



HAL
open science

Le contrôle juridictionnel du droit souple en Espagne

Denis Jouve

► **To cite this version:**

Denis Jouve. Le contrôle juridictionnel du droit souple en Espagne. La justiciabilité du droit souple, 2017. halshs-02412734

HAL Id: halshs-02412734

<https://shs.hal.science/halshs-02412734v1>

Submitted on 15 Dec 2019

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

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

Le contrôle juridictionnel du droit souple en Espagne

Denis Jouve

Maître de conférences à l'Université de Reims Champagne-Ardenne
Centre de Recherches Droit et Territoire (CRDT)

« Trois degrés d'élévation du pôle renversent toute la jurisprudence. (...) Vérité au-deçà des Pyrénées, erreur au-delà ». La relativité de la vérité judiciaire, énoncée par Pascal dans le Fragment 56 de ses pensées, trouve une nouvelle illustration dans le domaine du contrôle juridictionnel du droit souple. Il n'existe pas, à l'heure actuelle, en Espagne, de décision semblable aux arrêts *Fairvesta*¹ et *Numéricable*². Le juge administratif espagnol n'a pas systématisé les critères permettant de savoir à quelles conditions le droit souple peut être contesté. Pour autant, il ne méconnaît pas cet enjeu, mais la question de la justiciabilité du droit souple n'a été résolue qu'au cas par cas sans que le juge ne rende de décision de principe, ni n'établisse de grille d'analyse générale.

Il n'existe de spécificité espagnole ni concernant la définition du droit souple, ni à propos de ses outils. Son développement, depuis une quinzaine d'années, est comparable à celui observé dans les autres systèmes juridiques occidentaux. Si le contenu et le contenant du droit souple espagnol sont similaires à ce que connaît le droit français, le vocabulaire diffère. Divers termes correspondent à l'idée de droit souple³. On retrouve ainsi les expressions *derecho debil*, *derecho suave* ou *derecho blando* signifiant respectivement droit faible, droit doux ou droit mou. Cependant, le terme qui semble le plus en adéquation avec « droit souple » est celui de *derecho flexible*. Malgré l'embaras du choix des armes sémantiques, l'anglais *soft law*, au masculin, est celui qui est le plus utilisé par la doctrine.

Il est impossible de dégager une définition incontestable du droit souple car il n'existe pas de définition incontestable du droit. Prendre position sur la définition du droit souple revient donc à questionner la conception que l'on se fait du droit. Engager une telle étude dépasserait largement l'ambition de cet article. Faute de définition incontestable, il convient d'opter pour une conception largement partagée du droit souple afin d'offrir matière à comparaison avec la France. Le droit souple possède certains traits caractéristiques : son objectif est d'orienter le comportement des destinataires ; il est une source de droit fondée sur un « mandat

¹ CE, 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH e. a.*, n^{os} 368082, 368083, 368084.

² CE, 21 mars 2016, *Société NC Numéricable*, n^o 390023.

³ A. Galiana Saura, « Crisis de la capacidad regulativa y flexibilidad del derecho », *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 2010/21, p. 39.

d'optimisation »⁴ ; il s'agit de normes juridiques dépourvues de force obligatoire et de procédure fixe d'élaboration. Le critère de l'impossible contestation devant le juge administratif avancé parfois n'est pas pertinent car il revient à attribuer comme caractéristique de la notion de droit souple un élément de son régime qui n'est pas intangible, sans quoi, cette contribution n'aurait aucun intérêt. Si l'on considère le droit souple de manière trop stricte comme un acte n'ayant ni effet contraignant ni conséquence pour les destinataires, alors aucun recours n'est possible. Par contre, si l'on estime qu'entre les deux idéaux types que sont le droit dur pur et le droit souple pur, existent une multitude d'actes empruntant seulement une partie des attributs des deux pôles bornant le champ des possibles du droit, alors il est envisageable que certains de ces actes puissent être contestés devant un juge. Cette justiciabilité est nécessaire afin de contenir le fort caractère discrétionnaire de l'administration et des autorités de régulation dans leur édiction⁵.

