF 128 II 156, 165.

826 Dans ce sens, voir Flückiger 1998, p. 191.

827 ATF 128 II 156, 166.

4.3.2.5. Une absence d'unité

247. L'exposé des moyens juridictionnels montre en conclusion une absence flagrante d'unité. Cette conclusion n'est guère étonnante, car elle résulte de la diversité des effets des actes non obligatoires. Cette hétérogénéité n'est toutefois pas sans poser des problèmes de cohérence lorsque certains types d'actes non obligatoires présentant des caractéristiques et des effets homogènes sont traités différemment. On prendra l'exemple de l'information dans le domaine des droits politiques, d'un côté, et de l'information en dehors de cette matière de l'autre. La distinction, artificielle, est due à des contingences procédurales, plus précisément à l'existence d'un recours juridictionnel dans le premier cas permettant de contester des actes matériels (recours pour violation des droits politiques[828]) et non dans le second[829]. Le problème est en outre compliqué dans un Etat fédéral puisque les actes fédéraux pourront être traités différemment des actes cantonaux en fonction de leurs compétences respectives. On notera ainsi, dans ce même champ, l'exclusion du recours contre les explications du Conseil fédéral avant les votations alors que les messages explicatifs cantonaux sont attaquables[830].

4.4. Les voies alternatives de contrôle

248. A défaut d'être en mesure de mettre en évidence une relation de droit administratif, l'intervention d'un juge est dénuée de sens comme nous l'avons montré. Il est préférable dans ce cas de développer les mécanismes alternatifs[831]: l'instauration de contrôles politico-administratifs, tels que la dénonciation à l'autorité de surveillance[832], de commissions d'évaluation ou d'instances de médiation[833], dépourvues de pouvoir décisionnel (émissions de radio et de télévision[834], accès aux documents officiels[835], ombuds-

828 Art. 85 let. a OJ.

829 Mahon 1999, p. 247.

830 Auer 2002, p. 136 s.

831 Pfisterer 2002.

832 Pour un exemple en rapport avec les actes matériels, voir ATF 128 I 167, 174 s.

833 Sur la médiation et son rapport avec les procédures administratives, voir Guy-Ecabert 2002; Pfisterer 2002; Moor 2002, p. 524 ss. Voir également Siegwart 2002; Racine 2002 (pour la France).

834 L'organe de médiation en matière de programmes de radio et de télévision, servant de médiateur entre le diffuseur et l'auteur de la réclamation, peut *«adresser des recommandations au diffuseur»* (art. 61 al. 1er let. c LRTV, RS 784.40).

835 Le projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration prévoit, avant la procédure formelle de recours, une procédure préalable de médiation s'achevant si nécessaire par une recommandation du (futur) préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (art. 14 LTrans [projet]), recommandation dont le commentaire précise qu'elle n'a pas *«force obligatoire»* (FF 2 003 1865) et qu'elle n'a pas un *«caractère contraignant»* (FF 2 003 1871).

man[836], collaboration intercantonale en planification des déchets[837] et en planification territoriale[838]).

249. De même que la loi peut instaurer des mécanismes de contrôle juridictionnel spécifiques des actes non obligatoires, elle peut aménager un *examen non juridictionnel* ad hoc. Ainsi, la personne concernée peut demander que la Commission fédérale de la protection des données *«examine»* l'exécution de la recommandation que le Préposé fédéral à la protection des données a émise dans le cadre de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (art. 18 al. 2 LMSI[839]). En matière de lutte contre le crime international organisé, la même commission *«examine»* également les modalités d'exécution de la recommandation émises par le préposé (art. 14 al. 3 de la loi fédérale sur les Offices centraux de police criminelle de la Confédération[840]). S'agissant des procédures complexes en matière de constructions, l'autorité de décision doit organiser en cas d'avis contradictoires notamment un *«entretien»* avec les autorités concernées en vue d'éliminer les divergences (art. 62b LOGA[841])[842]. Enfin, le rapport d'enquête du bureau d'enquête sur les accidents d'aviation peut être *«examiné»* par la Commission fédérale sur les accidents d'aviation (art. 26 al. 2 LA[843])[844].

836 L'avant-projet de loi fédérale sur le Bureau fédéral de médiation prévoit que le médiateur fédéral *«émet des avis et des recommandations, mais n'a pas la compétence de rendre des décisions ni de donner des instructions»* (art. 8 al. 1er let. a de la loi fédérale sur le Bureau fédéral de médiation [avant-projet du 4 juillet 2003, FF 2 003 5540]). En droit communautaire, voir par exemple Gjerloeff Bonnor 2000.

837 Art. 31a LPE (voir ci-dessus section II.3.3.2.1).

838 Art. 7 al. 2 et 12 LAT (voir ci-dessus section II.3.3.2.1).

839 RS 120.

840 RS 360.

841 RS 172.010.

842 Voir ci-dessus section II.3.2.2.5.

843 RS 748.0.

844 Voir ci-dessus section II.3.2.2.6.

V. Conclusion

250. L'Etat, tant sur le plan interne qu'international, fait un usage abondant d'actes non obligatoires en marge des instruments juridiques classiques. Alors que les tentatives de déréglementation et d'autorégulation ont montré les limites de leur efficacité, ces actes occupent désormais une place de choix dans la régulation des politiques publiques. A l'instar de l'eau capable d'éroder les plus grands canyons, les actes non obligatoires ne déploient des effets modestes qu'en apparence seulement. Leur influence est d'autant plus redoutable qu'elle est discrète. Les juristes ont longtemps cru – ou feint de croire – que seuls les actes juridiques méritaient leur intérêt, sans s'apercevoir qu'ainsi ils laissaient à la libre disposition de l'Etat des sources de pouvoirs non disciplinés par la loi.

