Les rapports du Conseil d'État

(ancienne collection
Étude et documents du Conseil d'État)

Fondateur

René Cassin

Comité de direction

Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État.

Yves Robineau, Bernard Stirn, Henri Toutée, Olivier Dutheillet de Lamothe, Bernard Pêcheur, Philippe Martin, Christian Vigouroux, présidents de section, François Séners, secrétaire général du Conseil d'État.

Jacky Richard, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études.

Directeur de la publication : Christian Vigouroux, président de la section du rapport et des études.

Secrétaire de rédaction : Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)

- Collectivités publiques et concurrence (EDCE n° 53), 2002.
- Perspectives pour la fonction publique (EDCE n° 54), 2003.
- Un siècle de laïcité (EDCE n° 55), 2004.
- Responsabilité et socialisation du risque (EDCE n° 56), 2005.
- Sécurité juridique et complexité du droit (EDCE n° 57), 2006.
- L'administration française et l'Union européenne :
- Quelles influences ? Quelles stratégies ? (EDCE n° 58), 2007.
- Le contrat, mode d'action publique et de production de normes (EDCE n° 59), 2008.
- Droit au logement, droit du logement (ECDE n° 60), 2009.
- L'eau et son droit (ECDE n° 61), 2010.
- Consulter autrement, participer effectivement, (EDCE n° 62), 2011.
- Les agences : une nouvelle gestion publique ? - étude annuelle 2012, n° 63, 2012.
- Le droit souple - étude annuelle 2013, n° 64, 2013.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Redevances pour service rendu et redevances pour occupation du domaine public, 2002.
- Collectivités territoriales et obligations communautaires, 2004.
- L'avenir des juridictions spécialisées dans le domaine social, 2004.
- Le cadre juridique de l'action extérieure des collectivités locales, 2006.
- Inventaire méthodique et codification du droit de la communication, 2006.
- Pour une politique juridique des activités spatiales, 2006.
- Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national, 2007.
- Le droit de préemption, 2008.
- L'implantation des organisations internationales sur le territoire français, 2008.
- Les recours administratifs préalables obligatoires, 2009.
- La révision des lois bioéthiques, 2009.
- Les établissements publics, 2010.
- Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2011.
- Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.

Collection « Droits et Débats »

- Le droit européen des droits de l'homme, 2011.
- Les développements de la médiation, 2012.
- La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, 2012.
- La démocratie environnementale, 2012.
- Consulter autrement, participer effectivement, 2012.
- Santé et justice : quelles responsabilités ?, 2013.
- Le patrimoine immatériel des personnes publiques, 2013.
- Les agences : une nouvelle gestion publique ?, *à paraître en 2013*.

Le droit souple

- Avant-propos 5
- Synthèse 7
- Introduction 19
- Première partie
PRENDRE ACTE DE L'OMNIPRÉSENCE DU DROIT SOUPLE 23
- Deuxième partie
**DES FONCTIONS UTILES,
UNE EFFICACITÉ CONDITIONNELLE, DES RISQUES RÉELS** 85
- Troisième partie
DÉFINIR UNE DOCTRINE DE RECOURS ET D'EMPLOI DU DROIT SOUPLE 133
- Conclusion 189
- Propositions 193
- Annexes 199
- Contributions 237
- Liste des abréviations et des acronymes 291
- Table des matières 295

L'étude annuelle 2013 du Conseil d'État a été rédigée par Jacky Richard, conseiller d'État, rapporteur général de la section du rapport et des études et par Laurent Cytermann, maître des requêtes, rapporteur général adjoint.

Dans le cadre de leur stage à la section du rapport et des études, Margaux Bouzac, Nicolas Dufaud, Arkady Egizarov-Petrocyan, Victor Fouquet, Delphine Krzisch, Edouard Martin, Lola Menahem et Cécile Parriat ont contribué aux recherches documentaires menées en vue de ce rapport. Qu'ils en soient vivement remerciés

Avant-propos

Par Jean-Marc Sauvé,
vice-président du Conseil d'État

Le choix du thème du droit souple comme sujet de l'étude annuelle du Conseil d'État pour l'année 2013 peut, à première vue, surprendre. Ce droit, si du moins il s'agit bien d'un droit, qui *a priori* ne bénéficie pas d'une grande force normative ni d'une quelconque justiciabilité, peut-il réellement intéresser le conseiller du Gouvernement et du Parlement ou le juge des « vrais » actes de l'administration, ceux dont la valeur normative est suffisamment affirmée pour qu'ils soient saisis, justement, par ce juge au contentieux ?