En l'absence d'une jurisprudence créatrice ayant systématisé les conditions de recours contre les actes de droit souple, il convient de s'en remettre aux règles générales de la justice administrative⁶ et d'observer une jurisprudence en ordre dispersé. L'organisation juridictionnelle administrative est différente en Espagne. Il n'existe qu'un seul ordre de juridiction, des chambres administratives prennent en charge le contentieux administratif au sein des juridictions⁷. En outre, la justice administrative présente un caractère moins vertical qu'en France où le Conseil d'Etat fait office de figure tutélaire du droit administratif. La chambre administrative du Tribunal Suprême, plus haute juridiction ordinaire espagnole, possède moins de poids que le Conseil d'Etat sur la jurisprudence et le droit administratif. Il est ainsi fréquent que des disparités de jurisprudence existent entre les chambres administratives des juridictions inférieures et celle du Tribunal Suprême. Enfin, bien que cette caractéristique du droit administratif français s'estompe, le juge administratif espagnol a un rôle créateur moindre que son homologue français, tant le droit administratif espagnol trouve sa source essentiellement dans la loi.

À défaut de pouvoir compter sur une jurisprudence similaire aux arrêts *Fairvesta* et *Numéricable*, le droit administratif espagnol connaît des solutions au cas par cas analogues aux

⁴ D. Sarmiento, *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Civitas, 2008, p. 103.

⁵ Sur le caractère discrétionnaire des actes de droit souple : G. Ariño Ortiz, « El control judicial de las entidades reguladoras. la necesaria expansión del estado de derecho », *RAP*, 2010, n° 182, p. 19 ; J. J. Montero Pascual, « La actividad administrativa de regulación: definición y régimen jurídico », *Revista digital de Derecho Administrativo*, 2014/12, p. 31

⁶ Comme en droit français, l'essentiel du droit souple issu de l'administration et des autorités de régulation est justiciable devant le juge administratif.

⁷ Pour une présentation en français de l'organisation juridictionnelle et de la procédure administrative : G. Pellissier, « Aperçus sur le contentieux administratif espagnol », *RFDA*, 2008, pp. 825-837.

solutions rendues à l'occasion de ces affaires. Malgré l'absence de solution systématique, pouvant laisser penser à une immunité juridictionnelle du droit souple, il existe de nombreuses décisions éparses formant un état du droit positif espagnol qui, certes en pièces détachées, n'est pas si éloigné du droit français. Ainsi, malgré l'apparente immunité juridictionnelle des actes de droit souple en Espagne (I), un contrôle de ces actes est mis en œuvre par des décisions dispersées (II).

I. L'apparente immunité juridictionnelle des actes de droit souple

L'obstacle principal à la justiciabilité du droit souple se situe au niveau de la théorie des actes de l'administration et particulièrement de la théorie des actes attaquables (A). L'irrecevabilité qui en découle pour les recours contre les actes de droit souple apparaît en confrontation avec les principes fortement ancrés de contrôle de l'administration (B).

A. Un obstacle lié à la théorie des actes administratifs attaquables

Le champ de l'activité administrative susceptible de recours est précisé à l'article 25 de la loi de 1998 sur la justice administrative⁸. Peuvent être contestés devant le juge administratif les actes administratifs mettant fin à la voie administrative⁹, les règlements¹⁰, les actions constitutives de voie de fait¹¹ et l'inactivité administrative. Seuls les deux premiers types d'actes sont pertinents concernant la justiciabilité du droit souple. Aux termes de l'article 25, sont également attaquables les actes préparatoires ou formalités¹², seulement s'ils décident directement ou indirectement du fond de l'affaire ou produisent un préjudice irréparable aux droits et intérêts légitimes du requérant.

⁸ Loi 29/1998, 13 juillet 1998 relative à la juridiction contentieuse administrative, *BOE* n° 167, 14 juillet 1998.

⁹ Le recours contre les actes administratifs est subordonné à l'épuisement des voies de recours administratives. Le recours s'effectue contre la dernière de ces décisions.

¹⁰ Les règlements sont nommés également dispositions administratives de caractère général. En Espagne, l'acte administratif est distinct du règlement. Le règlement est donc un acte de l'administration mais n'entre pas dans la catégorie des actes administratifs. L'acte administratif, général ou individuel, est un acte d'application du droit créé par le règlement.

¹¹ La *via de hecho* en Espagne ne doit pas être confondue avec la voie de fait française. La voie de fait, en Espagne, regroupe les actions de l'administration prises en dehors de tout fondement normatif, c'est-à-dire en dehors du champ de compétence ou en marge de la procédure (art. 51.3 de la loi 29/1998).