251. Les actes non obligatoires sont susceptibles de prendre tous les degrés de l'échelle normative. S'ils peuvent, dans certains cas exceptionnels, avoir même des effets obligatoires par le détour d'un renvoi législatif ou judiciaire, par le biais du principe de la bonne foi ou par différents autres mécanismes, ils déploient d'ordinaire des effets non obligatoires, soit par des procédés de pur fait, soit par des mécanismes de nature juridique dont la force est très variable.

252. On déduit de l'importance de ces effets que de tels actes doivent réintégrer le giron du droit, selon une formule que nous avons résumée ainsi: plus les actes étatiques non obligatoires portent atteinte à un droit, et/ou plus leurs effets produits sont importants, plus l'équivalence de leur traitement avec les actes juridiques doit être assurée. On en déduit que l'application des principes de l'Etat de droit (en particulier celui de la légalité), l'augmentation des garanties procédurales et l'ouverture des voies de recours qui en résultent doivent être modulées, et qu'elles ne sauraient être établies définitivement et de manière uniforme pour l'ensemble de ces actes. Si une formalisation excessive risque d'être contre-productive en mettant en péril le bon fonctionnement de l'administration, son insuffisance est encore plus problématique en termes de légitimité, car la recherche de l'efficacité ne saurait tout justifier. Dans tous les cas, cette démarche rend les frontières du droit plus difficiles à tracer.

253. A ceux qui diagnostiqueraient une dégénérescence du droit dans une telle évolution ou qui plaideraient pour un retour à l'usage d'actes plus contraignants, on rétorquera que ce processus est une réponse pragmatique aux insuffisances patentes du recours aux seuls instruments juridiques classiques dans la mise en œuvre des politiques publiques. On répondra également que l'Etat non impératif et l'Etat impératif sont intimement liés, formant les deux faces d'une même médaille; l'une s'inscrivant dans les interstices de l'autre. Les actes non obligatoires ne chassent pas les actes obligatoires, mais

les complètent afin de conférer, par leur combinaison, une plus grande efficacité à l'action de l'Etat.

254. Cependant, lorsque les actes contraignants ne sont pas suivis d'effets en pratique, ou lorsque leur édiction est impossible parce qu'ils risquent de causer une atteinte disproportionnée aux droits des particuliers ou parce qu'ils ne seraient pas acceptés politiquement, il est exclu d'y recourir. Dans ce cas, le choix de l'Etat se limite aux instruments non impératifs. L'alternative ne consiste alors plus à choisir entre les actes obligatoires et ceux qui ne le sont pas, mais entre les actes non obligatoires et l'inaction de l'Etat.

VI. Bibliographie

ABI-SAAB, GEORGES, «Cours général de droit international public», *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 207, 1997.

ABI-SAAB, GEORGES, «Eloge du ‹droit assourdi›: quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain», *Nouveaux itinéraires en droit: hommage à François Rigaux*, Bruxelles 1993, p. 59 ss.

AMSELEK, PAUL, «L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales», Morand, C.-A. (dir.), *L'Etat propulsif*, Paris 1991, p. 129 ss.

AMSELEK, PAUL, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris 1964.

ARNAUD, ANDRÉ-JEAN, «La régulation par le droit en contexte globalisé», Commaille, J.; Jobert, B. (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris 1998, p. 147 ss.

ATIAS, CHRISTIAN, *Philosophie du droit*, Paris 1999.

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS; MAHON, PASCAL, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich etc. 2003.

AUER, ANDREAS, «Les limites imposées au gouvernement en matière de publicité politique», *Medialex* 2002, nº 3, p. 133 ss.

AUER, ANDREAS; MALINVERNI, GIORGIO; HOTTELIER, MICHEL, *Droit constitutionnel suisse* (2 vol.), Berne 2000.

AUGSBERG, STEFFEN, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft: Möglichkeiten differenzierter Steuerung des Kapitalmarktes*, Berlin 2003.

BARRELET, DENIS, *Droit de la communication*, Berne 1998.

BARTHE, CAROLINE, *Zur Informationstätigkeit der Verwaltung unter besonderer Berücksichtigung des Umweltschutzgesetzes des Bundes*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993.

BÉCHILLON, DENYS DE, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Paris 1997.

BECKER, JÜRGEN, «Informales Verwaltungshandel zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung: Eine Herausforderung an Verwaltung und Verwaltungsrecht», *DÖV* 1985, p. 1003 ss.

BELLEY, JEAN-GUY (dir.), *Le droit soluble*, Paris 1996.

BENDER, R., «Das Selbstregulierungtheorem», *Recht und Gesellschaft, Festschrift für Helmut Schelsky*, Berlin 1978, p. 31 ss.

BENIGER, JAMES, *The Control Revolution*, Cambridge/Londres 1986.

