

LE DROIT SOUPLE ET LE DROIT ADMINISTRATIF EN BELGIQUE

par David RENDERS*, Pauline ABBA**,
Luca CECI*** et Sarah KOVAL****

1. La Table ronde organisée, en 2021, conduit à s'interroger sur le droit souple et la place des normes molles en droit administratif.

Les participants à la Table ronde sont invités à décliner la thématique sous trois angles que l'on envisage tour à tour : l'identification du droit souple (I), les effets du droit souple (II) et, enfin, le contrôle du droit souple (III).

I – L'IDENTIFICATION DU DROIT SOUPLE

2. La multiplicité des termes employés pour désigner le *soft law*, que ce soit droit doux, droit flou, droit mou, droit souple ou encore droit assourdi est le reflet d'une réalité polymorphe.

Pour tenter de mieux cerner l'objet de la réflexion, l'on pose quelques jalons en vue d'appréhender cette réalité multiple au moyen de

* Professeur à l'Université catholique de Louvain, avocat au barreau de Bruxelles.

** Assistante à l'Université catholique de Louvain, avocate au barreau de Bruxelles.

*** Assistant à l'Université catholique de Louvain, avocat au barreau du Brabant wallon.

**** Collaboratrice scientifique à l'Université catholique de Louvain, conseillère à l'Institut National d'Assurance Maladie Invalidité. L'auteure s'exprime à titre personnel.

balises conceptuelles (A), avant d'envisager les questions transversales proposées (B).

A. Les balises conceptuelles

3. Sur un plan conceptuel, le Conseil d'État de France a, dans une étude de 2013, notamment proposé une classification allant du droit souple au droit dur, en partant d'une échelle de normativité¹.

4. Afin de nourrir les discussions dans une perspective comparative, l'on recourt, pour notre part, à une présentation proposée en doctrine belge² qui se fonde davantage sur la relation à l'*instrumentum* du droit souple. L'on y distingue les *soft law* para- (1), péri- (2) et intra- (3) législatifs qui abritent, chacun, différentes sous-catégories de droit souple.

Si les deux premières catégories (para- et péri-) renvoient à des règles inscrites dans des *instrumenta* qui ne sont pas juridiquement contraignants (*soft instrumenta*), la troisième (intra-) vise, pour sa part, à prendre en compte des formulations non contraignantes (*soft negotia*) inscrites dans des instruments contraignants³.

5. Comme l'enseigne la doctrine belge à laquelle on se réfère⁴, il convient d'emblée de souligner la porosité des catégories envisagées, la possibilité pour une règle de passer d'une catégorie à l'autre au fil du temps et le caractère non exclusif des catégories.

1. Le droit souple paralégislatif

6. Le droit souple paralégislatif est un modèle d'action qui n'adopte pas une forme contraignante, mais qui prolonge les sources de droit formalisées, en complète le silence ou s'y s'oppose.

7. Parmi les exemples courants, l'on épingle les codes de conduite émanant d'acteurs privés mais aussi d'acteurs publics.

L'on y range également les mesures d'ordre intérieur prises dans l'intérêt du service puisqu'elles ne font l'objet d'aucune procédure formelle d'adoption.

1 Conseil d'État de France, *Le droit souple – Étude annuelle 2013 du Conseil d'État*, Paris, La Documentation française, 2013, pp. 69-71 notamment.

2 I. HACHEZ, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étreint ? », in *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 4, *Théorie des sources du droit*, Limal, Anthémis, 2012, pp. 539-586.

3 Dans le même sens, voy. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 1039.

4 I. HACHEZ, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étreint ? », *op. cit.*, p. 546.

Certains pactes politiques⁵ semblent également relever de cette catégorie.

8. L'on peut aussi évoquer les protocoles⁶, à savoir des textes signés par plusieurs Exécutifs et publiés au *Moniteur belge*. Ces protocoles ne constituent, par hypothèse, pas des accords de coopération – que l'on pourrait présenter comme des traités entre l'État fédéral, des communautés et/ou des régions⁷.

9. L'on pense encore devoir classer, dans cette catégorie, la décision de 2018 qui vise à limiter le nombre de demandes de protection internationale pouvant être présentées en une journée.

Cette décision n'est, en effet, pas coulée dans un *instrumentum*, mais a été rendue publique via le tweet d'un Secrétaire d'État⁸.

5 L'on peut songer au récent « Pacte pour la Belgique » ou au plus ancien « Pacte culturel ».

6 L'on peut citer, à titre d'exemples : le protocole d'accord du 21 mars 2016 conclu entre le Gouvernement fédéral et les autorités visées aux articles 128, 130, 135 et 138 de la Constitution « concernant CoBRHA » (*Moniteur belge* du 27 octobre 2016), le protocole d'accord du 28 janvier 2019 « Plan d'actions e-Santé 2019-2021 » (*Moniteur belge* du 5 juillet 2019) ou encore le protocole d'accord du 29 avril 2020 « portant sur les principes de répartition des PPE ("personal protective equipment") dans le secteur des soins dans le cadre de la crise COVID-19 » (*Moniteur belge* du 28 mai 2020).

7 Loi spéciale du 8 août 1980 « de réformes institutionnelles », *Moniteur belge* du 15 août 1980, art. 92bis, § 1^{er}, alinéa 2 : « Les accords de coopération sont négociés et conclus par l'autorité compétente. Les accords qui portent sur les matières réglées par décret, ainsi que les accords qui pourraient grever la communauté ou la Région ou lier des Belges individuellement, n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment par décret. Les accords qui portent sur les matières réglées par la loi, ainsi que les accords qui pourraient grever l'État ou lier des Belges individuellement, n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment par la loi. » Ce ne sont pas d'avantage des accords d'exécution, qui ne peuvent exister sans attribution de compétence par les législateurs au moyen d'un accord de coopération « de rang législatif », comme l'indique l'article 92bis, § 1^{er}, alinéa 3 de la loi spéciale du 8 août 1980 : « L'accord de coopération, qui a reçu l'assentiment par la loi ou le décret conformément à l'alinéa 2, peut toutefois prévoir que sa mise en œuvre sera assurée par des accords de coopération d'exécution ayant effet sans que l'assentiment par la loi ou le décret ne soit requis. »

8 Le Conseil d'État s'est déclaré compétent et a suspendu cette décision dont l'existence était corroborée par des travaux parlementaires (C.E., arrêt *a.s.b.l. Coordination et initiatives pour et avec les réfugiés et étrangers et consorts*, n° 243.306 du 20 décembre 2018). Voy. ég. F. BELLEFLAMME et R. FONTEYN, « Le tweet administratif, usine à gazouillis ? », note sous C.E., arrêt *a.s.b.l. Coordination et initiatives pour et avec les réfugiés et étrangers et consorts*, n° 243.306 du 20 décembre 2018 et C.E., arrêt *a.s.b.l. Coordination et initiatives pour et avec les réfugiés et étrangers et consorts*, n° 244.833 du 18 juin 2019, *A.P.T.*, 2019/4, pp. 520-530.

10. L'on évoque enfin la coutume constitutionnelle des affaires courantes en vertu de laquelle les pouvoirs de l'Exécutif sortant – qu'il soit démis ou qu'il ait démissionné – sont limités⁹.

L'on est certes, ici, devant une source plus classique de droit positif. L'effectivité de la coutume n'est pas contestée. Il n'en demeure pas moins qu'elle ne se coule pas dans un *instrumentum* formalisé.

2. Le droit souple périlégislatif

11. Le droit souple périlégislatif se développe autour du droit positif. L'on pourrait dire qu'il se situe en amont et en aval de celui-ci. Il se décline entre droit recommandé, droit proposé, *hard law* en puissance et *hard law* appliqué.

12. Le « *droit recommandé* » est défini comme devançant, relayant ou agissant en synergie avec le droit classique.

L'on peut d'abord songer aux livres verts et blancs.

Dans certaines hypothèses, il nous semble aussi que les résolutions parlementaires doivent être intégrées au droit souple, au titre de « *droit recommandé* »¹⁰. L'on vise, ici, les résolutions auxquelles le Gouvernement ne donne pas suite et qui peuvent, tout au plus, présenter des lignes politiques¹¹.

C'est également dans cette catégorie que l'on estime devoir ranger le courrier de la Ministre et le communiqué de presse du Conseil des

9 D. RENDERS, *Droit administratif général*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 343-347.

10 N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST, « Les actes non législatifs d'un Parlement : sources de *hard law* et de *soft law* », in *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 254 et 255.

11 Le site de la Chambre des représentants propose la définition suivante : « *Il existe plusieurs sortes de propositions de résolution. Les plus fréquentes sont celles dans lesquelles un ou plusieurs parlementaires exposent leur point de vue sur certaines questions ou demandent au gouvernement d'orienter sa politique dans la direction par eux souhaitée. Il existe également des résolutions par lesquelles une assemblée définit ses intentions en ce qui concerne ses propres travaux. Les propositions de résolution ne sont discutées que dans l'assemblée où elles ont été déposées.* » (voy. <https://www.lachambre.be/accessible/laChambre_lexique.htm>, consulté le 21 décembre 2021).