¹² Il n'existe pas vraiment d'équivalent aux *actos de trámite* en France. Il s'agit d'actes qui, en principe, ne produisent pas d'effet juridique direct ; ce sont des actes et actions intermédiaires menant à un acte administratif définitif. La plupart de ces actes ne sont pas susceptibles de recours.

Une norme de droit souple ne remplit *a priori* pas les conditions pour être considérée comme un acte attaquant dans la mesure où elle n'est ni un acte administratif, ni un règlement¹³. L'acte de droit souple ne possède ni force obligatoire, ni n'est soumis à la même procédure d'édiction qu'un règlement. Dans la plupart des cas, il ne présente pas le même degré de formalisme¹⁴. D'autre part, même si certaines mesures peuvent s'en approcher, la définition de l'acte administratif¹⁵ est trop stricte pour incorporer les actes de droit souple. L'acte administratif est défini comme une déclaration de volonté, de jugement, de connaissance réalisée par l'administration dans l'exercice d'une puissance distincte de la puissance réglementaire¹⁶. L'essence de l'acte administratif est donc de produire une manifestation de volonté formelle, de posséder un effet contraignant ou décisif¹⁷. En outre, les actes administratifs sont notifiés et s'adressent à un bénéficiaire ou à un ensemble de bénéficiaires, ce qui n'est pas le cas de nombre d'actes de droit souple.

Si l'on s'en tient à une lecture stricte de la théorie générale de l'acte administratif en droit espagnol, le droit souple ne peut être utilisé que comme outil d'interprétation d'une norme de droit dur¹⁸, mais n'est pas lui-même un objet de contrôle ou un paramètre de jugement de la validité d'un acte administratif. Par exemple, le Tribunal suprême estime que des directives de l'OCDE en matière de prix de transfert à l'intention des entreprises multinationales et des administrations fiscales ne sont pas sources de droit et ne peuvent être invoquées au service de l'annulation d'un acte administratif. Elles ne disposent que d'une valeur interprétative¹⁹. La seule possibilité serait alors d'obtenir une indemnisation à la suite d'un dommage produit par la norme de droit souple²⁰. Malgré le caractère objectif de la responsabilité de l'administration en Espagne, et partant, l'absence de nécessité de démontrer une faute, il ne semble pas que de tels recours aient déjà abouti.

Cette réticence au contrôle juridictionnel du droit souple étonne car le droit espagnol est marqué, depuis la fin de la dictature et le renouveau démocratique, par la nécessité de contrôler largement l'activité de l'administration.

¹³ D. Sarmiento, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴ *Ibid.* p. 92.

¹⁵ T. R., Fernández, E. García de Enterría, *Curso de derecho administrativo. Tomo 1*, Civitas, 2013, 16^e éd., p. 569.

¹⁶ R. Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, 2012, p. 44.

¹⁷ T. R., Fernández, E. García de Enterría, *op. cit.*, p. 572 ; F. González Botija, « Los otros actos administrativos y su acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa », *RAP*, 2005, n° 167, p. 223.

¹⁸ D. Sarmiento, *op. cit.*, p. 71.

¹⁹ Tribunal Suprême, chambre administrative, 19 octobre 2016, n° 2558/2015.

²⁰ L'action qui détermine le dommage est un acte illicite ou une conduite matérielle mais le fondement de cette activité sera un instrument de droit souple.

B. Une immunité contraire à l'exigence renforcée de contrôle de l'administration

La volonté d'un contrôle étendu de l'administration après les nombreux abus de la dictature franquiste s'accommode mal de l'immunité accordée aux actes de droit souple. L'irrecevabilité des recours contre les actes de droit souple entre en confrontation à la fois avec les dispositions de la Constitution espagnole de 1978 et avec l'exposé des motifs de la loi sur la justice administrative de 1998.