BERTSCHI, MARTIN; GÄCHTER, THOMAS, «Schöne Worte? zur Eignung der Präambel, des Zweckartikels und des Appells an die Verantwortung als Leitlinien staatlichen Handelns», *Neue Akzente in der «nachgeführten» Bundesverfassung*, Zurich 2000.

BESSON, MICHEL, *Behördliche Information vor Volksabstimmungen: verfassungsrechtliche Anforderungen an die freie Willensbildung der Stimmberechtigten in Bund und Kantonen*, Berne 2003.

BIAGGINI, GIOVANNI, «Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum?», *ZBl* 1997, p. 1 ss.

BOHNE, EBERHARD, «Informales verwaltungshandeln», *VerwArch* 1984.

BOHNE, EBERHARD, *Der informale Rechtsstaat*, Berlin 1981.

BOISSON DE CHAZOURNES, LAURENCE, «Policy Guidance and Compliance: The World

Bank Operational Standards», Shelton, Dinah, *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford etc. 2000, p. 281 ss.

BONVIN, JACQUES, ad art. 9 LSPr / ad art. 14 LSPr, Tercier, P.; Bovet, C. (éd.), *Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce: commentaire*, Genève etc. 2002.

BOTHE, MICHAEL; SAND PETER (dir.), *La politique de l'environnement: de la réglementation aux instruments économiques – Environmental policy: from regulation to economic instruments*, La Haye etc. 2003.

BOVET, CHRISTIAN, «Introduction à la LSPr», Tercier, P.; Bovet, C. (éd.), *Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce: commentaire*, Genève etc. 2002.

BOVET, CHRISTIAN, «Quels sont les avantages et les inconvénients des accords ou règlements négociés dans le cadre d'une procédure de concurrence?», *Sic* I 2000, p. 65 s.

BRANDENBERG, MANUEL, *Sekteninformation durch Behörden*, Zurich 2002.

BRAUN, ELISABETH, *Abfallverminderung durch Kooperation von Staat und Wirtschaft: Bedingungen zur Umsetzung von Artikel 41 a USG*, Bâle etc. 1998.

BRÜHWILER-FRÉSEY, LUKAS S., *Verfügung, Vertrag, Realakt und andere verwaltungsrechtliche Handlungssysteme*, Berne 1984.

BRUNNER, STEPHAN C., «Öffentlichkeit der Verwaltung und informationelle Selbstbestimmung: Von Kollisionen und Verkehrsregeln», *Selbstbestimmung und Recht: Festgabe für Rainer J. Schweizer zum 60. Geburtstag*, Zurich 2003, p. 31 ss.

BRUNNER, URSULA, ad 41 a LPE, *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Zurich 2002 (état: 1998).

BRUNNER, URSULA, *Rechtsetzung durch Private: private Organisationen als Verordnungsgeber*, Zurich 1982.

BULLING, MANFRED, «Kooperatives Verwaltungshandeln», *DÖV* 1989, p. 277 ss.

BURMEISTER, JOACHIM, «Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten», *VVDStRL* 1993, p. 190 ss.

CAPUS, NADJA, «Selbstregulierung als neue Steuerungsmethode der schweizerischen Geldwäschebekämpfung», *jusletter* 27 janvier 2003.

CARRON, BENOÎT, ad art. 26 LCart/ad art. 29 LCart, Tercier, P.; Bovet, C. (éd.), *Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce: commentaire*, Genève etc. 2002.

CARTOU, LOUIS, entrée «avis – recommandation», *Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit communautaire*, Paris 1992.

CHEVALLIER, JACQUES, *L'Etat post-moderne*, Paris 2003.

CHRISTIANSEN, THOMAS; PIATTONI, SIMONA, *Informal governance in the European Union*, Cheltenham etc. 2003.

CLERC, EVELYNE, ad art. 5 LMI, Tercier, P.; Bovet, C. (éd.), *Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce: commentaire*, Genève etc. 2002.

CLERC, EVELYNE, *L'ouverture des marchés publics: effectivité et protection juridique: étude comparée des solutions au titre de l'accord OMC sur les marchés publics, du droit communautaire et des nouvelles réglementations suisses*, Fribourg 1997.

CRONE, HANS CASPAR VON DER, «Freiheit und Verantwortung in der Corporate governance», *Corporate governance: Symposium zum 80. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, Zurich 2002, p. 69 ss.

CRONE, HANS CASPAR VON DER; HERTIG, GÉRARD, *Privatisierung und Marktöffnung: Privatisation et ouverture des marchés*, Zurich 1999.

DELLEY, JEAN-DANIEL, «L'action par la formation», Morand, Ch.-A. (éd.), *Les instruments d'action de l'Etat*, Bâle etc. 1991, p. 89 ss.

DELLEY, JEAN-DANIEL; MADER, LUZIUS, *L'Etat face au défi énergétique: étude de mise en oeuvre des mesures fédérales et cantonales en matière d'économie d'énergie*, Lausanne 1986.

DEMPFLE, ULRICH, *Normvertretende Absprachen*, Pfaffenweiler 1994.

DMOCHOWSKI, PIOTR, *«Soft law» internationale: patchwork de documents et matériaux disparates pour une réflexion sur les engagements du «droit» international*, t. I: Force contraignante du «negocium», 2001.