Citons comme exemple récent, auquel le gouvernement n'a pas encore donné suite, la proposition de résolution visant à étendre le droit à l'oubli à d'autres maladies chroniques du 29 octobre 2021, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-2067, qui est portée tant par la majorité en place que par les assureurs (voy. <https://www.rtf.be/info/belgique/detail_la-chambre-veut-etendre-le-droit-a-l-oubli-des-patients-atteints-d-une-maladie-chronique?id=10863888>, consulté le 21 décembre 2021).

ministres promettant le dépôt d'un projet de loi auquel la Cour d'appel de Bruxelles a conféré par la suite un effet juridique, en condamnant l'État belge « à présenter à la Chambre des représentants un avant-projet de loi à insérer dans la prochaine loi budgétaire (...) en vue de la constitution d'une fondation d'utilité privée [permettant d'octroyer une somme forfaitaire aux victimes de la thalidomide] »¹². L'on relève, toutefois, que la Cour de cassation n'a pas suivi ce raisonnement¹³.

À notre estime, cette catégorie couvre encore les *Frequently Asked Questions* (ci-après « FAQ ») publiées par le SPF Santé publique, en ce qu'elles suggèrent des mesures additionnelles ou complémentaires en matière de lutte contre le Covid¹⁴.

13. Le « *droit proposé* » a, pour sa part, vocation à intégrer le droit positif car son auteur soumet à l'auteur légitime de la norme un dispositif « prêt à l'emploi ».

Ce peut être un texte proposé par des acteurs privés, le plus souvent parties prenantes à la problématique couverte, qui est communiqué à l'autorité compétente ou rendu public.

C'est aussi le cas de certains pactes politiques¹⁵.

L'on croit pouvoir y ranger également le projet ou la proposition de texte publié sur le site de l'assemblée compétente¹⁶.

14. Le « *hard law en puissance* » a, quant à lui, vocation juridique à devenir du droit positif : c'est le passage obligé vers le *hard law*.

Il peut s'agir d'un traité qui n'est pas encore ratifié ou d'une loi publiée qui n'est pas encore entrée en vigueur.

15. Enfin, le « *hard law appliqué* » se situe en aval de la norme de droit positif. Il le traduit et le met en œuvre.

12 Bruxelles (18^e ch. fr.), 22 février 2018, *A.P.T.*, 2019, p. 418, note E. DE SAINT MOULIN. Voy. A. CATALDO et F. GEORGE, « L'engagement par déclaration unilatérale de volonté dans le chef des pouvoirs publics à la lumière de l'arrêt Softenon », in *Actualités du contentieux administratif* (sous la dir. de D. RENDERS), coll. « CUP », Limal, Anthemis, 2020, pp. 153-212.

13 Cass. (1^{re} ch.) 3 juin 2022, R.G. n° C.18.0558.F, disponible sur <<https://juportal.be>>.

14 Voy. à ce sujet N. THIRION, « La gestion juridique de la crise sanitaire en Belgique. De l'État de droit à l'état d'exception », *R.D.C.*, 2020, spéc. p. 1306.

15 L'on peut songer au « Pacte pour l'enseignement d'excellence » qui vise à réformer l'enseignement francophone.

16 Les accords de gouvernement – lorsqu'ils sont publiés sur le site de la Chambre des représentants – nous semblent également se rattacher à cette catégorie.

L'on peut y ranger les circulaires ou les décisions anticipées dites de *ruling*, à tout le moins tant que le mécanisme n'a pas été consacré dans le droit positif¹⁷.

Nous y placerons également les FAQ publiées par SPF Santé publique dans le cadre de la crise Covid, en ce qu'elles expliquent la portée des textes légaux ou réglementaires applicables.

16. L'on épinglera ici encore les avis, que ceux-ci émanent d'un acteur privé ou d'une autorité instituée.

C'est en soulignant que ceux-ci pourront relever des différentes catégories précitées.

3. Le droit souple intralégislatif

17. Le droit souple intralégislatif se situe au cœur de la norme de droit positif classique. Le texte a fait l'objet d'une adoption selon les règles en vigueur. Il s'agit d'une norme qui est formellement dure mais dont la formulation traduit une certaine mollesse. Il peut s'agir d'un texte qui ne prescrit aucun comportement, d'un texte qui prescrit quelque chose de manière imprécise, d'un texte qui ne prévoit aucune sanction, d'un texte qui confère une portée juridique à des instruments de caractère para- ou péri-législatif ou, pour certains auteurs¹⁸, d'une norme claire qui n'est pas appliquée ou qui est considérée par les juges comme indicative.

Sans déflorer la question des effets et celle des contrôles du droit souple, l'on note, dès à présent, qu'il est tout à fait possible que cette mollesse soit consolidée par la pratique et le contrôle juridictionnel et

17 Notons que l'article 24 de la loi du 24 décembre 2002 « modifiant le régime des sociétés en matière d'impôts sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale » (*Moniteur belge* du 31 décembre 2002) prévoit que « les décisions anticipées sont publiées de manière anonyme, dans le respect des dispositions en matière de secret professionnel ». Ces décisions publiées nous semblent à tout le moins devoir être considérées comme des circulaires interprétatives pour ce qui concerne leurs effets au sein de l'administration, même si cette obligation de les publier leur confère un rang de *hard instrumenta*.

18 I. HACHEZ, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étreint ? », in *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 4, *Théorie des sources du droit*, op. cit., pp. 566-568 et note 114, qui cite Ch.-H. BORN et M. VERDUSSEN, « Le *soft law* intraconstitutionnel », *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 1^{er}, *Normes internationales et constitutionnelles*, Anthemis, 2013, pp. 513-536 et I. FICHER, « L'accord interprofessionnel a-t-il une place parmi les sources du droit du travail », in *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles*, op. cit., pp. 407-442.

que l'effectivité de ces normes molles soit de ce fait renforcée au fil du temps.

18. Dans une échelle d'effectivité croissante, l'on peut d'abord ranger, au sein de cette catégorie, *le texte qui ne prescrit aucun comportement*, tel un article liminaire définissant le plan ou l'objet de la norme¹⁹.

Les dispositions législatives qui n'imposent aucun comportement peuvent être intégrées au droit souple, car elles sont susceptibles d'influencer l'interprétation ou l'application des lois qui les contiennent, et donc, en définitive, les comportements que ces lois fixent²⁰.

19. La crise Covid fournit divers exemples dans les textes réglementaires.

L'on songe notamment, s'agissant des mariages et de l'exercice des cultes ou d'assistance morale non confessionnelle, à l'arrêté ministériel du 4 juin « modifiant l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 »²¹. Cet arrêté indique qu'outre la couverture obligatoire de la bouche et du nez avec un masque, « *le port d'autres moyens de protection personnelle est en tout temps fortement recommandé* »²².

En ce sens également, et même si la mesure avait d'abord été annoncée comme une obligation, le préambule de l'arrêté ministériel du 29 janvier 2021 « modifiant l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 » précise qu'il est « *vivement conseillé de limiter le nombre de hobbys en groupe à un hobby par enfant ou par jeune* »²³. L'on

19 Comme l'indique le Conseil d'État : « *La mention de l'objet de l'acte est comme telle dépourvue de caractère normatif. Elle n'a donc normalement pas sa place dans le dispositif.* » Il est cependant des cas où cette mention est obligatoire. Cf. Conseil d'État de Belgique, *Principe des techniques législatives – Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, <<http://www.raadvst-consetat.be/?action=doc&doc=771>>, p. 66.

20 X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La soft law intralégislative : les lois dépourvues de contenu normatif ou mollis *lex sed lex* ? », *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles*, *op. cit.*, p. 174.

21 *Moniteur belge* du 21 juin 2021.

22 Article 14.

23 *Moniteur belge* du 29 janvier 2021. La presse a indiqué que « *Contrairement à ce qu'on présageait, la limitation à "une seule activité par enfant" n'apparaît pas dans le texte de loi. Les autorités ne peuvent pas fixer une règle contraignante à propos de la pratique d'une seule activité par enfant car les contrôles sont impossibles. Les dirigeants des différents niveaux de notre pays s'en remettent donc au civisme des parents* » : <https://www.rtbf.be/info/belgique/detail_comite-de-concertation-

notera toutefois que la recommandation a été opportunément, au vu de son absence de portée normative, reprise dans le préambule et non dans le dispositif.

20. L'on peut aussi ranger, au sein de cette catégorie, *le texte qui prescrit de manière imprécise*.

X. DELGRANGE et L. DETROUX rattachent notamment à cette catégorie une disposition qui se borne à définir l'objet d'une loi ou qui précise que la loi doit être interprétée dans le respect des normes supérieures²⁴.

L'on pense aussi à l'auto-habilitation, par exemple à celle par laquelle le Roi indique dans un texte réglementaire qu'Il fera œuvre normative par la suite.

L'on songe encore à des textes comme celui de l'arrêté ministériel du 29 janvier 2021 « modifiant l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 ». Celui-ci prévoit que, pour les enfants de moins de 12 ans, les activités dans un contexte organisé « *sont, dans la mesure du possible, organisées à l'extérieur* »²⁵.

L'on pourrait enfin rattacher à cette catégorie les textes que les défenseurs de l'unité relative entre illégalité et faute en matière de responsabilité des pouvoirs publics considèrent comme n'imposant pas un comportement déterminé²⁶. La violation de ces normes que l'on pourrait qualifier d'inoffensives ne saurait, selon les défenseurs d'une telle thèse, entraîner de responsabilité aquilienne. Cette thèse n'est pas rejointe par les défenseurs de l'unité absolue de l'illégalité et de la faute²⁷.

21. Dans la catégorie examinée, l'on trouve, par ailleurs, *le texte qui ne prévoit aucune sanction*.

les-mesures-jeunesse-entrent-en-vigueur-le-1er-fevrier-et-non-ce-week-end?id=10685166» (consulté le 21 décembre 2021).