Une telle lecture de l'ordonnancement juridique et du rôle du Conseil d'État est à tout le moins datée, sinon simplement erronée. Étranger au Conseil d'État, le droit souple, pourquoi le serait-il ? La contrainte n'est depuis bien longtemps plus la seule marque de la juridicité et, à côté des sources traditionnelles du droit, qui demeurent organiquement et matériellement assez facilement identifiables, d'autres sources publiques et privées, internes comme internationales, se sont développées. Malaisées à cerner et à systématiser, ces sources sur lesquelles les prises sont parfois minces et qui souvent reposent sur certaines formes de consensus croissent de manière constante et contribuent à orienter les comportements. C'est donc, comme l'écrivait le doyen Carbonnier, que « *le droit est plus grand que la règle de droit* »[1] et le Conseil d'État pouvait d'autant moins se désintéresser d'un tel sujet que les personnes publiques sont de grandes émettrices et utilisatrices de ce type de droit.

Si l'on s'accorde sur le fait que ce droit existe, vient alors une deuxième interrogation : de quoi le droit souple est-il le symptôme ? D'un système juridique malade de ses normes ou incapable de produire des règles dont la force normative ne serait pas sujette à caution ? De l'annonce de la dilution lente d'un ordre juridique qui aurait perdu toute rigueur ?

Il semble, tout au contraire, que le droit souple puisse être l'oxygénation du droit et favoriser sa respiration dans les interstices du corset parfois un peu trop serré des sources traditionnelles de la règle. Il peut accompagner la mise en œuvre du « droit dur », comme il peut dans certains cas s'y substituer pour la mise en œuvre de politiques publiques suffisamment définies et encadrées par la loi. Que l'on nous entende bien : le postulat qui sous-tend l'étude du Conseil d'État n'est

1 J. Carbonnier, « Droit et non-droit », *in Flexible droit*, LGDJ, 10e éd., 2001, p. 22.

aucunement celui d'une dévalorisation des « grandes » sources du droit, ni un renoncement aux objectifs, énoncés dans les rapports publics pour 1991 et pour 2006 du Conseil d'État, de préservation de la normativité de la loi et d'amélioration de la qualité du droit.

Le droit souple constitue, dans cette optique, bien plus une solution qu'un risque. Par un emploi raisonné, il peut pleinement contribuer à la politique de simplification des normes et à la qualité de la réglementation. Il offre en effet aux acteurs publics des espaces d'expression juridique différents des instruments purement prescriptifs que doivent rester les lois et les règlements. L'existence de tels espaces renforce, en contrepoint, la force normative attachée aux instruments traditionnels du droit en évitant la pollution par des dispositions non normatives. Surtout, le droit souple permet un élargissement de la gamme des moyens d'action des pouvoirs publics comme des acteurs privés, bien qu'il soit nécessaire d'être vigilant pour que ces normes d'orientation des conduites ne se développent pas anarchiquement, ni ne mettent à mal le principe de légalité.

Le droit souple n'est donc pas la marque de la déliquescence de notre ordre juridique ; c'est plus simplement le signal de son adaptabilité. Il n'existe aucune contradiction entre sa reconnaissance ainsi que son expansion et une meilleure qualité du droit. En donnant un plus grand pouvoir d'initiative aux acteurs, et au-delà plus de responsabilités, le droit souple contribue donc bien à oxygéner notre ordre juridique. Certes, l'hyper-oxygénation peut être cause de grands troubles, et c'est pourquoi le Conseil d'État s'efforce de construire une doctrine du recours au droit souple. Mais, sous la réserve d'un emploi raisonné, qui permette de veiller à sa légitimité et de ne pas porter atteinte à la sécurité juridique, il serait faux de penser que la norme juridique se trouverait ruinée à force de souplesse. La conviction du Conseil d'État est, on l'aura compris, inverse : elle est, comme le disait Sophocle, que « *c'est le manque de souplesse, le plus souvent, qui nous fait trébucher* »[2].