DONZEL, VALÉRIE, *Les redevances en matière écologique*, Zurich 2003.

EISENRING, PETER, «Vorgängige Auskünfte von Steurbehörden», *ASA* 1999/2000, p. 97 ss.

ELLUL, JACQUES, *Propagandes*, Paris 1990.

ERMACORA, FÉLIX, «Soft law im Verfassungsrecht?», *Verantwortlichkeit und Freiheit: die Verfassung als wertbestimmte Ordnung: Festschrift für Willi Geiger zum 80. Geburtstag*, Tübingen 1989, p. 145 ss.

FAVRE, ANNE-CHRISTINE, *La protection contre le bruit dans la loi sur la protection de l'environnement: le système – les particularités liées à l'aménagement du territoire*, Zurich 2002.

FEUZ, ROLAND, *Materielle Gesetzesbegriffe: Inhalt und Tragweite: dargestellt insbesondere anhand von Art. 164 Abs. 1 der neuen Bundesverfassung*, Berne 2002.

FLÜCKIGER, ALEXANDRE, «La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution», *Revue européenne des sciences sociales* 2003, p. 107 ss.

FLÜCKIGER, ALEXANDRE, «Le droit administratif en mutation: l'émergence d'un principe d'efficacité», *RDAF* 2001, p. 93 ss.

FLÜCKIGER, ALEXANDRE, «Voter, élire et signer par Internet: le droit expérimental à l'épreuve de la sécurité», Muralt Müller, H. et al. (éd.), *E-voting: Journées 2002 d'informatique juridique*, Berne 2003, p. 107 ss.

FLÜCKIGER, ALEXANDRE, *L'extension du contrôle juridictionnel des activités de l'administration*, Berne 1998.

FLÜCKIGER, ALEXANDRE, *Le régime juridique des plans: l'exemple du plan de gestion des déchets*, Berne 1996.

FLÜCKIGER, ALEXANDRE/MORAND, CHARLES-ALBERT/TANQUEREL, THIERRY, *Evaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement*, Berne 2000.

FORSTMOSER, PETER, «Corporate governance in der Schweiz: besser als ihr Ruf», *Corporate governance: Symposium zum 80. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, Zurich 2002, p. 15 ss.

FORSTMOSER, PETER, *Einführung in das Recht*, 3e éd., Berne 2003.
FOUCAULT, MICHEL, *Résumé des cours: 1970–1982*, Paris 1989.
GÉRÉ, FRANÇOIS, *La guerre psychologique*, Paris 1997.
GERVEREAU, L., *Histoire du visuel au XXe siècle*, Paris 2003.
GIACOMINI, SERGIO, «Vom ‹Jagdmachen auf Verfügungen›», *ZBl* 1993, p. 237 ss.
GJERLOEFF BONNOR, PETER, «The European Ombudsman: a novel source of soft law in the European Union», *European Law Review* 2000 I, p. 39 ss.
GRABER, CHRISTOPH, «Das neue Filmrecht: Durch Selbstregulation zur Vielfalt?», *Medialex* 2002, p. 175 ss.
GRAUER, DIETER, *Die Verweisung im Bundesrecht, insbesondere auf technische Verbandsnormen: Untersuchung über eine verbreitete Figur der Gesetzestechnik*, Bâle/Zurich 1980.
GRISEL, ANDRÉ, *Traité de droit administratif* (2 vol.), Neuchâtel 1984.
GROSS, JOST, *Schweizerisches Staatshaftungsrecht: Stand und Entwicklungstendenzen*, Berne 1995.
GUY-ECABERT, CHRISTINE, *Procédure administrative et médiation: inscription d'un modèle procédural dans un contexte en mutation*, Zurich etc. 2002.
HÄFELIN, ULRICH; MÜLLER, GEORG, *Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts*, 4e éd., Zurich 2002.
HÄNER, ISABELLE, «Das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung im Bund und in den Kantonen: Neuere Entwicklungen», *ZBl* 2003, p. 281 ss.
HÄNER, ISABELLE, «Grundrechtsgeltung bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Private», *PJA* 2002, p. 1144 ss.
HÄNER, ISABELLE, «Privatisierung staatlicher Ausgaben (Finanzierungsprivatisierung) unter verfassungsrechtlichen Aspekten», *ZBL* 2001, p. 423 ss.
HÄNER, ISABELLE, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess: unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsprozesses im Bund*, Zurich 2000.
HANGARTNER, YVO, «Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen», *PJA* 2000, p. 515 ss.
HANGARTNER, YVO, «Recht auf Rechtsschutz», *PJA* 2002, p. 131 ss.
HARDMEIER, SUSANNE, «Die Mitwirkung der Bundesversammlung bei der politischen Planung und ihre Grundlagen im neuen Parlamentsgesetz», *LeGes* 2003, p. 79 ss.
HART, H. L. A., *Le concept de droit*, Bruxelles 1976.
HERREN, STEPHAN, *Faktische Beeinträchtigungen der politischen Grundrechte*, Coire/Zurich 1991.
HÖSLI, PETER, *Möglichkeiten und Grenzen der Verfahrensbeschleunigung durch informell-kooperatives Verwaltungshandeln*, Zurich 2002.
HOTTELIER, MICHEL, «La Constitution fédérale suisse et les droits sociaux», *Cahiers genevois et romands de sécurité sociale* 27, Genève 2001, p. 9 ss.
JAAG, TOBIAS, «Zur Rechtsnatur der Strassenbezeichnung», *Recht* 1993, p. 50 ss.
JELLINEK, WALTER, *Verwaltungsrecht*, 3e éd., Berlin 1931.
JOMINI, ANDRÉ, «La procédure du plan d'affectation, un cadre pour la médiation ou d'autres processus consensuels de résolution des conflits environnementaux», *JDT* I 2002, p. 134 ss.