La Constitution espagnole de 1978 met en avant le contrôle de l'administration et sa soumission au respect des droits et libertés fondamentaux des citoyens dans diverses dispositions. L'étendue de l'office du juge administratif repose sur plusieurs fondements constitutionnels : l'article 9 qui soumet les pouvoirs publics à la Constitution et aux autres normes juridiques ; l'article 103 qui soumet pleinement au droit l'administration publique, ainsi que l'article 106.1 aux termes duquel les tribunaux contrôlent le pouvoir réglementaire et la légalité des activités de l'administration publique. En outre, l'immunité totale des actes de droit souple entrerait en opposition avec l'article 24.1 de la Constitution qui consacre le droit à une protection juridictionnelle effective. Il en résulte la nécessaire limitation des actes et activités de l'administration insusceptibles de recours. La violation de cet article ouvre la voie au recours d'*amparo*, recours constitutionnel direct destiné à protéger les droits fondamentaux. Un tel recours a pu être jugé recevable, par exemple, contre le refus du juge administratif de connaître d'une instruction ministérielle sur l'accès de professeurs de religion à la fonction publique²¹.

La loi du 13 juillet 1998 sur la juridiction administrative établit un champ large de l'office du juge administratif dans le but de dépasser une conception restreinte de l'annulation des actes administratifs et d'« ouvrir définitivement la possibilité d'obtenir justice face à tout comportement illicite de l'administration »²². La loi soumet l'activité de l'administration au droit dans toutes les actions qu'elle réalise en tant que pouvoir public. Ce domaine d'action élargi du juge administratif inclut les autorités de régulation. Le Tribunal suprême a précisé que ces dernières constituent des organisations à caractère public même si elles sont indépendantes²³. Leur indépendance ne les exempte donc pas des règles communes qui gouvernent l'action des administrations publiques²⁴.

²¹ Tribunal constitutionnel, 20 mars 1990, n° 47/1990. En l'espèce, le contrôle était nécessaire car l'instruction produisait des effets au-delà de la simple administration.

²² Exposé des motifs de la loi n° 29/1998, 13 juillet 1998.

²³ Tribunal Suprême, chambre administrative, 23 mai 2005 n° 2414/2002.

²⁴ G. García Álvarez, « Los poderes normativos de las administraciones independientes en el ámbito económico », *RAP*, 2006, p. 161.

Même si la théorie des actes administratifs laisse peu de place à un recours contre un acte de droit souple pur, il existe de nombreux actes hybrides que le juge accepte de contrôler. Confronté à des actes juridiques réticents à une catégorisation au sein de l'activité administrative susceptible de recours, le juge administratif ne pouvait admettre la remise en cause du modèle de justice administrative. Il accepte ainsi de connaître de certains actes de droit souple en assouplissant, sans les dénaturer, les textes encadrant les actes de l'administration attaquables.

II. Les possibilités éparses de contrôle juridictionnel du droit souple

Malgré l'absence de construction générale par le juge administratif des conditions de recours contre un acte de droit souple et l'absence de solution de principe, il existe des décisions isolées, outil par outil, secteur par secteur, qui permettent d'attaquer de telles normes. Un recours est possible évidemment quand une norme de droit souple se pare de certains habits du droit dur, comme c'est le cas de certaines circulaires (A), mais des outils de droit souple se rapprochant du droit souple pur peuvent aussi être contestés. Plusieurs recours contre des mesures de la Commission nationale du marché de valeurs (ci-après CNMV) en fournissent une illustration (B).

A. Le contrôle des circulaires à caractère réglementaire

Le terme de circulaire possède un sens plus large qu'en droit français ; il comprend notamment les instructions ou lignes directrices. Au-delà de leur appellation, les circulaires peuvent contenir des dispositions normatives et se rapprocher du droit dur²⁵. Malgré la diversité des termes, on peut distinguer deux types de circulaires : les circulaires *ad intra*²⁶ qui s'adressent aux organes hiérarchiquement subordonnés au sein de l'administration et les circulaires qui ont essentiellement des effets *ad extra*²⁷, c'est-à-dire à l'égard des tiers. Les circulaires n'entrent ni dans la catégorie des actes administratifs, ni dans celle des règlements et ne sont pas, en principe, soumises au contrôle juridictionnel.

²⁵ C'était le cas, par exemple, des circulaires de la Banque d'Espagne adressées aux établissements financiers (art. 3 de la loi 13/1994 du 1 juin 1994 sur l'autonomie de la Banque d'Espagne, *BOE* n° 131, 2 juin 1994).

²⁶ Selon le Tribunal Suprême, un acte qui possède un effet *ad intra* a force obligatoire pour les subordonnés qui découle non pas de son caractère normatif mais du principe de hiérarchie : Tribunal Suprême, chambre administrative, 16 février 2007, n° 220/2003.