2. Antigone.

Le droit souple

Le Conseil d'État a retenu comme thème de son étude annuelle pour 2013 le droit souple. L'ambition de l'étude est de contribuer à prendre la pleine mesure d'un phénomène dont l'importance ne peut plus être ignorée, et de doter les pouvoirs publics d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple.

La 1ère partie décrit le développement du phénomène et propose une définition du droit souple. La 2ème partie prend position sur les conditions de son utilité, de son efficacité et de sa légitimité. La 3ème partie formule des préconisations destinées aux pouvoirs publics, tant sur le droit souple qui émane d'eux que sur la posture à adopter à l'égard du droit souple des acteurs privés.

1. Prendre acte de l'omniprésence du droit souple

Le droit souple, un phénomène très présent

S'il est né dans le domaine des relations internationales, le droit souple s'est également développé au sein de l'Union européenne, dans l'action de nos pouvoirs publics nationaux et dans la vie des entreprises.

L'expression de « *soft law* » a été employée, dès 1930, **en droit international** qui apparaît comme un milieu propice à l'émergence du droit souple, en raison des difficultés qu'y rencontre en opportunité le droit dur : les engagements sont parfois difficiles à tenir et le droit souple peut jouer plus aisément un rôle de régulation des relations internationales.

Au sein de l'Union européenne, le recours au droit souple y constitue davantage un véritable choix. Il permet de faciliter le fonctionnement des institutions de l'Union, comme l'illustrent le compromis de Ioannina sur les règles de vote au sein du Conseil ou le système des « accords précoces » dans la procédure de codécision entre le Conseil et le Parlement européen. Il occupe également une place croissante dans nombre de politiques européennes. Il a joué un rôle décisif dans la relance du marché intérieur au milieu des années 1980, les directives dites « nouvelle approche » renvoyant largement à des normes techniques facultatives. Le Conseil européen de Lisbonne, en 2000, a fait de la « méthode ouverte de coordination », un processus souple de supervision des politiques des États, l'instrument principal de réalisation des objectifs fixés par la stratégie du même nom. Dans le cadre de la démarche « Mieux légiférer », définie

par un accord interinstitutionnel de 2003 entre le Conseil, le Parlement et la Commission, cette dernière doit systématiquement envisager les alternatives au droit dur, notamment l'autorégulation ou la corégulation, avant de proposer une directive ou un règlement.

En France, le droit souple se retrouve de manière discrète mais insistante dans les principaux aspects des mutations de l'État. Si le Plan, « ardente obligation » juridiquement non contraignante, a été abandonné dans les années 1990, les démarches de programmation sectorielle ou territoriale se sont multipliées. **Les autorités administratives indépendantes** (AAI), de plus en plus nombreuses à partir des années 1980, utilisent largement le droit souple, sous forme de **recommandations ou de lignes directrices**, dans le cadre de leur rôle de régulation. La gestion de l'État fait également la part belle au droit souple avec le développement de la négociation dans la fonction publique, sans que les accords conclus avec les syndicats n'aient de portée contraignante, la contractualisation entre services de l'État et le rôle croissant des chartes de déontologie.

La **vie des entreprises** accueille et utilise aussi le droit souple. Celui-ci y est souvent privilégié, pour des motifs à la fois économiques, juridiques et idéologiques, sans que ce terme ne revête de connotation péjorative : **le standard**, c'est-à-dire une référence commune dont on peut s'écarter en cas de besoin, apparaît comme préférable à la règle générale et contraignante. Le droit souple irrigue tous les aspects de la vie des entreprises, qu'il s'agisse du commerce international, des relations avec les consommateurs, des activités bancaires et financières, des normes techniques, des normes comptables, de la gouvernance des entreprises ou encore de la responsabilité sociale et environnementale.

Un phénomène qui suscite des réactions contrastées

Une telle extension ne pouvait manquer de susciter des réactions. **Selon un premier axe de critiques**, le développement du droit souple marquerait **une dégradation** des qualités attendues du droit, telles que **la clarté et la sécurité juridique**. Dans son rapport public de 1991, De la sécurité juridique, le Conseil d'État a dénoncé le développement des énoncés peu ou pas normatifs dans les textes de loi et de décret. À partir de 2004, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions dénuées de portée normative, qualifiées de « neutrons législatifs ». **Le second axe** de critiques vise **le contournement** des institutions démocratiques qui serait associé au droit souple. Le Parlement européen a ainsi adopté en 2007 une résolution critiquant de manière véhémente le recours aux « instruments juridiques non contraignants ».