24 X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La soft law intralégislative : les lois dépourvues de contenu normatif ou mollis *lex sed lex* ? », in *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles*, *op. cit.*, évoqué par I. HACHEZ, « Le soft law : qui trop embrasse mal étreint ? », *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 4, *Théorie des sources du droit*, *op. cit.*, pp. 563-564.

25 *Moniteur belge* du 29 janvier 2021, article 3.

26 Voy., p. ex., Liège (12^e ch.), 22 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 228 et la jurisprudence citée par D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administration, vue d'ensemble », in *La responsabilité des pouvoirs publics* (sous la coord. de D. RENDERS), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 49 et s.

27 D. DE ROY et D. RENDERS, « La responsabilité extracontractuelle du fait d'administration, vue d'ensemble », *op. cit.*, pp. 44 et s.

Outre l'exemple du délai d'ordre, l'on peut songer à la règle de la bulle sociale instaurée pendant la crise Covid²⁸.

Les lois qui fixent des comportements sans en sanctionner le non-respect s'intègrent également, à notre estime, au droit souple. Il s'agit de mesures indicatives qui semblent pouvoir amener les citoyens à adopter une ligne de conduite particulière, en fonction de l'intérêt que représenterait leur adhésion à ces normes²⁹.

22. L'on doit encore citer le *texte qui confère une portée juridique à des instruments de caractère para- ou péri-législatif*.

L'on y range l'effet donné par le législateur décréteil wallon au schéma de développement communal³⁰ (SDC), au guide communal d'urbanisme (GCU), qui est défini comme ayant une portée indicative³¹, ou au permis d'urbanisation, lui aussi défini comme ayant une « *valeur indicative* »³² (PUR), dont il n'est légalement possible de s'écarter que moyennant une motivation spécifique³³.

28 Arrêté ministériel du 30 juin 2020 « portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du Coronavirus COVID-19 », *Moniteur belge* du 30 juin 2020, article 20 : « [...] outre les personnes vivant sous le même toit, toute personne est autorisée à rencontrer maximum 15 personnes différentes par semaine dans le cadre de réunions privées, en ce compris celles qui ont lieu dans les lieux accessibles au public ».

29 X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La soft law intralégislative : les lois dépourvues de contenu normatif ou mollis *lex sed lex* ? », in *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles*, *op. cit.*, pp. 187-191.

30 Code (wallon) du développement territorial du 20 juillet 2016, art. D.II.10, § 1^{er}, alinéa 1^{er} : « Le schéma de développement communal définit la stratégie territoriale pour l'ensemble du territoire communal sur la base d'une analyse contextuelle, à l'échelle du territoire communal ».

31 Code (wallon) du développement territorial du 20 juillet 2016, art. D.III.4 : « Le conseil communal peut adopter un guide communal d'urbanisme. Le guide communal décline, pour tout ou partie du territoire communal, les objectifs de développement territorial du schéma de développement du territoire, du schéma de développement pluricommunal et des schémas communaux en objectifs d'urbanisme, par des indications, en tenant compte des spécificités du ou des territoires sur lesquels il porte (...) ».

32 Code (wallon) du développement territorial du 20 juillet 2016, art. D.IV.78.

33 Code (wallon) du développement territorial du 20 juillet 2016, art. D.IV.5 : « Un permis ou un certificat d'urbanisme n° 2 peut s'écarter du schéma de développement du territoire lorsqu'il s'applique, d'un schéma de développement pluricommunal, d'un schéma de développement communal, d'un schéma d'orientation local, d'une carte d'affectation des sols, du contenu à valeur indicative d'un guide ou d'un permis d'urbanisation moyennant une motivation démontrant que le projet :
1° ne compromet pas les objectifs de développement territorial, d'aménagement du territoire ou d'urbanisme contenus dans le schéma, la carte d'affectation des sols, le guide ou le permis d'urbanisation ;

L'on y range en outre le plan régional de développement bruxellois³⁴ (PRD), dont il est expressément prévu qu'il est « *indicatif dans toutes ses dispositions* »³⁵, mais dont les autres plans – plan régional d'affectation des sols (PRAS), plan d'aménagement directeur (PAD), plan communal de développement (PCD) et plan particulier d'affectation des sols (PPAS) – ne peuvent s'écarter qu'« *à condition d'en indiquer expressément les motifs* »³⁶.

L'on songe encore à un système tel que celui des décisions anticipées en matière fiscale, lequel est consacré par un texte de loi³⁷.

L'on note qu'une fois que l'*instrumentum* s'est vu conférer un effet par un texte formel classique et que celui-ci formalise également son processus d'adoption, l'on peut se demander si l'on n'est pas davantage dans une échelle d'effectivité intralégislative dans laquelle il conviendrait de placer ces différentes sources et si l'on ne sort pas de ce fait du droit souple.

23. De l'autre côté du spectre de l'analyse de l'effectivité, certains auteurs³⁸ estiment qu'une *norme claire qui n'est pas appliquée ou qui*

2° contribue à la protection, à la gestion ou à l'aménagement des paysages bâtis ou non bâtis ».

34 Code bruxellois de l'aménagement du territoire, art. 17 : « *Le plan régional de développement constitue un instrument de planification globale du développement régional dans le cadre du développement durable* ».

35 Code bruxellois de l'aménagement du territoire, art. 21, alinéa 1^{er}.

36 Code bruxellois de l'aménagement du territoire, art. 21, alinéa 2.

37 C'est le cas en Belgique en vertu des articles 20 et suivants de la loi du 20 décembre 2002 « modifiant le régime des sociétés en matière d'impôts sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale », *Moniteur belge* du 31 décembre 2002. Rappelons que l'article 24 de la loi du 24 décembre 2002 « modifiant le régime des sociétés en matière d'impôts sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale » prévoit que : « *Les décisions anticipées sont publiées de manière anonyme, dans le respect des dispositions en matière de secret professionnel.* » La publication de ces décisions laisse entendre qu'elles ont un intérêt pour les tiers et produiraient donc un effet sur ceux-ci.

38 I. HACHEZ, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étreint ? », in *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 4, *Théorie des sources du droit*, op. cit., pp. 566-568 et note 114, qui cite Ch.-H. BORN et M. VERDUSSEN, « Le *soft law* intraconstitutionnel », *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 1^{er}, *Normes internationales et constitutionnelles*, Anthemis, 2013, pp. 513-536 et I. FICHER, « L'accord interprofessionnel a-t-il une place parmi les sources du droit du travail », in *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles*, op. cit., pp. 407-442.

est considérée par les juges comme indicative pourrait être qualifiée de *soft law*.

Il s'agit toutefois d'une catégorie conceptuelle à laquelle on n'aura pas davantage égard dans la présente contribution.

B. Les questions transversales

24. Les questions transversales que l'on aborde, tour à tour, touchent à l'origine du droit souple (1), à l'objet du droit souple (2) et à la portée du droit souple (3).

1. L'origine du droit souple

25. Le champ couvert par les instruments non contraignants de droit souple (*soft instrumenta* para- ou péri-législatif) dépendra largement de l'acception qu'on confère au mot droit.

Il semble toutefois établi que des acteurs tant publics que privés peuvent être des auteurs de normes molles et que celles-ci résultent parfois de la collaboration d'autorités publiques et d'acteurs privés.

26. Pour ce qui concerne les instruments contraignants par nature mais que leur rédaction (ou leur mise en œuvre) fait entrer dans le droit souple (*soft law* intralégislatif), l'édiction de ceux-ci demeure l'apanage de l'autorité publique.

La participation des citoyens ou, plus largement, du secteur privé à l'élaboration de ces différents textes est toutefois possible. Elle est formalisée dans certains cas quand des consultations publiques sont prévues par les processus d'adoption.

2. L'objet du droit souple

27. L'on n'a pas identifié de critère spécifique qui conditionne de manière absolue les domaines d'apparition du droit souple.

La norme souple semble susceptible d'être mobilisée dans tous les champs de l'action publique et pas exclusivement dans le cadre de la régulation économique ou lorsque les participations citoyennes sont souhaitées.

28. L'un des champs qui semble toutefois propice à l'apparition du droit souple est celui où la norme administre avant tout l'administration – délai d'ordre – ou lorsque l'administration n'est pas en train d'administrer mais de s'administrer – mesure d'ordre intérieur.

29. L'on trouve, en droit belge, des textes législatifs ou réglementaires dont le libellé semble davantage relever de l'indication que de la norme.

30. La crise Covid offre, ici encore, des exemples de ce type de situations.

À l'occasion de conférences de presse, des mandataires politiques ont ainsi décrit les comportements à adopter que les textes normatifs censés les cristalliser ne traduisaient plus dans les mêmes termes³⁹.

Quant à la pratique du *name and shame*, elle a – en tout cas – été mise en œuvre via une publication sur le site du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale⁴⁰, pour dénoncer les commissions paritaires dont

39 L'on peut citer la limitation du nombre d'activités extrascolaires autorisées annoncée comme une règle en janvier 2021 et qui s'est traduite dans un considérant du préambule d'un arrêté ministériel (voy. *supra*, n° 19, Arrêté ministériel du 29 janvier 2021 « modifiant l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 », *Moniteur belge* du 29 janvier 2021 : « *Considérant qu'il est nécessaire d'assurer la stabilité des groupes et d'éviter des changements de contact ; qu'il est donc également nécessaire d'éviter que les enfants et les jeunes ainsi que leurs encadrants participent à plusieurs groupes et activités dans un contexte organisé par semaine ; qu'il est dès lors vivement conseillé de limiter le nombre de hobbies en groupe à un hobby par enfant ou par jeune* »).