²⁷ Sur la distinction entre effets *ad intra* et *ad extra* cf. Ricardo Alonso García, « El soft law comunitario », *RAP*, 2001, n° 154, pp. 64-65.

Les circulaires ou instructions possédant des effets *ad intra* sont issues de l'article 6 de la loi sur le régime juridique du secteur public²⁸. Elles sont principalement destinées aux services administratifs. En général, elles n'ont pas d'effet contraignant ; elles ne sont donc pas susceptibles de contrôle juridictionnel²⁹. L'article 6.2 de la loi précise même que leur violation par d'autres actes juridiques n'entraîne pas leur annulation. Si elles sont destinées à produire des effets, elles doivent être publiées. Elles peuvent avoir un caractère réglementaire, sans pour autant être des règlements, et sont alors attaquables. La justiciabilité des circulaires dépend donc de leur contenu³⁰, aux termes d'une approche matérielle. Une simple opération préparatoire ou instruction ne peut être contestée devant le juge³¹ contrairement à une circulaire contenant une norme contraignante³². Dans cette situation, un recours d'*amparo* est même possible en cas d'atteinte aux droits fondamentaux³³. En somme, les circulaires sont attaquables quand elles se rapprochent matériellement et formellement d'un acte de droit dur.

Concernant les circulaires des autorités de régulation, celles-ci possèdent essentiellement des effets *ad extra*, c'est-à-dire en dehors de l'administration elle-même. Elles s'adressent en général à une pluralité d'opérateurs économiques. Elles peuvent être le vecteur du pouvoir réglementaire et sont alors logiquement attaquables³⁴. La loi prévoit parfois elle-même la force contraignante et l'obligation de publication de certaines circulaires ; c'est le cas de celles établies par la Commission nationale des marchés et de la concurrence³⁵. Bien que le recours contre certaines circulaires des autorités de régulation soit parfois recevable³⁶, il est souvent rejeté sur le

²⁸ Le terme de circulaire a été remplacé, depuis 1992, par ceux d'instructions et de notes de service. Néanmoins, ce changement de nom dans les textes ne condamne pas l'utilisation du terme circulaire : article 6 de la loi 40/2015 du 1^{er} octobre 2015 portant sur le régime juridique du secteur public, BOE n° 236 du 2 octobre 2015. Ces circulaires trouvaient leur place auparavant à l'article 21 de la loi 30/1992.

²⁹ Elles peuvent être utilisées seulement comme outil d'interprétation : V. Manteca Valdelande, « Instrumentos reguladores internos de las Administraciones Públicas, *Actualidad administrativa* », 2015/5.

³⁰ La forme d'un acte n'est pas pertinente pour déterminer sa nature, il faut se référer à son contenu : Tribunal Suprême, chambre administrative, 21 juin 2006 n° 3837/2000. Les circulaires et instructions peuvent donc être des dispositions de caractère général : M. Moreno Rebato, « Circulares, instrucciones y ordenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico », *RAP*, 1998, n° 147, p. 168.

³¹ J. Vicente Morote Sarrion, *Las circulares normativas de la administración pública*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 348 ; J. Gonzalez Pérez et F. Gonzalez Navarro, *Comentarios a ley de régimen jurídico de las administraciones públicas*, Tome 1, Civitas, 1999, 2^e éd., pp. 786-787. Voir notamment : Tribunal Suprême, chambre administrative, 10 février 1997, n° 9496/1991.

³² C'est le cas de circulaires contenant des normes contraignantes : Tribunal Suprême, chambre administrative, 27 novembre 1989, (juge J. M. Reyes Monterreal) ; Tribunal Suprême, chambre administrative, 3 mars 1997, n° 4120/1991.

³³ Tribunal constitutionnel, 20 mars 1990, n° 47/1990 ; Tribunal constitutionnel, 23 mai 1994, n° 150/1994.

³⁴ Audience Nationale, chambre administrative, 16 novembre 2005, n° 237/2004.

³⁵ Elle peut édicter des circulaires et communications avec force obligatoire : Article 30 de la loi 3/2013, 4 juin 2013, portant création de la Commission nationale des marchés et de la concurrence, BOE n° 134, 5 juin 2013.