De manière parallèle, **l'intérêt de la doctrine juridique** pour le phénomène est allé croissant à partir de la fin des années 1990. Ces travaux manifestent souvent une approche positive à l'égard du développement du droit souple et forment l'ambition de construire un nouveau « paradigme » de la normativité, en rupture avec l'approche héritée de Kelsen caractérisant le droit par la contrainte.

Définir le droit souple : un droit qui n'emporte pas d'obligations par lui-même

Favorables ou défavorables, ces réactions ont contribué à ce que le droit souple émerge au grand jour comme un objet juridique. L'étude propose une définition du droit souple, qui regroupe l'ensemble des instruments répondant à **trois conditions cumulatives** :
- ils ont pour objet de **modifier ou d'orienter les comportements** de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;
- ils ne créent **pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations** pour leurs destinataires ;
- ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, **un degré de formalisation et de structuration** qui les apparente aux règles de droit.

Le premier critère permet de distinguer le droit souple des avis ou autres documents préparatoires à l'élaboration d'une règle de droit. Le deuxième marque la limite entre droit souple et droit dur. Le troisième critère a pour fonction de distinguer le droit souple du non-droit.

Il existe également des règles de droit qui, tout en ne remplissant pas cette condition, créent des obligations définies en termes lâches, qui ménagent en pratique une certaine souplesse d'application à ceux qui y sont assujettis. Ces règles s'insèrent dans une **échelle de normativité graduée** entre le droit souple et le droit dur. Une première catégorie d'instruments n'impose à ses destinataires que l'obligation de motiver leur décision lorsqu'ils s'en écartent, ou de la justifier : c'est par exemple le cas du **code de gouvernement d'entreprise** établi par l'AFEP et le MEDEF ou des **directives au sens de la jurisprudence** *Crédit foncier de France*. Une deuxième catégorie rassemble des instruments qui emportent une présomption de conformité au droit dur, tels que **les normes techniques prises en application des directives « nouvelle approche » de l'Union européenne**. Enfin, une dernière catégorie comporte des instruments, tels que les **schémas d'urbanisme** (SCOT), qui entraînent une obligation de compatibilité plutôt que de conformité.

Le droit souple est imbriqué avec le droit dur bien plus qu'il ne lui est opposé, et il est appréhendé par le juge

L'existence de cette normativité graduée montre qu'il existe entre droit dur et droit souple un continuum. Le droit souple peut d'ailleurs être appréhendé par le juge. Les jurisprudences administrative et judiciaire, ainsi que celles de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme illustrent de manière abondante que le juge peut être amené à contrôler le droit souple ou à le prendre en compte dans son raisonnement juridique.

2. Des fonctions utiles, une efficacité conditionnelle, des risques réels

Prendre position sur l'opportunité du recours au droit souple implique de répondre à trois grandes questions : son utilité, son effectivité et sa légitimité.

Des fonctions qui attestent de l'utilité du droit souple

L'utilité du droit souple se manifeste à travers **quatre grandes fonctions** assez différentes, sans pour autant être exclusives l'une de l'autre :

a) **Le droit souple peut se substituer au droit dur** lorsque le recours à celui-ci n'est pas envisageable, soit pour pallier l'impossibilité juridique de souscrire des engagements contraignants, soit en raison des caractéristiques de la société internationale. Le premier cas de figure est illustré par les conventions que les pouvoirs publics passent avec des associations ou des fédérations qui n'ont pas la capacité d'engager juridiquement leurs mandants, mais dont la signature peut être mobilisatrice (exemples des conventions conclues entre l'État et l'Assemblée des départements de France); le second par le recours à des accords internationaux de droit souple lorsque les États ne veulent pas s'engager de manière contraignante, comme en témoigne par exemple l'évolution de l'action de l'OIT.

b) Le droit souple permet **d'appréhender les phénomènes émergents** qui se multiplient dans le monde contemporain, soit en raison d'évolutions technologiques, soit de mutations sociétales. Plus aisé à faire évoluer, ne formulant pas de règles générales insusceptibles de dérogation, il s'avère souvent plus adapté que le droit dur pour traiter de phénomènes qui ne sont pas tout à fait bien cernés, tout en préparant le recours ultérieur à ce dernier. Le droit souple a ainsi été utilisé en matière de prévention des conflits d'intérêts (chartes de déontologie des organismes de recherche et des agences sanitaires). Il joue un rôle prédominant dans le fonctionnement d'internet et est abondamment utilisé par la CNIL.