L'on peut également citer l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 « portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 », art. 23, § 2, dans sa version en vigueur au 1^{er} septembre 2021, qui prévoit que « (...) *les usagers des transports publics et des transports collectifs organisés respectent les règles de distanciation sociale dans la mesure du possible* ». Sa version originelle était formulée comme suit, sous un § 3 : « *les usagers des transports publics sont tenus de respecter la distance de 1,5 mètre entre eux dans la mesure du possible* ». Cette disposition est reprise dans un chapitre intitulé « responsabilités individuelles ». Le préambule de l'arrêté précise d'ailleurs : « *qu'il est (...) fait appel au sens des responsabilités et à l'esprit de solidarité de chaque citoyen afin de respecter la distanciation sociale et de mettre en œuvre toutes les recommandations en matière de santé* ».

40 Voy. <<https://emploi.belgique.be/fr/themes/egalite-et-non-discrimination/egalite-femmes-hommes-lecart-salarial>> (consulté le 9 octobre 2021). L'on note toutefois que la liste ne semble pas avoir été mise à jour depuis 2019 alors que la ministre de l'Emploi et de l'Égalité des chances indiquait dans une réponse du 29 septembre 2020 que « *Seuls deux secteurs très spécifiques du secteur non marchand, appartenant aux communautés francophone et germanophone (Centres de formation et/ou de réadaptation professionnelle ; secteur résiduaire CP332), figurent encore sur cette liste* » (Réponse de la ministre de l'Emploi, de l'Économie et des Consommateurs, chargé de la Lutte contre la pauvreté, de l'Égalité des chances et des Personnes handicapées du 29 septembre 2020, à la question n° 627 de madame la députée Sarah Schlitz du 6 août 2020 (Fr.), Questions et réponses écrites, Ch. repr., sess. ord. 2019-2020, QRVA n° 55-028, p. 338).

les conventions collectives de travail utilisent un langage qui n'est pas neutre en termes de genres⁴¹.

31. L'on précise encore qu'une pratique telle que l'auto-habilitation par le Roi relève d'une volonté de revêtir d'atours juridiquement formalisés par une publication au *Moniteur belge* une volonté politique, et non d'une volonté de dire le droit. Ce type d'artifice nous semble lui aussi susceptible d'être appliqué dans tous les domaines.

Il semble également intéressant d'épingler la publication au *Moniteur belge* de textes qui n'entrent pas dans la hiérarchie classique des normes, notamment les protocoles précités⁴², de même que la publication, sur le site de la Chambre des représentants, de textes souvent regardés comme politiques, tels que certains accords de Gouvernement.

3. La portée du droit souple

32. L'on observe l'existence de droit souple général et abstrait, mais aussi individuel et concret.

Ainsi, les mesures d'ordre intérieur sont individuelles et concrètes. Elles touchent à l'organisation concrète du service. Elles présentent un caractère impératif pour son ou ses destinataires, qui sont tenus de les respecter dans le cadre de l'organisation du service, sous peine de s'exposer à une évaluation négative, voire à une sanction disciplinaire.

33. L'échelle de normativité proposée par le Conseil d'État de France se décline en trois degrés : devoir de justifier les écarts par rapport à l'instrument, devoir de prouver la conformité au droit dur lorsqu'on s'écarte de l'instrument ou devoir d'être compatible avec l'instrument⁴³.

Le droit belge permet d'identifier des exemples relevant de chacune de ces catégories.

34. En ce qui concerne les clauses de verrouillage ou d'impérativité, l'on constate notamment que certains textes, en droit de l'urbanisme, prévoient une obligation de justifier les écarts par rapport à l'instrument.

Ceci correspond au premier des trois degrés de normativité que le Conseil d'État de France place entre le droit souple et le droit dur⁴⁴.

41 Loi du 22 avril 2012 « visant à lutter contre l'écart salarial entre hommes et femmes », *Moniteur belge* du 28 août 2012.

42 Voy. *supra*, n° 8.

43 Conseil d'État de France, *Le droit souple – Étude annuelle 2013 du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 65 et s.

44 Conseil d'État de France, *Le droit souple – Étude annuelle 2013 du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 65 et s.

35. Bien que la décision de *ruling* fiscale soit aujourd'hui ancrée dans le droit dur⁴⁵, il n'en demeure pas moins que ces décisions ne lient plus le Service public fédéral Finances notamment « *lorsque des éléments essentiels des opérations n'ont pas été réalisés de la manière présentée par le demandeur* »⁴⁶ qui devra dans ce cas prouver l'adéquation au droit des éléments effectifs du dossier et donc de prouver la conformité au droit dur lorsqu'on s'écarte de l'instrument.

Ceci semble correspondre au deuxième des trois degrés de normativité que le Conseil d'État de France place entre le droit souple et le droit dur⁴⁷.

36. Il existe des indicateurs basés sur les recommandations de bonne pratique médicale qui sont utilisés pour évaluer si les dispensateurs de soins effectuent des prestations et prescriptions inutilement onéreuses. Le dépassement de ces indicateurs conditionne la mise sous monitoring du dispensateur de soins afin d'évaluer par la suite si une adaptation suffisante vers la concordance avec une bonne pratique médicale a eu lieu. Les mécanismes mis en place relèvent d'une obligation d'être compatible avec l'instrument sous peine de voir le système de suivi légalement prévu s'enclencher⁴⁸.

Ceci nous semble correspondre au troisième des trois degrés de normativité que le Conseil d'État de France place entre le droit souple et le droit dur⁴⁹.

II – LES EFFETS DU DROIT SOUPLE

37. L'examen des effets du droit souple implique que l'on s'interroge non seulement sur les effets que produit le droit souple selon la nature des actes qui le composent (A), mais aussi sur la portée de ces effets au regard des destinataires du droit souple (B).

45 Articles 20 et suivants de la loi du 24 décembre 2002 « modifiant le régime des sociétés en matière d'impôts sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale ».

46 Article 23, alinéa 2, 3° *in fine* de la loi du 24 décembre 2002 « modifiant le régime des sociétés en matière d'impôts sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale ».

47 Conseil d'État de France, *Le droit souple – Étude annuelle 2013 du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 65 et s.

48 Loi coordonnée du 14 juillet 1994 relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, *Moniteur belge* du 27 août 1994, modifiée par la loi-programme du 26 décembre 2022, *Moniteur belge* du 30 décembre 2022, articles 34, 35bis, 73, 73bis et 146bis.

49 Conseil d'État de France, *Le droit souple – Étude annuelle 2013 du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 65 et s.

A. Les effets du droit souple selon sa nature

38. Le droit souple se distingue du droit dur par son caractère non contraignant.

C'est ce que souligne J. SALMON, qui définit le droit souple comme étant les « *règles dont la valeur normative serait limitée soit parce que les instruments qui les contiennent ne seraient pas juridiquement obligatoires, soit parce que les dispositions en cause, bien que figurant dans un instrument contraignant, ne créeraient pas d'obligation de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes* »⁵⁰.

L'on a toutefois constaté, lors de l'identification du droit souple, que les actes qui en font partie ne sont pas neutres.

L'analyse des effets de ces actes impliquerait, à notre estime, un examen concret et individuel qui dépasserait le cadre de la présente étude. Il nous paraît cependant que les effets des actes que nous avons déjà identifiés présentent certains traits caractéristiques.

Le droit souple peut, selon les actes concernés, avoir une incidence sur le travail et le fonctionnement de l'administration (1), influencer le comportement des citoyens et de l'administration (2), fixer une ligne de conduite (3) ou encore permettre à l'administration d'annoncer ses intentions (4).

1. Les actes qui ont une incidence sur le travail et le fonctionnement de l'administration

39. Le droit souple peut avoir pour effet d'organiser le travail de l'administration ou le fonctionnement de ses services.

Il en va notamment ainsi des délais d'ordre, qui permettent à l'administration d'établir des priorités dans le traitement des dossiers.

Le dépassement de ces délais a, en effet, des conséquences dans le chef de l'administration⁵¹. Si la compétence de celle-ci est facultative⁵² – en ce sens que l'administration n'était pas tenue de statuer – elle sera dessaisie à l'échéance du délai. Si, en revanche, sa compétence est obligatoire⁵³ – en ce sens que l'administration était tenue de statuer –, l'administration demeure compétente malgré le dépassement du délai mais pourrait être mise en demeure de statuer et son silence vaudra refus si aucune décision n'est intervenue dans un délai de quatre mois⁵⁴.

50 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, op. cit., p. 1039.

51 D. RENDERS, *Droit administratif général*, 4^e éd, op. cit., pp. 340-342.

52 À titre d'exemple : la tutelle ordinaire générale d'annulation.

53 À titre d'exemple : certaines demandes d'agrément.

54 Art. 14, § 3, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, *Moniteur belge* du 21 mars 1973.

41. Il en va également ainsi des mesures d'ordre intérieur prises dans l'intérêt du service, qui organisent le service administratif.

Le transfert d'un agent d'un service vers un autre, au sein d'une même administration, pour en assurer le bon fonctionnement, ou encore le fait de charger temporairement certains agents de tâches relevant d'un emploi qui reste sans titulaire afin de garantir la continuité des services en sont des exemples⁵⁵.