³⁶ Par exemple : recours contre une circulaire de la Commission nationale du système électrique sur l'obtention d'informations comptables : Tribunal Suprême, chambre administrative, 6 mai 2004, n° 6824/2004 ; recours contre

fond³⁷ car les entités de régulation disposent d'un pouvoir discrétionnaire technique, dénommé aussi doctrine des références propres³⁸. Il s'agit d'un espace de décision de l'administration que la juridiction administrative refuse de contrôler de manière approfondie, faute de l'expertise technique suffisante. Le juge administratif est alors en situation de déférence à l'égard de l'autorité de régulation ; il restreint son contrôle à l'arbitraire et à la disproportion.

Les circulaires peuvent donc être soumises au juge quand leur caractère souple n'est pas dominant, et ce, sans avoir à remettre en cause ou affaiblir la théorie des actes administratifs attaques. La situation des actes de certaines autorités de régulation – particulièrement la CNMV – est plus intéressante car le juge admet qu'un requérant puisse les contester alors qu'elles sont proches d'un acte de droit souple pur.

B. Le contrôle de certains actes de droit souple émis par la CNMV

La CNMV, équivalente espagnole de l'AMF, dispose d'une pluralité d'outils de droit souple à sa disposition. Certains, comme les circulaires sont souvent suffisamment contraignants pour pouvoir être attaqués sans difficulté³⁹ ; d'autres plus souples ont été source de profondes interrogations et ont parfois suscité des évolutions jurisprudentielles.

Les entreprises émettent des brochures informatives (*folletos*) à l'occasion de la vente ou l'admission de titres⁴⁰. Ces documents doivent être approuvés par la CNMV avant d'être publiés en vue d'informer le public et les investisseurs. Des questions se sont posées sur leur nature et partant sur leur justiciabilité. L'approbation par la CNMV constitue-t-elle un acte administratif, un simple acte préparatoire ou alors un acte préparatoire qui peut décider du fond de l'affaire et

une circulaire de la Commission du marché des télécommunications sur la présélection d'opérateurs par les opérateurs dominants : Tribunal Suprême, chambre administrative, 20 décembre 2004, n° 743/2002.

³⁷ Par exemple, à propos d'une circulaire de la Commission du marché des télécommunications, le Tribunal Suprême accepte de connaître du recours car elle présente un caractère réglementaire, mais sur le fond rejette le recours car la détermination d'une zone non rentable a un caractère technique : STS, chambre administrative, 10 juillet 2007, n° 11387/2004. Sur cette question cf. A. Betancor, *Regulación: Mito y Derecho. desmontando el mito para controlar la intervencion de los reguladores económicos*, Aranzadi, 2010, p. 518 ; J. J. Montero Pascual, article précité, p. 39 ; J. Esteve Pardo, « La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional » in S. Muñoz Machado dir., *Derecho de la Regulación Económica. Volume 1: Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, 2009, p. 906.

³⁸ C. Perdomo Villamil, « Control judicial de la regulación económica en clave de los actos administrativos proferidos por la Comisión de regulación de comunicaciones », *Revista Digital de derecho administrativo*, 2014/12, p. 87 ; J. Esteve Pardo, article précité, p. 900.

³⁹ Le décret-loi royal établissant la CNMV va plus loin puisqu'il prévoit que les dispositions édictées par cette autorité de régulation, y compris les circulaires, seront soumises au contrôle du juge. Cette possibilité résulte de la lecture combinée des articles 21 et 22 du décret-loi royal 4/2015 du 23 octobre 2015 qui approuve la modification de la loi sur le marché de valeurs, *BOE* n° 255, 24 octobre 2015.

⁴⁰ Il en existe aussi pour les OPA.

être attaqué ? Dans un premier temps, le juge administratif espagnol a décidé de l'immunité juridictionnelle de ce type d'acte⁴¹. Il a estimé que l'approbation par la CNMV constituait un simple enregistrement, dénué de force obligatoire. Selon la haute juridiction espagnole, les effets juridiques proviennent de l'opération sur le capital de l'entreprise et non de l'information en elle-même. Le Tribunal Suprême a finalement procédé à un revirement de jurisprudence et a décidé d'accueillir les recours formés contre cet acte de droit souple, par une décision du 9 octobre 2008⁴². Il estime que la brochure d'information possède une signification juridique plus pertinente qu'un simple acte préparatoire. Elle constitue l'acte final de la procédure de vérification et de supervision de l'information. Une information juste, précise, conforme aux autres normes est déterminante pour défendre l'intérêt général sur le marché. Le contrôle juridictionnel est donc nécessaire⁴³ car il est fondamental qu'un tel document soit exempté de graves vices pouvant mettre en danger les intérêts des investisseurs et entraîner des discriminations entre opérateurs⁴⁴. Le droit souple devient ici une activité administrative attaquable en marge de la théorie des actes administratifs, par la seule volonté du juge, dans le but de protéger les citoyens de certains effets indésirables⁴⁵.