JOULE, ROBERT-VINCENT; BEAUVOIS, JEAN-LÉON, *La soumission librement consentie: comment amener les gens à faire librement ce qu'ils doivent faire?*, Paris 1998.

KÄGI-DIENER, REGULA, *Entscheidfindung in komplexen Verwaltungsverhältnissen*, Bâle etc. 1994.

KÄLIN, WALTER, «Die Bedeutung der Rechtsweggarantie für die kantonale Verwaltungsjustiz», *ZBl* 1999, p. 49 ss.

KAUTZ, STEFFEN, *Absprachen im Verwaltungsrecht: Zulässigkeit, Grenzen und Folgen*, Berlin 2002.

KILLIAS, MARTIN, «Pourquoi respectons-nous les lois?», *RPS* 1983, p. 353 ss.

KIPPES, STEPHAN, *Bargaining: Informales Verwaltungshandeln und Kooperation zwischen Verwaltungen, Bürgern und Unternehmen*, Cologne etc. 1995.

KLASS, STEFAN, *Wettbewerbsrechtlich relevante Empfehlungen im neuen Kartellgesetz*, Zurich 1993.

KNOEPFEL, PETER (éd.), *Lösung von Umweltkonflikten durch Verhandlungen*, Bâle/Francfort 1995.

KNOEPFEL, PETER, «Eingriffsverzichte in öffentlichen Schutzpolitiken», Lenk, Klaus; Prätorius, Rainer (éd.), *Eingriffsstaat und öffentliche Sicherheit: Beiträge zur Rückbesinnung auf die hoheitliche Verwaltung*, Baden-Baden 1998, p. 125 ss.

KNOEPFEL, PETER; PESTALOZZI, MARTIN, *Fachbericht zu den Verhandlungsempfehlungen*, Chavannes-près-Renens 2002.

KÖLZ, ALFRED; HÄNER, ISABELLE, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2e éd., Zurich 1998.

KÖPP, TOBIAS, *Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft*, Berlin 2001.

KOUBI, G., «La notion de ‹charte›: fragilisation de la règle de droit?», Clam, J.; Martin, G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris 1998, p. 165 ss.

KOVAR, ROBERT, entrée «Recommandation», *Encyclopédie Dalloz – Répertoire de droit communautaire*, Paris 2000.

LABBÉ, ERIC, «La technique dans la sphère de la normativité: aperçu d'un mode de régulation autonome», *Juriscom.net* 8 novembre 2000.

LALANDE, ANDRÉ, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris 1993 (1re édition 1926).

LANGHART, ALBRECHT, *Rahmengesetz und Selbstregulierung: kritische Betrachtungen zur vorgeschlagenen Struktur eines Bundesgesetzes über die Börsen und den Effektenhandel unter Berücksichtigung des amerikanischen und englischen Börsenrechts*, Zurich 1993.

LASCOUMES, PIERRE, *Un droit de l'environnement négocié: volet discret d'une politique publique: contrats et programmes de branches, programmes d'entreprises: les accords mis en œuvre*, Paris 1990.

LATOUR, BRUNO, *La fabrique du droit: une ethnographie du Conseil d'Etat*, Paris 2002.

LESSIG LAWRENCE, *Code and other laws of cyberspace*, New York 1999.

LIENHARD, ANDREAS, *Deregulierung – Leitmotiv im Wirtschaftsverwaltungsrecht? Mit aktuellen Tendenzen und Potentialen im Bund und im Kanton Bern*, Berne 1995.

LIENHARD, ANDREAS, *Staats- und verwaltungsrechtliche Grundlagen für das New Pu-*

blic Management in der Schweiz: Analyse, Anforderungen, Impulse, Berner Habilitationsschrift (à paraître).

MAASS, VOLKER, *Experimentierklauseln für die Verwaltung und ihre verfassungsrechtlichen Grenzen: zugleich ein Beitrag zu § 7a BerlHG*, Berlin 2001.

MADER LUZIUS, *L'évaluation législative: pour une analyse empirique des effets de la législation*, Lausanne 1985.

MAEGLI, ROLF, «Vereinbarungen zwischen Staat und Wirtschaft im Umweltschutz: Möglichkeiten und Grenzen», *DEP* 1997, p. 363 ss.

MAHON, PASCAL, «L'information par les autorités», *RDS* II 1999, p. 199 ss.

MANFRINI, PIERRE-LOUIS, «Le contentieux en droit administratif économique», *RDS* II 1982, p. 311 ss.

MANFRINI, PIERRE-LOUIS, «Les contrats de marchés publics mis au service de la poursuite d'une politique publique», Morand, C.-A. (dir.), *Les instruments d'action de l'Etat*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1991, p. 127 ss.