Ces mesures s'adressent à un ou à plusieurs agents de l'administration qui doivent les respecter sous peine de s'exposer à d'éventuelles conséquences en termes d'évaluation, voire de discipline. Elles ne produisent, par contre, aucun effet en dehors de l'administration⁵⁶.

2. Les actes qui influencent le comportement des citoyens et de l'administration

42. D'autres actes composant le droit souple influencent le comportement des citoyens et de l'administration, à des degrés divers.

43. Les recommandations visent non seulement à donner aux citoyens des informations sur les règles édictées par l'administration, mais elles peuvent également les guider dans l'application concrète de ces règles, afin d'en assurer le respect. Elles font partie du droit souple puisqu'elles ne sont assorties d'aucune sanction ou laissent une marge de manœuvre aux citoyens. L'on pense, notamment, aux multiples recommandations communiquées par les autorités belges dans le cadre de la crise sanitaire, en marge des règles dures qu'elles ont adoptées⁵⁷. L'on relève que lorsqu'elles émanent du médiateur institutionnel – l'ombudsman –, les recommandations pourraient même, à notre estime, influencer le comportement de l'administration, en guidant celle-ci dans son action par l'identification de bonnes pratiques⁵⁸.

44. Les conseils prodigués par les autorités aux citoyens, par le biais des réseaux de communication officiels, ne manquent également pas d'influencer le comportement adopté par les citoyens belges. Ce fut notamment le cas dans le cadre de la crise sanitaire du Covid.

⁵⁵ D. RENDERS, *op. cit.*, pp. 299-300 (et les références citées).

⁵⁶ *Ibid.*, p. 271.

⁵⁷ L'on peut mentionner la mesure dite de la « bulle sociale » prévue au sein de l'arrêté ministériel du 30 juin 2020 « portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 » (*Moniteur belge* du 30 juin 2020, art. 20) ou encore celle du port du masque (art. 21). Voy. *supra*, n° 21.

⁵⁸ Voy. à ce sujet, M. NIHOUL, « La force d'une recommandation d'un médiateur institutionnel en justice », in *Le citoyen et l'administration face au juge et au médiateur institutionnel* (sous la dir. de D. Renders et M. Bertrand), Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 127-167.

Ainsi, les FAQ publiées sur le site officiel du Service public fédéral Santé publique, Sécurité de la Chaîne alimentaire et Environnement⁵⁹ ont comblé certaines lacunes et apporté des précisions concernant les règles dures adoptées par les autorités belges⁶⁰ ou encore suggéré des mesures complémentaires en matière de lutte contre le coronavirus.

45. D'autres actes encadrent sans doute encore plus fortement le comportement des citoyens. Il s'agit, notamment, des divers plans urbanistiques – que l'on a déjà présentés⁶¹ –, qui fixent le cadre et les principes à suivre lors du développement de projets immobiliers.

Bien qu'ils ne soient assortis d'aucune sanction, il n'est possible de s'écarter de ces plans que pour autant que certaines conditions soient respectées⁶². Il en résulte que les citoyens doivent opérer des choix quant aux projets qu'ils souhaitent développer sur leurs terrains.

Ces instruments influencent aussi l'action de l'administration, puisqu'ils identifient les types de projets qu'elle pourrait autoriser ou lui imposent, si elle souhaite s'écarter du cadre fixé par les plans urbanistiques, de renforcer sa motivation⁶³. L'administration doit même, dans certains cas, tenir compte de plans urbanistiques adoptés à un niveau supérieur lors de l'élaboration des plans qui s'appliquent à son échelle⁶⁴.

46. Influencent encore, à notre estime, le comportement des citoyens ou de l'administration, les dispositions législatives qui n'imposent aucun comportement⁶⁵.

59 Publiée à l'adresse suivante : <<https://www.info-coronavirus.be/fr/faq/>> (consulté le 21 décembre 2021).

60 À titre d'exemple : se déplacer chez un vétérinaire avec son animal de compagnie constitue-t-il un déplacement essentiel autorisé selon les règles en vigueur ?

61 Il s'agit du Guide communal d'urbanisme, du Schéma de développement communal et des permis d'urbanisation. Voy. *supra*, n° 22.

62 L'autorité doit démontrer que l'écart aux plans concernés ne compromet pas les objectifs de développement territorial, d'aménagement du territoire ou d'urbanisme contenus dans ces plans et qu'il contribue à la protection, à la gestion ou à l'aménagement des paysages bâtis ou non bâtis.

63 *Idem*.

64 L'on vise ici le Plan Régional de Développement, adopté par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, dont les Communes bruxelloises doivent tenir compte lorsqu'elles adoptent des plans particuliers, à l'échelle locale.

65 Selon le destinataire de ces dispositions législatives.

Ces dispositions sont susceptibles d'avoir une incidence sur l'interprétation ou l'application des lois qui les contiennent, et donc sur les comportements fixés par ces lois⁶⁶.

3. Les actes qui fixent une ligne de conduite

47. Le droit souple influence non seulement le comportement de ses destinataires mais il permet aussi, dans certains cas, à son auteur de fixer une véritable ligne de conduite.

48. Les multiples codes de conduite ont pour effet de guider le comportement de leurs destinataires par leur adhésion volontaire aux règles, non contraignantes, qu'ils contiennent⁶⁷.

Ils émanent aussi bien des acteurs publics que privés et s'adressent à tous destinataires, qu'ils soient publics ou privés⁶⁸.

49. Les recommandations, déjà mentionnées, peuvent aussi établir un code de bonne conduite pour les citoyens, destiné à compléter les règles sanctionnées par des instruments de droit dur.

Le fait de ne pas respecter ces recommandations n'entraîne toutefois pas d'effet juridique pour le citoyen, ce qui permet de les classer au sein du droit souple.

50. L'on songe encore aux circulaires qui imposent aux agents de l'administration d'appliquer un texte juridique d'une certaine façon⁶⁹. Ces actes ne produisent également aucun effet en dehors de l'administration mais guident et encadrent, au sein de celle-ci, l'action de ses agents.

Du reste, le principe de légitime confiance créée, dans le chef de l'administration, une ligne de conduite qu'elle se doit de suivre. Cette attitude n'est toutefois pas immuable, dès lors qu'en vertu de son

66 X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La soft law intralégislative : les lois dépourvues de contenu normatif ou mollis *lex sed lex* ? », in *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles*, *op. cit.*, p. 174.

67 B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, « Les codes de conduite », in *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 3, *Normativités concurrentes*, Limal, Anthemis, 2012, pp. 179-182.

68 Il peut s'agir du code de conduite adopté par un club sportif comme du « *Pacte mondial* » proposé aux entreprises par les Nations unies, cité par B. FRYDMAN et G. LEWKOWICZ, *op. cit.*, p. 187.

69 D. RENDERS, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 294.

pouvoir d'appréciation, l'administration peut s'en écarter moyennant une motivation spécifique⁷⁰.

51. Les lois qui fixent des comportements sans en sanctionner le non-respect peuvent, elles aussi, être mentionnées.

Il s'agit de mesures indicatives qui, à notre estime, pourraient amener les citoyens à adopter une ligne de conduite particulière, en fonction de l'intérêt que représenterait leur adhésion à ces normes⁷¹.

4. Les actes qui permettent à l'administration d'annoncer ses intentions

52. Le droit souple peut encore permettre à l'administration d'annoncer ses intentions ou le comportement qu'elle entend adopter.

53. Le système de décision anticipée en matière fiscale en est un parfait exemple⁷².

Il s'agit d'un « *acte juridique par lequel le Service public fédéral Finances détermine conformément aux dispositions en vigueur comment la loi s'appliquera à une situation ou à une opération particulière qui n'a pas encore produit d'effets sur le plan fiscal* »⁷³.

L'administration précise donc la manière dont elle appliquera la loi au cas concret qui lui est soumis, sans que cette décision ne s'impose au demandeur – qui demeure libre de ne pas mettre en œuvre l'opération qu'il a soumise à l'administration – et sans que cette décision ne soit contraignante à l'égard des tiers⁷⁴.

54. Un communiqué de presse du Conseil des Ministres, que l'on a déjà évoqué⁷⁵, représente une déclaration unilatérale de volonté, qui produit plutôt un effet politique.

L'intention de son auteur n'est pas de lui faire produire des effets juridiques ou de lui conférer un caractère normatif, mais d'annoncer ses intentions ou l'adoption d'un comportement déterminé.

70 D. YERNAULT, « La coutume, source très secondaire du droit administratif... Vraiment ? », in *Les grands arrêts du droit administratif* (sous la dir. de P. Goffaux, E. Slautsky et J. Sohler), Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 170-172.

71 X. DELGRANGE et L. DETROUX, *op. cit.*, pp. 187-191.

72 Ce mécanisme est organisé par la loi du 24 décembre 2002 modifiant le régime des sociétés en matière d'impôts sur les revenus et instituant un système de décision anticipée en matière fiscale (*Moniteur belge* du 31 décembre 2002).

73 Loi du 24 décembre 2002, art. 20, al. 2.

74 D.-E. PHILIPPE, « Le degré de force obligatoire du ruling », in *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles*, *op. cit.*, p. 663.

75 Voy. *supra*, n° 12.

55. L'auto-habilitation, qui émane de l'Exécutif, peut également être mentionnée, en ce qu'elle indique une intention politique sans avoir de véritable portée juridique.

Cet effet politique se caractérise par le fait qu'elle pourrait susciter des attentes dans le chef de ses destinataires, bien qu'aucune obligation ne s'impose à son auteur.

