



PAULINE DELENTAIGNE,
avocate,
EY société d'avocats



THIBAUT MERCIER,
élève avocat,
Ixad

Droit souple

Issues de la réforme de la fonction publique, les lignes directrices de gestion (LDG) sont un nouvel outil managérial qui ne doit pas nuire au pouvoir d'appréciation des chefs de service.

Risque contentieux

Les administrations se doivent d'être très vigilantes lors de la rédaction des LDG afin de minimiser le risque contentieux non négligeable.

Orientations générales

Afin d'éviter tout litige contentieux, et de se conformer au régime du droit souple, les LDG ne doivent contenir que des orientations générales.

Fonction publique Les lignes directrices de gestion, à manier avec précaution



L'article 30 de la loi n° 2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique a instauré les lignes directrices de gestion (LDG) dans les trois versants de la fonction publique (1). Les LDG sont de deux ordres. La loi distingue, d'une part, celles relatives à la stratégie pluriannuelle de pilotage des ressources humaines, entrées en vigueur le 2 décembre 2019, d'autre part, celles relatives aux orientations générales en matière de promotion et de valorisation des parcours, qui seront applicables à compter du 1^{er} janvier 2021. L'instauration de ce nouvel outil juridique traduit une pratique ancienne mais jusqu'alors non encadrée.

OUTIL DE DROIT SOUPLE

Les LDG n'ont pas vocation à se substituer aux règles statutaires, ni aux principes constitutionnels, législatifs et généraux du droit: il s'agit dès lors d'un outil de droit souple, elles ne doivent fixer que des orientations générales. La loi du 6 août 2019 précise que les LDG portant sur la mobi-

lité pour la fonction publique d'Etat, ainsi que celles relatives à la promotion et la valorisation des parcours interviennent «sans préjudice du pouvoir d'appréciation de l'autorité compétente en fonction des situations individuelles, des circonstances ou d'un motif d'intérêt général».

VOLONTÉ DU LÉGISLATEUR

La volonté du législateur ne fait alors aucun doute: inscrire ce nouvel outil normatif dans la vague du droit souple. Le droit «souple» qui a pour vocation d'accompagner la mise en œuvre du droit «dur» peut être défini, selon le Conseil d'Etat (2), comme l'ensemble des instruments qui:
- ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion;
- par leur contenu et leur mode d'élaboration, pré-

sentent un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit;

- ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires.

Pour circonscrire les LDG à du droit souple, le législateur a repris les limites fixées par le Conseil d'Etat dans sa décision «Crédit foncier de France» (3), selon laquelle: «Une autorité administrative qui ne dispose pas du pouvoir réglementaire en la matière peut encadrer l'action de l'administration dans le but d'en assurer la cohérence en déterminant, par la voie de lignes directrices et sans édicter de condition nouvelle, des critères permettant de mettre en œuvre un texte qu'elle est chargée d'appliquer, sous réserve de motifs d'intérêt général conduisant à y déroger et de l'appréciation particulière de chaque situation.»

L'instauration du droit souple dans la fonction publique, par le biais des LDG, fait ainsi écho aux préconisations du Conseil d'Etat dans son étude annuelle de 2013 dédiée à cette notion (4).

RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE

Un équilibre dans la gestion des agents publics entre rigidité et souplesse est recherché. D'un côté se trouvent les dispositions législatives et réglementaires qui forment le droit statutaire marqué par sa rigidité. Ces règles ont pour objectifs, dans le cadre d'une gestion de masse, d'assurer, aux agents, une égalité de traitement par le biais de règles transparentes. A cela s'oppose le principe du pouvoir d'appréciation réservé aux autorités administratives, synonyme d'une grande souplesse.

Les LDG ont alors pour vocation d'exercer un rôle pivot entre cette rigidité et cette souplesse. Elles permettent ainsi d'édicter, par une norme de droit souple publiée et donc portée à la connaissance des agents, les critères selon lesquels l'autorité hiérarchique entend apprécier les situations particulières qui lui sont soumises. Elles s'imposent à l'autorité compétente qui peut toutefois y déroger, sous couvert de son pouvoir

À NOTER

Les lignes directrices de gestion permettent d'édicter, par une norme de droit souple publiée, les critères selon lesquels l'autorité hiérarchique entend apprécier les situations particulières qui lui sont soumises.

d'appréciation, à la condition de justifier de circonstances particulières ou d'un motif d'intérêt général. En cela, les LDG ne peuvent être assimilées aux conventions collectives que l'on retrouve en droit du travail. Si, pour la «transformation de la fonction publique», le législateur s'est fortement inspiré du droit du travail, il a veillé à en garder les spécificités.

OUTIL POTENTIELLEMENT SOURCE DE CONTENTIEUX

Les LDG sont, en principe, insusceptibles de recours direct devant le juge administratif de l'excès de pouvoir sous réserve de l'absence de caractère impératif.