MANFRINI, PIERRE-LOUIS, *Nature et effets juridiques des ordonnances administratives*, Genève 1978.

MARTENET, VINCENT, ad art. 8 LMI/ad art. 10 LMI, Tercier, P.; Bovet, C. (éd.), *Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce: commentaire*, Genève etc. 2002.

MARTENET, VINCENT, *Géométrie de l'égalité*, Bruxelles etc. 2003.

MARTI, ARNOLD, «Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten auf dem Gebiet der Rechtsetzung: Ende des staatlichen Rechtsetzungsmonopols?», *PJA* 2002, p. 1154 ss.

MARTI, ARNOLD, «Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung?», *ZBl* 2000, p. 561 ss.

MASTRONARDI PHILIPPE, «Experimentelle Rechtsetzung im Bund», *RDS* I 1991, p. 449 ss.

MASTRONARDI, PHILIPPE, «Funktionales Recht: zur Nutzung von Recht als Steuerungsmedium», *Zukunft des Rechts*, Bâle 1999, p. 163 ss.

MATTHEY, BLAISE, «La révision de la LPE dans la perspective de l'économie et des entreprises», *DEP* 1996, p. 588.

MAUPAIN, FRANCIS, «International Labor Organization: Recommendations and Similar Instruments», Shelton, Dinah, *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford etc. 2000, p. 372 ss.

MAYER, OTTO, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1er tome, 2e éd., Munich/Leipzig 1914.

MAYER, OTTO, *Droit administratif allemand*, 1er tome (éd. française par l'auteur), Paris 1903.

MCCRUDDEN, CHRISTOPHER, «Human Rights Codes For Transnational Corporations», Shelton, Dinah, *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford etc. 2000, p. 418 ss.

MOOR, PIERRE, «De la règle de droit comme instrument de gestion démocratique», *Cahiers Vilfredo Pareto: Revue européenne des sciences sociales*, t. 31, no 97, 1993, p. 171 ss.

MOOR, PIERRE, «Définir l'intérêt public: une mission impossible?», Ruegg, J. et al.

(dir.), *Partenariat public-privé: un atout pour l'aménagement du territoire et la protection de l'environnement?*, Lausanne 1994, p. 217 ss.

MOOR, PIERRE, «Du texte à la norme: le pouvoir des lecteurs», *Les herméneutiques au seuil du XXIe siècle*, Louvain 2004, p. 283 ss.

MOOR, PIERRE, «Ethique, juridique, politique: trinité laïque?», *Cahiers Vilfredo Pareto: Revue européenne des sciences sociales*, n° 118, 2000, p. 29 ss.

MOOR, PIERRE, *Droit administratif: l'organisation des activités administratives, les biens de l'Etat*, vol. III, Berne 1992.

MOOR, PIERRE, *Droit administratif: les actes administratifs et leur contrôle*, vol. II, 2e éd., Berne 2002.

MOOR, PIERRE, *Droit administratif: les fondements généraux*, vol. I, 2e éd., Berne 1994.

MOOR, PIERRE; RUCH, ALEXANDER, «Einleitung/Introduction», Aemisegger et al. (éd.), *Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire*, Zurich 1999.

MORAND, CHARLES-ALBERT (éd.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence 1993.

MORAND, CHARLES-ALBERT (éd.), *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence 1999.

MORAND, CHARLES-ALBERT, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999.

MORAND, CHARLES-ALBERT; PERRIN, JEAN-FRANÇOIS; ROBERT, CHRISTIAN-NILS; ROTH, ROBERT, *Le port obligatoire de la ceinture de sécurité: Hypothèses et données pour l'étude des effets d'une norme*, Genève, cahiers CETEL, 1977.

MÜLLER, FRIEDRICH; CHRISTENSEN, RALPH, *Juristische Methodik*, vol. I, 8 éd., Berlin 2002.

MÜLLER, GEORG, «Rechtsbereinigung – Rechtsverbesserung», *ZBL* 2003, p. 561 ss.

MÜLLER, GEORG, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, Zurich 1999.

MÜLLER, JÖRG PAUL, «§ 39 Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten», Thürer/Aubert/Müller (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich 2001.

MÜLLER, MARKUS, «Rechtsschutz im Bereich des informalen Staatshandelns», *ZBl* 1995, p. 533 ss.

MÜLLER, MARKUS; MÜLLER-GRAF, THOMAS, «Staatliche Empfehlungen: Gedanken zu Rechtscharakter und Grundrechtsrelevanz», *RDS* II 1995, p. 357 ss.

MÜLLER-GRAF, THOMAS, *Entrechtlichung durch Informalisierung? Ein Beitrag zur Handlungsformen- und zur Rechtsverhältnislehre im Verwaltungsrecht*, Bâle etc. 2001.

MÜNCH, FRITZ, «La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique: étude exploratoire», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60, t. I, Paris 1983 (1976), p. 307 ss.

NÜTZI, PATRICK, *Rechtsfragen verhaltenslenkender staatlicher Information: Strukturen, Zulässigkeit, Haftung: illustriert an den Beispielen AIDS und Listeriose*, Berne 1995.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Guide de législation*, 2e éd., Berne 2002.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE: de l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation*, Paris 2002.