56. L'on a aussi épinglé les protocoles signés par plusieurs Exécutifs et publiés au *Moniteur belge*⁷⁶.

À notre estime, ces protocoles représentent, tout au plus, une intention de leurs auteurs de collaborer dans certains domaines⁷⁷.

57. De même, les résolutions parlementaires, lorsque le Gouvernement n'y donne pas suite, présentent uniquement des lignes politiques sans réellement influencer l'action de l'administration⁷⁸.

B. Les effets du droit souple selon ses destinataires

58. L'examen des effets du droit souple peut également s'envisager en distinguant les situations dans lesquelles il s'adresse uniquement à l'administration (1) ou également aux citoyens (2).

À notre estime, cette distinction permet, du reste, d'analyser plus précisément la portée du droit souple.

1. Les effets du droit souple lorsqu'il s'adresse à l'administration

59. Lorsque le droit souple s'adresse uniquement à l'administration, sa portée peut, de prime abord, sembler claire.

Le droit souple encadre le travail et le fonctionnement de l'administration, mais ne produit aucun effet juridique en dehors de celle-ci. Les délais d'ordre organisent le travail administratif, les mesures d'ordre intérieur prises dans l'intérêt du service organisent les services administratifs et les circulaires guident l'action des agents de l'administration.

Le droit souple ne saurait donc causer aucun grief aux citoyens et viserait principalement des actes de gestion interne, sans produire d'effet juridique externe. L'on souligne, ici encore, qu'il pourrait, en

⁷⁶ Voy. *supra*, n° 8.

⁷⁷ L'on précise toutefois que, si l'analyse de certains protocoles devait révéler que leur contenu relève de véritables accords de coopération, ceux-ci devraient alors faire l'objet d'une ratification parlementaire pour pouvoir être juridiquement considérés comme tels.

⁷⁸ Il s'agit de « *droit recommandé* ». Voy. N. LAGASSE, K. MUYLLE et M. VAN DER HULST, « Les actes non législatifs d'un Parlement : sources de hard law et de soft law », in *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 254 et 255.

revanche, avoir des conséquences en termes d'évaluation, voire de discipline, pour les agents de l'administration.

60. À l'analyse cependant, il nous semble que la qualification des effets du droit souple s'avère plus complexe pour certains actes destinés à l'administration.

Les recommandations du médiateur institutionnel pourraient, selon nous, avoir des effets qui dépassent le cadre de l'administration puisqu'en guidant son action, elles devraient influencer le sens des décisions prises par les autorités. Ces recommandations produiraient donc des effets juridiques pour les citoyens, non pas directement, mais indirectement, en raison de la teneur des actes adoptés par l'administration sous l'influence de ces recommandations.

Les plans urbanistiques semblent, eux aussi, produire des effets en dehors de l'administration. Ils déterminent les types de projets pouvant être autorisés et pourraient donc causer grief aux citoyens. L'on envisage l'hypothèse du refus d'un permis d'urbanisme en raison des écarts aux plans concernés que le projet implique ou encore le refus d'autoriser certains écarts nécessaires au développement du projet souhaité par le demandeur d'un permis.

Le cas des décisions anticipées en matière fiscale illustre encore la mesure dans laquelle la portée du droit souple peut varier en fonction de ses destinataires. En effet, si, comme nous l'avons rappelé, une décision anticipée du Service public fédéral Finances ne s'impose pas au demandeur ou aux tiers, elle est contraignante envers l'administration fiscale, ce que rappelle l'article 23 de la loi du 24 décembre 2002⁷⁹. Un acte pourrait donc représenter du droit souple pour certains destinataires, mais constituer une norme contraignante pour d'autres.

2. Les effets du droit souple lorsqu'il s'adresse aux citoyens

61. Lorsqu'il s'adresse aux citoyens, le droit souple paraît aussi, au premier regard, présenter des effets limités.

Il recommande, guide, suggère et permet même à l'administration d'annoncer ses intentions, sans aucune sanction pour le citoyen, en laissant à ce dernier une marge de manœuvre importante, sans qu'il en résulte d'obligations pour les autorités.

Dans ces hypothèses, il nous semble logique de considérer que le droit souple ne cause aucun grief aux citoyens et qu'il ne produit aucun effet juridique.

⁷⁹ D.-E. PHILIPPE, *op. cit.*, p. 662.

62. Il existe cependant, à notre estime, des situations dans lesquelles le droit souple, lorsqu'il s'adresse aux citoyens, produit des effets plus importants.

Comme on l'a déjà indiqué, les plans urbanistiques influencent fortement la manière dont les citoyens doivent envisager le développement de projets immobiliers sur les terrains dont ils sont propriétaires. Nous y voyons une forme de limitation de leur droit de propriété, bien que celle-ci soit liée aux contraintes imposées par le droit de l'urbanisme.

Les décisions anticipées en matière fiscale ne s'imposent pas aux demandeurs mais, s'ils décident de mettre en œuvre les opérations sur lesquelles le Service public fédéral Finances s'est prononcé, il s'agit alors d'un véritable droit subjectif qu'ils peuvent faire valoir auprès de l'administration fiscale⁸⁰. Ces décisions produisent donc, dans ce cas, des effets juridiques qui nous semblent comparables aux effets du droit dur.

63. Dans d'autres hypothèses, le droit souple produit des effets juridiques alors que telle n'était pas l'intention de son auteur.

Il s'agit des situations dans lesquelles le Conseil d'État a considéré que l'auto-habilitation, bien que dépourvue de portée juridique⁸¹ et normative⁸², pourrait avoir des effets juridiques. Elle pourrait permettre d'altérer des définitions tirées de directives européennes⁸³, aboutir à l'adoption d'un texte incomplet et potentiellement inopérant⁸⁴ ou encore remettre en cause des aspects préalablement réglés par la loi⁸⁵.

L'on songe aussi au cas, déjà évoqué, du communiqué de presse du Conseil des Ministres, suivi d'un courrier ministériel, promettant le dépôt d'un avant-projet de loi, auquel la Cour d'appel de Bruxelles avait conféré un effet juridique en estimant qu'il s'agissait d'un « *engagement par déclaration de volonté unilatérale* » liant l'État belge⁸⁶.

80 *Ibid.*, p. 663.

81 Conseil d'État, section de législation, avis n° 67.179/4 du 6 avril 2020.

82 Conseil d'État, section de législation, avis n° 54.652/4 du 23 décembre 2013.

83 Conseil d'État, section de législation, avis n° 44.821/4 du 7 juillet 2008.

84 Conseil d'État, section de législation, avis n° 43.959/2 du 11 février 2008.

85 Conseil d'État, section de législation, avis n° 51.355/2 du 6 juin 2012.

86 Bruxelles (Fr.) (18^e ch.), 22 février 2018, *A.P.T.*, 2019, p. 418, note E. DE SAINT MOULIN. Cet arrêt a été cassé en 2022. Voy. *supra*, n° 12 et note 17.

III – LE CONTRÔLE DU DROIT SOUPLE

64. En termes de contrôle, deux questions se posent.

La première est de savoir qui exerce un contrôle sur le droit souple (A). La seconde revient à identifier les répercussions de ce contrôle sur le droit souple (B).

A. L’auteur du contrôle

Le contrôle s’opère, d’une part, par la voie sociale (1). Il s’effectue, d’autre part, par la voie du juge (2).

1. La voie sociale

65. Les normes de droit souple entraînent, la plupart du temps, un contrôle social, le cas échéant, complémentaire au contrôle juridictionnel.

66. L’on précise, d’emblée, que le contrôle social est parfois même à l’origine du droit souple. Tel est le cas d’une pratique avant sa consécration au rang de coutume, qui naît de la volonté de ses destinataires de la respecter et d’adapter leur comportement.

67. Le contrôle social est, tout d’abord, essentiel lorsque la norme contient de simples recommandations, qu’elles résident ou non dans un texte contraignant. Ce sont alors les destinataires du texte qui veillent à l’appliquer, sous le contrôle de leurs pairs.

Ainsi, les recommandations en matière de port du masque ont entraîné l’adhésion des citoyens, probablement influencés, du reste, par la nature contraignante des arrêtés ministériels dans lesquels ces recommandations étaient coulées.

68. Le contrôle est également social lorsqu’un organe politique veille au respect du droit souple.

À titre d’exemple, c’est la commune, plus spécifiquement le collège communal, un organe politique, qui est chargée de contrôler le respect des plans urbanistiques « souples »⁸⁷, à l’occasion de l’octroi de permis d’urbanisme. La commune décide, en effet, si un écart au plan urbanistique peut être octroyé.

C’est également dans cette perspective que l’on relève que le respect du Plan Régional de Développement est assuré par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et le collège des bourgmestre et

87 L’on vise, ici, le Guide communal d’urbanisme, le Schéma de développement communal et les permis d’urbanisation. Voy. *supra*, n° 22.

échevins, qui sont également des organes politiques⁸⁸. Le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale et le collège des bourgmestre et échevins doivent, en effet, motiver un éventuel écart au PRD lorsqu'ils adoptent d'autres plans urbanistiques, c'est-à-dire le PRAS, le PAD, les PCD et les PPAS⁸⁹.

69. Les destinataires du droit souple se chargent, eux aussi, d'assurer le respect de ce dernier.

Ainsi, les destinataires des plans d'urbanisme assument un certain contrôle social lorsqu'ils introduisent un recours, afin d'éviter que les principes fixés par le plan soient violés au sein du périmètre en cause.