La CNMV dispose d'autres outils de droit souple comme les mises en garde ou avertissements. Elle peut adresser deux types de mises en garde au public à propos du comportement d'un opérateur dans le but de protéger le marché et les investisseurs⁴⁶. D'une part, elle veille à la protection des investisseurs en développant la diffusion d'une information nécessaire à cette fin. Ainsi, des mises en garde aux entités non autorisées à fournir des services d'investissement sont émises. D'autre part, la CNMV a la faculté d'adopter des mesures additionnelles à l'ouverture d'une procédure de sanction lui permettant d'avertir le public de l'existence d'une telle conduite et, par exemple, de l'interdiction pour l'opérateur en infraction de fournir des services d'investissement. Ces mises en garde sont informelles et dépourvues de force obligatoire ; elles ne constituent en aucun cas un acte administratif ou un règlement. Néanmoins, ces mesures peuvent avoir une incidence négative sur le prestige des entreprises faisant l'objet de mises en garde. Pour l'heure, ces mesures de droit souple n'ont semble-t-il pas été au cœur de contentieux. Si l'on s'en réfère à l'évolution jurisprudentielle concernant les brochures

⁴¹ Audience Nationale, chambre administrative, 13 octobre 2005, n° 218/2002.

⁴² Tribunal Suprême, chambre administrative, 9 octobre 2008, n° 529/2006.

⁴³ A. Betancor, *op. cit.*, p. 506.

⁴⁴ En l'espèce, le juge n'annule pas au fond. Dans le même sens : Tribunal Suprême, chambre administrative, 25 novembre 2008, n° 1931/2006 : la brochure respecte les principes de publicité et de transparence.

⁴⁵ On peut alors parler de « finalité instrumentale » (M. Moreno Rebato, article précité, p. 199).

⁴⁶ B. Belando Garín, « Reflexiones sobre la actividad administrativa informal al hilo de las nuevas advertencias al Público de la Comisión nacional del Mercado de Valores », *REDA*, 2005, n° 125, pp. 101-115 ; F. González Botija, article précité, p. 237.

informatives, on peut envisager que la mise en garde, de par ses effets sur le marché et les opérateurs économiques, puisse être soumise au contrôle du juge⁴⁷.

En définitive, les solutions apportées par la jurisprudence espagnole recoupent en partie celles du juge français. Ainsi, il existe deux voies pour attaquer un acte de droit souple : soit il contient des dispositions générales impératives ou énonce des prescriptions individuelles⁴⁸ et le droit espagnol le soumet au régime contentieux des actes administratifs, soit il produit des effets notables ou influe sur le comportement des personnes⁴⁹ et alors le recours est recevable. Malgré l'absence de systématisation, il n'y a donc pas d'immunité des actes de droit souple. Outre la recevabilité, le débat doit porter sur l'intensité de ce contrôle car les annulations d'actes de droit souple demeurent rares, le juge administratif étant réticent à censurer les autorités de régulation ou l'administration dans des domaines techniques nécessitant un haut degré d'expertise. Le contrôle du droit souple reste un enjeu majeur car le pouvoir politique invente continuellement de nouveaux titres d'intervention⁵⁰. Malgré l'avancée significative qu'elle constitue, il est donc impossible de se satisfaire de la seule recevabilité des recours contre ce type d'acte.

⁴⁷ Le droit espagnol rejoindrait alors, sur ce point, le droit français, puisque de telles mises en garde sont au cœur de l'affaire *Faivesta*.

⁴⁸ Critères dégagés par CE, *Sté ITM Entreprise*, 11 oct. 2012, n° 346378, 346444.

⁴⁹ Critères dégagés par les arrêts *Faivesta* et *Numericable*.

⁵⁰ G. Ariño Ortiz, Préface à *Precios y tarifas en sectores regulados*, FER-Comares, 2001, p. 9.