OST, FRANÇOIS, «Les frontières de la juridicité: dialectique ou autopoïèse?», *Normes juridiques, normes pénales: pour une sociologie des frontières*, t. I, Paris 1997, p. 251 ss.

OST, FRANÇOIS; KERCHOVE, MICHEL VAN DE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002.

PANEBIANCO, MASSIMO, «La Carta Europea dei diritti nel ‹soft law› constituzionale», *Diritto Comunitario e degli scambi internazionali* 2001, p. 663.

PAPADOPOULOS, YANNIS, *Complexité sociale et politiques publiques*, Paris 1995.

PAPAUX, ALAIN, *Essai philosophique sur la qualification juridique: de la subsomption à l'abduction: l'exemple du droit international privé*, Bruxelles 2003.

PFENNINGER, HANSPETER, *Rechtliche Aspekte des informellen Verwaltungshandelns*, Fribourg 1996.

PFISTERER, THOMAS, «Über Konsens- und Mediationslösungen im öffentlichen Recht», *RDS* II 2002, p. 169 ss.

PLATTNER-STEINMANN, ROLAND, *Tatsächliches Verwaltungshandeln*, Zurich 1990.

POLEDNA, THOMAS, «Verfügung und verfügungsfreies Handeln im öffentlichen Personalrecht: ein Praxisüberblick», *AJP* 1998, p. 917 ss.

POLTIER, ETIENNE, «Les gentlemen's agreements à participation publique», *RDS* I 1987, p. 367 ss.

RACINE, JEAN-BAPTISTE, *Pluralisme des modes alternatifs de résolution des conflits, pluralisme du droit*, Lyon 2002.

RAMSEYER, JEANNE, *Zur Problematik der behördlichen Information im Vorfeld von Wahlen und Abstimmungen*, Bâle etc. 1992.

RENTSCH, RUDOLF, *Deregulierung durch Wettbewerbsrecht: die Anwendbarkeit des schweizerischen Kartellgesetzes in regulierten Märkten*, Bâle etc. 2000.

REYMOND, JEAN-MARC, ad art. 6 LCart, Tercier, P.; Bovet, C. (éd.), *Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce: commentaire*, Genève etc. 2002.

RHINOW, RENÉ A., *Rechtsetzung und Methodik: rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, Bâle/Stuttgart 1979.

RICHLI, PAUL, «Öffentlich-rechtliche Probleme bei der Erfüllung von Staatsaufgaben mit Informationsmitteln», *RDS* I 1990, p. 151 ss.

RICHLI, PAUL, «Zu den Gründen, Möglichkeiten und Grenzen für Verhandlungselemente im öffentlichen Recht», *ZBl* 1991, p. 381 ss.

RICHLI, PAUL, «Zum Rechtsschutz gegen verfügungsfreies Staatshandeln in der Totalrevision der Bundesrechtspflege», *PJA* 1998, p. 1426 ss.

RICHLI, PAUL, «Zum verfahrens- und prozessrechtlichen Regelungsdefizit beim verfügungsfreien Staatshandeln», *PJA* 1992, p. 196 ss.

RICHLI, PAUL, *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung: ein Beitrag zur Rechtsetzungslehre im liberalen sozial und ökologisch orientierten Rechtsstaat*, Bâle/Genève etc. 2000.

RUCH, ALEXANDER, «Informalisierung und Deregulierung im schweizerischen Verfassungsrecht», *ZBl* 2002, p. 505 ss.

RUCH, ALEXANDER, «Recht der Technik – Rechtstechnik», *ZBl* 1995, p. 1 ss.

RUCH, ALEXANDER, *Das Recht in der Raumordnung*, Bâle etc. 1997.

SCHEFER, MARKUS, «Grundrechtliche Schutzpflichten und die Auslagerung staatlicher Aufgaben», *PJA* 2002, p. 1131 ss.

SCHINDLER, BENJAMIN, «Ethikförderung in der Verwaltung – Modetrend oder Notwendigkeit?», *ZBl* 2003, p. 61 ss.

SCHLAGER, ERIKA B., «A Hard Look at Compliance with ‹Soft› Law: The Case of the OSCE», Shelton, Dinah, *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford etc. 2000, p. 346 ss.

SCHMIDT-AßMANN, EBERHARD, «Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns», *DVBl* 1989, p. 533 ss.

SCHNEIDER, ULRICH, *Legalitätsprinzip und finales Recht: ein Beitrag zur Diskussion über das New Public Management in der Schweiz*, Berne 2001.

SCHÖN, FRANZ, *Staatshaftung als Verwaltungsrechtsschutz*, Bâle etc. 1979.

SCHULTE, MARTIN, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, Tübingen 1995.

SCHULZ, W.; HELD, T., *Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens*, Arbeitsberichte des Hans-Bredow-Instituts Nr. 10, Hambourg 2002.

SCHWEIZER, RAINER J., «Gesetzgebung als knappes Gut: Perspektiven aus der Gesetzgebungspraxis», *Zukunft des Rechts*, Bâle 1999, p. 89 ss.

SCYBOZ, PIERRE, «De l'emploi du conditionnel dans les règles de droit», *Bulletin de législation*, 2002/2, p. XV ss.

SHELTON, DINAH, *Commitment and compliance: the role of non-binding norms in the international legal system*, Oxford etc. 2000.