L'effectivité du PRD est, elle, assurée, dans le cadre de l'adoption des plans qui doivent le respecter, par les auteurs des rapports sur les incidences environnementales qui doivent être élaborés lors de la procédure d'adoption de ces plans, par les éventuels réclamants lors des enquêtes publiques qui sont organisées dans le cadre de la procédure d'adoption de ces plans et par les instances dont l'avis est sollicité par les auteurs de ces plans.

70. Le contrôle administratif constitue également un contrôle social majeur.

Un contrôle du respect des mesures d'ordre intérieur, par exemple, est ainsi opéré au sein du service par la voie hiérarchique. Tel est également le cas du contrôle du respect des délais d'ordre. Tel est encore le cas du contrôle du respect de la circulaire, qui est opéré au sein du service par la voie hiérarchique ou, le cas échéant, via le contrôle de tutelle.

L'on souligne, à nouveau, que le contrôle opéré au sein du service par la voie hiérarchique peut éventuellement avoir des conséquences en termes d'évaluation et, le cas échéant, de discipline.

71. L'on ne peut, enfin, taire les sanctions politiques qui peuvent découler de la méconnaissance du droit souple.

Tel a, par exemple, été le cas du communiqué de presse public dans l'affaire *Softenon*, qui a atteint les citoyens intéressés par l'engagement politique qu'il contenait, et qui se sont chargés de le faire appliquer en

88 L'on vise ici le Plan Régional de Développement, adopté par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale, dont les Communes bruxelloises doivent tenir compte lorsqu'elles adoptent des plans particuliers, à l'échelle locale.

89 Code bruxellois de l'aménagement du territoire (CoBAT), art. 21. Les abréviations renvoient au plan régional d'affectation du sol, au plan d'aménagement directeur, au plan communal de développement et au plan particulier d'affectation du sol (voy. *supra*, n° 22).

introduisant une action en justice. L'opinion publique a, effectivement, sanctionné l'absence de suites données à cet engagement politique.

Un autre exemple est celui de l'auto-habilitation, à l'occasion de laquelle le destinataire de la norme est son auteur, de sorte qu'une sanction politique pourrait – à tout le moins – découler de l'absence de mise en œuvre de l'auto-habilitation.

2. La voie juridictionnelle

72. Certaines normes molles peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, devant le Conseil d'État – qui connaît de ces arrêtés au contentieux de l'excès de pouvoir – (a), mais aussi devant les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire – qui connaissent de ces arrêtés au contentieux des droits subjectifs (b).

L'on examine également les normes de référence au regard desquelles le droit souple est analysé à l'occasion du contrôle juridictionnel (c).

a) Le contentieux objectif devant le Conseil d'État

73. Devant le Conseil d'État, plus particulièrement, la question se pose de savoir si l'acte est susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation ou en suspension.

Pour que l'acte soit susceptible de recours, il doit être susceptible de causer grief ; il doit, partant, être décisive et modifier, par lui-même, l'ordonnement juridique⁹⁰.

L'exigence suivant laquelle l'acte entrepris doit être susceptible de causer grief implique que cet acte soit exécutoire, c'est-à-dire qu'il déploie, dès à présent, les effets juridiques qu'il contient⁹¹.

Trois hypothèses particulières peuvent, à cet égard, être examinées.

74. La première hypothèse est celle des recommandations.

Même si elles sont consignées au sein d'un acte contraignant, tel qu'un arrêté ministériel, elles ne seraient susceptibles de recours au contentieux de l'excès de pouvoir devant le Conseil d'État qu'à la condition que le requérant puisse démontrer que ces recommandations causent grief, ce qui semble peu probable.

75. La seconde hypothèse est celle des « *actes de gestion interne* », qui sont des « *mesures qui, prises par l'administration, soit visent à*

90 D. RENDERS et B. GORS, *Le Conseil d'État*, coll. « Centre Montesquieu d'études de l'action publique », Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 54-55.

91 *Ibid.*

*l'aménagement interne des services, soit concernant le fonctionnement interne des services »*⁹².

Le Conseil d'État ne connaît pas de ces mesures, qui ne constituent pas des actes administratifs unilatéraux et ne produisent pas d'effets juridiques à l'extérieur de l'administration⁹³. Les plus importantes sont les circulaires et les mesures d'ordre intérieur.

La circulaire et la mesure d'ordre intérieur prise dans l'intérêt du service échappent, par nature, à toute forme de contrôle juridictionnel, d'après le Conseil d'État. On leur prête des effets si limités à l'égard des agents placés sous l'autorité de son auteur, dans le cas de la circulaire, ou de son destinataire ou ses destinataires, dans le cas de la mesure d'ordre intérieur, que le Conseil d'État estime ne pas devoir en assurer le contrôle.

76. La troisième hypothèse, enfin, est celle de la décision qui vise à limiter le nombre de demandes de protection internationale pouvant être présentées en une journée, rendue publique via le tweet d'un Secrétaire d'État⁹⁴.

Le Conseil d'État s'est déclaré compétent pour connaître de cette décision, en jugeant qu'il s'agissait bien d'un acte juridique unilatéral réglementaire modifiant l'ordonnancement juridique d'une manière générale et abstraite, dès lors qu'elle avait pour conséquence d'empêcher des étrangers de bénéficier du régime d'accueil fixé par la loi⁹⁵.

b) Le contentieux des droits subjectifs devant les juridictions de l'ordre judiciaire

77. Le juge ordinaire peut également connaître de certaines règles de droit souple dans le cadre du contentieux des droits subjectifs, notamment dans le cadre du contentieux de la responsabilité civile extracontractuelle de l'administration.

92 D. RENDERS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 293, qui cite C. CAMBIER, *Droit administratif*, op. cit., p. 233.

93 D. RENDERS, *Droit administratif général*, op. cit., p. 293.

94 Voy. *supra*, n° 9.

95 C.E., arrêt *a.s.b.l. Coordination et initiatives pour et avec les réfugiés et étrangers et consorts*, n° 243.306 du 20 décembre 2018, pp. 515-519, note. F. BELLEFLAMME et R. FONTEYN, « Le tweet administratif, usine à gazouillis ? ». L'on précise que le Conseil d'État relève que le secrétaire d'État soulignait lui-même avoir usé de sa compétence pour prendre la décision de limiter le nombre de demandes d'asile à 50 par jour dans les travaux parlementaires relatifs au projet du budget général des dépenses pour l'année budgétaire 2019 (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 3294/028, p. 51).

À titre d'exemple, les communes pourraient être tenues responsables en cas d'autorisation d'un projet qui s'écarte d'un plan urbanistique souple, sans respecter les conditions applicables.

La Région wallonne a, quant à elle, été assignée pour avoir institué des normes relatives à l'équivalent belge du « Pass sanitaire » qui, reposant en partie sur la pratique des FAQ, ont été jugées irrégulières, et partant fautive, par le Tribunal de première instance de Namur siégeant en référé, dans une ordonnance rendue le 30 novembre 2021⁹⁶.

78. C'est, par ailleurs, à l'occasion d'un litige civil que l'engagement unilatéral de volonté de l'administration a été sanctionné comme source d'obligation par la Cour d'appel de Bruxelles par un arrêt du 22 février 2018⁹⁷.

En l'espèce, la Cour d'appel de Bruxelles a accordé un effet juridique à la lettre de la Ministre combinée avec un communiqué de presse.

c) Les normes de référence

79. Le droit souple, lorsqu'il est susceptible de recours, est examiné au regard des règles hiérarchiquement supérieures, c'est-à-dire, par hypothèse, toutes les règles de droit dur ayant une portée générale : le droit international à effet direct, la Constitution, qui garantit les droits et libertés fondamentales, les normes à valeur législative et les normes à valeur réglementaire.

80. Certaines normes de droit souple sont toutefois principalement des normes de contrôle.

Tel est principalement le cas de la coutume. C'est l'intervention d'un juge qui en consacre le caractère contraignant⁹⁸, et qui censure des actes administratifs qui la méconnaissent.

Les plans d'urbanisme souples, tels que le SDC, le GCU ou le PUR, combinés ou non avec les conditions fixées par l'article D.IV.5 du CoDT, constituent, eux aussi, des normes de valeur supérieure, au regard desquelles la légalité des permis et certificats d'urbanisme est analysée.

96 Civ. Namur (9^e ch. réf.), 30 novembre 2021, R.G. n° 21/20/C. Voy., à ce sujet, D. RENDERS « Condamnation provisoire du *Covid Safe Ticket* wallon par le juge des référés de Namur ! », <https://www.justice-en-ligne.be/Condamnation-provisoire-du-Covid> (consulté le 29 décembre 2021).

97 Bruxelles (18^e ch. fr.), 22 février 2018 précité, néanmoins cassé en 2022 (voy. *supra*, n° 12).

98 Voy. M. COIPEL, « La coutume », in *Les sources du droit revisitées* (sous la dir. de I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove), vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles*, *op. cit.*, p. 590 et les références citées.

Le PRD est également une norme à valeur supérieure, au regard de laquelle le juge analyse la légalité d'autres plans énumérés à l'article 21 du COBAT – à savoir le plan régional d'affectation du sol, le plan d'aménagement directeur, le plan communal de développement et le plan particulier d'affectation du sol – qui ne peuvent s'en écarter qu'à condition d'en indiquer expressément les motifs⁹⁹. Il en va de même des décisions adoptant les plans qui doivent respecter les prescriptions du PRD.

La motivation formelle des écarts au plan est également analysée par la juridiction.