RECOURS LIMITÉ

Cependant, il est traditionnellement jugé par la juridiction administrative que :

«L'interprétation par voie, notamment, de circulaires ou d'instructions que l'autorité administrative donne des lois et règlements qu'elle a pour mission de mettre en œuvre n'est pas susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir lorsque, étant dénuée de caractère impératif, elle ne saurait, quel qu'en soit le bien-fondé, faire grief; qu'en revanche les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger; que le recours formé à leur encontre doit être accueilli si ces dispositions fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou si, alors même qu'elles ont été compétemment prises, il est soutenu à bon droit qu'elles sont illégales pour d'autres motifs; qu'il en va de même s'il est soutenu à bon droit que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elle entendait expliciter, soit réitère une règle contraire à une norme juridique supérieure» (5).

Il ne fait aucun doute que cette jurisprudence s'appliquera aux LDG. Par conséquent, si compte tenu de sa rédaction, une LDG a un caractère impératif, le recours en annulation introduit à son encontre sera recevable. En conséquence, la rédaction des LDG devra faire l'objet d'une attention toute particulière afin d'éviter de leur conférer un caractère impératif en y

RÉFÉRENCE

Loi n°2019-828 du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, art. 30.

apportant, par exemple, trop de précisions. Les LDG doivent conserver un caractère indicatif.

Par ailleurs, au regard du mouvement d'extension de la justiciabilité du droit souple, la recevabilité d'un recours direct contre une LDG est fort probable. Par un mouvement jurisprudentiel récent, le Conseil d'Etat (6) a assoupli les critères de recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les actes de droit souple.

Ainsi, il vient d'être jugé que : «Les documents de portée générale émanant d'autorités publiques, matérialisés ou non, tels que les circulaires, instructions, recommandations, notes, présentations ou interprétations du droit positif, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils sont susceptibles d'avoir des effets notables sur les droits ou la situation d'autres personnes que les agents chargés, le cas échéant, de les mettre en œuvre. Ont notamment de tels effets ceux de ces documents qui ont un caractère impératif ou présentent le caractère de lignes directrices.»

Il ressort de cette jurisprudence que, le Conseil d'Etat «est de plus en plus accueillant à l'égard de mesures dépourvues d'effets juridiques propres mais qui produisent des effets notables d'une autre nature». Comme le souligne le rapporteur public dans ses conclusions sous l'affaire «Gisti» précitée, la volonté est d'ouvrir le droit au recours contre les actes servant de référence à l'administration dans l'exercice de ses compétences. Dorénavant, le critère du juge administratif ne sera plus focalisé sur l'impérativité des documents mais sur ses effets, soit leur incidence effective sur les droits et la situation des administrés à travers leur utilisation.

Ainsi, il ne fait plus aucun doute qu'avec cette nouvelle approche pragmatique, le juge administratif jugera recevable des recours pour excès de pouvoir contre certaines LDG qui par leur nature serviront de référence à leurs administrations dans

la mise en œuvre de leurs politiques «RH» et auront des effets notables à l'égard des agents.

RECOURS POSSIBLE PAR VOIE D'EXCEPTION

Les LDG produisent indéniablement des effets indirects à l'égard des agents. En effet, l'administration sera amenée à prendre des décisions individuelles à l'égard de ses agents en s'appuyant sur les LDG qu'elle aura établies. Dès lors, une LDG pourra être contestée par la voie de l'exception d'illégalité à l'occasion d'un recours formé contre une décision individuelle prise en application de celles-ci. Un agent pourra donc arguer de l'illégalité de la décision prise sur le fondement d'une LDG qu'il juge irrégulière et soulever dès lors des moyens d'illégalité à l'encontre de la ligne directrice.

En outre, dans le cas d'une décision individuelle ne suivant pas les indications des LDG, l'agent pourra soulever le bénéfice des critères contenus dans les LDG de son administration. Cette dernière devra pour défendre la légalité de sa décision, être en mesure de justifier de circonstances particulières ou d'un motif d'intérêt général.

Par conséquent, si le recours direct à l'encontre d'une LDG n'est pas ouvert, le juge administratif pourra tout de même être amené à en apprécier la légalité. ●

(1) Loi n°84-16 du 11 janvier 1984 (FPE), art. 18; loi n°84-53 du 26 janvier 1984 (FPT), art. 33-5; loi n°86-33 du 9 janvier 1986 (FPF), art. 26.

(2) Etude annuelle de 2013 du Conseil d'Etat sur le droit souple.

(3) CE, 11 décembre 1970, req. n°78880.

(4) Préconisation n°2 de l'étude annuelle de 2013 du Conseil d'Etat sur le droit souple : «inciter les administrations à recourir, lorsque c'est approprié, aux directives au sens de la jurisprudence Crédit foncier de France [...] pour la définition d'orientations en matière de gestion des agents publics».

(5) CE, 18 décembre 2002, req. n°233618.

(6) CE, 12 juin 2020, req. n°418142.