SIEGWART, KARINE, «Ombudsstellen und Mediation», *ZBl* 2002, p. 561 ss.

SOMMERMANN, KARL-PETER, *Staatsziele und Staatsbestimmungen*, Tübingen 1997.

SPANNOWSKY, WILLY, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, Berlin 1994.

SUBILIA-ROUGE, LILIANE, *Aspects juridiques de l'audit environnemental*, Lausanne 2000.

TANQUEREL, THIERRY, *La participation de la population à l'aménagement du territoire*, Lausanne 1988.

TCHAKHOTINE, S., *Le viol des foules par la propagande politique*, 1939, rééd., Paris 1992.

TERCIER, PIERRE, ad art. 45, 46, 47 LCart, Tercier, P.; Bovet, C. (éd.), *Droit de la concurrence: loi sur les cartels, loi sur la surveillance des prix, loi sur le marché intérieur, loi sur les entraves techniques au commerce: commentaire*, Genève etc. 2002.

THÜRER, DANIEL, «‹Soft law›: Eine neue Form von Völkerrecht?», *RDS* I 1985, p. 429 ss.

THÜRER, DANIEL, «The role of soft law in the actual process of European integration», Pescatore, P.; Jacot-Guillarmod, O. (éd.), *L'avenir du libre-échange en Europe*, Zurich 1990, p. 131 ss.

THÜRER, DANIEL; AUBERT, JEAN-FRANÇOIS; MÜLLER, JÖRG PAUL (éd.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zurich 2001.

TIMSIT, GÉRARD, «Sur l'engendrement du droit», *Revue de droit public* 1988, p. 39 ss.

TIMSIT, GÉRARD, *Archipel de la norme*, Paris 1997.

TRUDEL, PIERRE, «La lex electronica», Morand, C.-A. (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles 2001, p. 221 ss.

TSCHANNEN, PIERRE, «Amtliche Warnungen und Empfehlungen», *RDS* II 1999, p. 353 ss.

TSCHANNEN, PIERRE, ad art. 31a/32c USG, *Kommentar zum Umweltschutzgesetz*, Zurich 2002.

TSCHANNEN, PIERRE, *Der Richtplan und die Abstimmung raumwirksamer Aufgabe*, Berne 1986.

TSCHANNEN, PIERRE, *Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Berne 2004.

UEBERSAX, PETER, «Privatisierung der Verwaltung», *ZBl* 2001, p. 393 ss.

UNTERNÄHRER, ROLAND, *Kinofilmverwertung in der Schweiz*, Zurich etc. 2003.

VIRALLY, MICHEL, «La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales): rapport provisoire», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60, t. I, Paris 1983, p. 166 ss.

WAGNER PFEIFER, BÉATRICE, «Zum Verhältnis von fachtechnischer Beurteilung und rechtlicher Würdigung im Verwaltungsverfahren», *RDS* I 1997, p. 433 ss.

WALDMANN, BERNHARD, «Justizreform und öffentliche Rechtspflege – quo vadis?», *PJA* 2003, p. 747 ss.

WEBER, ROLF H., «Revitalisierung der Selbstregulierung im Medienbereich?», *PJA* 2002, p. 312 ss.

WEBER, ROLF H., *Regulatory models for the online world*, La Haye etc. 2002.

WEBER-DÜRLER, BÉATRICE, «Der Grundrechtseingriff», *VVDStRL*, t. 57, 1998, p. 57 ss.

WEIL, PROSPER, «Vers une normativité relative en droit international», *Revue générale de droit international public* 86, I, 1982, p. 5 ss.

WEIL, PROSPER, *Le droit administratif*, Paris 1964.

WENGER, DAVID, «Symbolische Gesetzgebung oder die Tendenz zur Verrechtlichung des Nichtrechtlichen», *RDS* I 2003, p. 215 ss.

WIDMER, MICHAEL, *Das Verhältnis zwischen Medienrecht und Medienethik: unter besonderer Berücksichtigung der ‹Erklärung der Rechte und Pflichten der Journalistinnen und Journalisten› und des Schweizer Presserats*, Berne 2003.

WIEGAND, WOLFGANG (éd.), *Rechtliche Probleme der Privatisierung*, Berne 1998.

WILLKE, HELMUT, *Supervision des Staates*, Francfort-sur-le-Main 1997.

WILLKE, HELMUT, *Systemtheorie III: Steuerungstheorie: Grundzüge einer Theorie der Steuerung komplexer Sozialsysteme*, Stuttgart/Jena 1995.

WYSS, MARTIN PHILIPP, *Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht*, Berne 2001.

ZÄCH, CHRISTOPH, «Die Verordnung über Belastungen des Bodens (VBBo) und die Branchenrichtlinien als rechtliche Instrumente des physikalischen Bodenschutzes», *DEP* 2002, p. 728 ss.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *Le droit en douceur «Il diritto mite»*, Aix-en-Provence/Paris 2000.

ZOBL, DIETER, «Was ist Corporate governance?», *Corporate governance: Symposium zum 80. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, Zurich 2002, p. 7 ss.

ZUFFEREY, JEAN-BAPTISTE, *La réglementation des systèmes sur les marchés financiers secondaires: contribution dogmatique et comparative à l'élaboration d'un droit suisse des marchés financiers*, Fribourg 1994.