81. L'on note également que le juge peut se fonder sur le droit souple, non pas pour censurer un acte, mais pour interpréter le droit dur.

82. L'on rappelle aussi que la circulaire et la mesure d'ordre intérieur prise dans l'intérêt du service ne sont, en principe, pas contrôlées par les juges, mais que chacune de ces mesures peut être requalifiée en acte attaquant devant le Conseil d'État, à certaines conditions décrites ci-après.

Si la première est disqualifiée, les critiques de légalité portent alors le plus souvent sur la compétence de l'auteur de l'acte et sur la méconnaissance de formes et formalités que requiert l'adoption d'un acte réglementaire, parmi lesquelles la consultation de la section de législation du Conseil d'État.

Si la seconde est disqualifiée, les critiques de légalité portent alors le plus souvent sur la compétence de l'auteur de l'acte et sur l'absence de respect des principes généraux du respect dû aux droits de la défense s'agissant des sanctions disciplinaires déguisées, de l'audition préalable s'agissant des mesures graves. D'autres critiques de légalité ne sont bien évidemment pas à exclure, comme l'absence de toute motivation formelle dans l'*instrumentum* de la mesure d'ordre intérieur prise dans l'intérêt du service, ce qui contreviendrait à la loi du 29 juillet 1991 « *relative à la motivation formelle des actes administratifs* »¹⁰⁰.

B. L'impact du contrôle

83. La conséquence principale du contrôle du droit souple que l'on choisit d'examiner est celle de la « *durcification* » du droit souple.

Il existe, à cet égard, plusieurs situations dans lesquelles le droit souple devient du droit dur.

99 Code bruxellois de l'aménagement du territoire (CoBAT), art. 21.

100 *Moniteur belge* du 12 septembre 1991.

84. La coutume est une première illustration de ce phénomène, puisque, comme on l'a déjà évoqué, c'est le contrôle du juge qui donne à cette pratique une force contraignante.

85. Une autre illustration peut être trouvée dans l'affaire *Softenon*. Le contrôle du juge a eu pour effet d'imposer à l'État belge – en l'occurrence au Roi vu la répartition des compétences au sein de l'État belge – de « *présenter à la Chambre des représentants un avant-projet de loi à insérer dans la prochaine loi budgétaire, tel celui reproduit sous le point 58 [de l'arrêt de la Cour d'appel] en vue de la constitution d'une fondation d'utilité privée visée par cet avant-projet* ». La Cour d'appel de Bruxelles oblige ainsi à ce que la norme molle soit présentée au Parlement pour que celui-ci puisse décider d'en faire une norme dure¹⁰¹.

86. L'on peut encore évoquer la circulaire et la mesure d'ordre intérieur prise dans l'intérêt du service qui, comme on l'a indiqué, ne sont pas contrôlées par les juges.

Chacune de ces mesures peut, toutefois, être disqualifiée en un acte attaquant et devenir, ainsi, du droit dur.

La circulaire peut être disqualifiée en circulaire réglementaire, également appelée fausse circulaire, lorsque l'auteur de la circulaire commet un abus – volontaire ou involontaire –, c'est-à-dire qu'il modifie le texte juridique en cause ou le complète, au lieu de se borner à l'interpréter.

La mesure d'ordre intérieur prise dans l'intérêt du service peut, en ce qui la concerne, être disqualifiée en mesure grave ou en sanction disciplinaire déguisée.

On dit qu'il s'agit d'une mesure grave si, sans avoir l'intention de punir le destinataire, la mesure affecte la situation juridique de l'agent, si possible de façon importante, que ce soit sur le plan des prérogatives, sur le plan financier ou encore sur le plan moral.

On dit qu'il s'agit d'une sanction disciplinaire déguisée si l'auteur de la mesure d'ordre intérieur vise, par l'adoption de cette mesure, à punir son destinataire.

87. Par ailleurs, le contrôle des permis et certificats d'urbanisme au regard des plans urbanistiques renforce l'application des prescriptions de ces plans et assure leur efficacité.

Eu égard aux exigences de motivation qui s'imposent pour s'écarter des plans urbanistiques « souples », l'on peut se poser la question de savoir si ces plans sont réellement des normes de droit souple.

101 Bruxelles (18^e ch. fr.), 22 février 2018 précité, néanmoins cassé en 2022 (voy. *supra*, n° 12).

88. L'on évoque, enfin, l'hypothèse du non-respect d'un délai d'ordre, qui peut avoir une influence sur la compétence de l'administration.

Tel est le cas si la compétence de l'administration est dite facultative. Le cas échéant, il revient au Conseil d'État et aux juridictions judiciaires qui auraient à contrôler l'acte administratif unilatéral pris par l'administration concernée de constater l'illégalité de l'acte et de lui infliger la sanction correspondante – annulation ou refus d'application.

Le non-respect d'un délai d'ordre ne peut, en revanche, avoir d'influence sur la compétence de l'administration en cas de compétence obligatoire, puisque, dans ce cas, l'autorité administrative concernée demeure compétente, malgré le dépassement de l'échéance du délai d'ordre – toujours sous la réserve de la mise en demeure fondée sur l'article 14, § 3, des Lois coordonnées sur le Conseil d'État, lequel transforme le délai d'ordre en un délai de rigueur au bout de quatre mois.

Ainsi, le droit souple qu'incarne le délai d'ordre se durcit si la compétence – facultative – est, elle-même, « molle », c'est-à-dire facultative.

Sans doute peut-on y voir le résultat de la jurisprudence, mais il s'agit d'une jurisprudence établie de longue date.

*

88. L'action de l'administration se caractérise par ceci que l'autorité qui l'exerce est en mesure d'imposer unilatéralement sa volonté au citoyen.

La contrepartie du pouvoir exorbitant ainsi consenti tient en cela que cette action doit, pour ce faire, respecter un ensemble de règles et de principes qui s'imposent à elle. Ces prescriptions touchent tantôt à la compétence de l'auteur de l'acte, tantôt à la procédure d'adoption de ce dernier, tantôt encore à l'objet qui est le sien, aux motifs sur lesquels il repose ou au but qu'il poursuit.

Divers contrôles sont institués – les uns administratifs, d'autres juridictionnels – pour permettre au destinataire de l'action administrative de s'assurer que celle-ci a été menée dans le respect de l'ensemble des prescriptions qui s'imposent à elle.

89. En ayant égard à cette réalité et au bénéfice de l'étude que l'on achève, l'on peut se demander s'il n'existerait pas, en droit belge – et peut-être au-delà –, deux ordres de droit souple : un droit souple que l'on pourrait qualifier d'innoffensif et un droit souple que l'on pourrait qualifier d'offensif.

Le droit souple innoffensif grouperait l'ensemble des figures produisant des effets si insignifiants pour leurs destinataires qu'elles pourraient

échapper aux exigences de légalité qui encadrent l'exercice de l'action administrative et, partant, échapper aux contrôles administratifs et juridictionnels y relatifs. L'on pense, ici, par exemple, à la vraie circulaire, dite circulaire interprétative, ou à la vraie mesure d'ordre intérieur, telle la mutation d'un fonctionnaire dans l'intérêt du service.

Le droit souple offensif grouperait, pour sa part, l'ensemble des figures produisant des effets tellement significatifs pour leurs destinataires qu'elles ne sauraient échapper aux exigences de légalité qui encadrent l'exercice de l'action administrative et, partant, aux contrôles administratifs et juridictionnels y afférents. L'on songe, ici, par exemple, à la fausse circulaire, dite circulaire réglementaire, ou à la fausse mesure d'ordre intérieur, alors requalifiée en sanction disciplinaire déguisée ou, à tout le moins, en mesure grave.

90. L'existence des deux ensembles de droit souple ainsi envisagés n'empêcherait pas qu'il existe, entre eux, diverses formes de porosité.

Le profil des destinataires de la mesure en cause, la variété des circonstances entourant l'adoption de celle-ci, voire même la perception qu'auraient – ou l'émotion qu'éprouveraient – celles et ceux qui siègent au sein de l'autorité de contrôle, pourrait notamment conduire celle-ci à qualifier une même figure de droit souple d'offensive ou d'inoffensive en fonction de divers paramètres. L'on se rappelle, à cet égard, la lettre aux victimes et le communiqué de presse adressés par la ministre fédérale de la Santé publique dans l'affaire dite du Softenon. L'on songe aussi à certaines situations dans lesquelles l'autorité n'aurait pas respecté les lignes directrices d'un plan urbanistique « souple ». L'on peut encore penser à la manière dont l'autorité de contrôle pourrait appréhender *in concreto* le non-respect d'une recommandation.

91. En définitive, le droit souple n'est-il pas ce magma plus ou moins juridique qui s'inscrit aux abords du droit pour tantôt n'en être pas assez que pour en être, tantôt en être suffisamment que pour y être aggloméré ?

Le clairon annonçant sa venue serait sonné par celui ou celle à qui il est destiné, qui en subirait les effets et qui viendrait, par hypothèse, à s'en plaindre. Le verdict, quant à lui, ne tomberait qu'à l'issue de l'instruction opérée par l'autorité de contrôle dûment saisie, qui mesurerait, de son côté, le caractère offensif ou non de la figure de droit souple en cause au travers des retombées concrètes sur la situation de fait précise dont cette autorité aurait à connaître.

Le droit souple reposerait ainsi sur ce paradoxe qu'on ne saurait qu'à l'usage, et même au contrôle de cet usage, s'il s'agit vraiment de droit.