c) Le droit souple peut **accompagner la mise en œuvre du droit dur**, soit par les administrations (chartes du patient hospitalisé ou de la laïcité dans les services publics), soit par les entreprises (démarches dites de conformité, souvent encouragées par les AAI).

d) Le droit souple peut enfin se présenter comme une **alternative pérenne au droit dur**. En matière sanitaire, les recommandations de bonnes pratiques apparaissent appropriées pour concilier les besoins de standardisation et la liberté inhérente à l'exercice de la médecine. Dans le domaine économique, les partisans de l'autorégulation mettent souvent en avant la vertu de règles définies par les acteurs concernés eux-mêmes, qui feraient appel à leur esprit de responsabilité, alors que les règles imposées par les pouvoirs publics susciteraient chez leurs destinataires une volonté de contournement.

Une efficacité conditionnelle

L'effectivité du droit souple ne saurait être postulée. Parce qu'il n'est pas contraignant, le droit souple ne peut s'imposer que s'il suscite une dynamique en sa faveur parmi ses destinataires. Cette dynamique peut être forte lorsque **le droit souple acquiert un caractère de standard**.

Si le droit souple ne peut être directement sanctionné, il peut être pris en compte dans une décision de sanction ou entraîner des **conséquences défavorables sur un plan extra-juridique** (dégradation de l'image, désaffection des investisseurs, réprobation des pairs, etc.). Son effectivité est alors considérablement renforcée, par un effet qu'on pourrait qualifier « **d'ombre portée » de la sanction**. Les recommandations des AAI sont d'autant plus suivies par leurs destinataires que ces autorités sont dotées par ailleurs de pouvoirs de sanction.

Bien que ne s'imposant pas, un standard est fortement utilisé parce qu'il facilite les échanges entre les acteurs concernés. Les **normes techniques** illustrent par excellence cette configuration : la standardisation donne confiance aux consommateurs, elle réduit les coûts de transaction et permet de réaliser des économies d'échelle en réduisant la diversité des produits fabriqués. Des remarques similaires peuvent être formulées concernant les **contrats-types** définis par la Chambre de commerce internationale (Incoterms), les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) en matière de marchés publics ou le modèle de convention fiscale de l'OCDE.

L'effectivité du droit souple est au contraire fragilisée lorsque l'attention à sa mise en œuvre et à son évaluation est insuffisante. Les recommandations de la HAS, si leur crédibilité scientifique n'est pas contestée, ne sont pas toujours connues par les professionnels de santé. L'effectivité des engagements pris dans le cadre de la responsabilité sociale et environnementale (RSE) est limitée par la difficulté d'évaluer leur mise en œuvre et de comparer les résultats des entreprises entre elles. Le droit souple apparaît également insuffisant lorsque des intérêts financiers poussent les acteurs concernés à agir en sens contraire.

Des risques réels quant à la légitimité et la sécurité juridique

La troisième question posée par le droit souple, celle de sa légitimité, ne se confond pas avec celle de l'effectivité : lorsque la légitimité du droit souple est incertaine, le problème est d'autant plus aigu que son effectivité est importante. Il convient d'abord de veiller à ce que les auteurs du droit souple ne sortent pas de leur domaine de compétence. La légitimité dépend ensuite **des conditions d'élaboration**, qui doit respecter des exigences de **transparence** et d'**implication des parties prenantes**. Enfin, une vigilance particulière doit être exercée quant à l'**insécurité juridique** et aux **coûts** subis par les destinataires du droit souple.

Pour les acteurs publics, le droit souple ne doit pas être un moyen de s'affranchir des règles de compétence et de contourner la délibération parlementaire. De manière générale, le droit souple de l'Union européenne pose un problème d'implication du Parlement européen, que celui-ci a dénoncé en des termes

très vifs dans sa résolution de 2007. Les modalités d'implication des parlements européen et nationaux dans la nouvelle gouvernance économique sont cruciales.

Quant aux acteurs privés, si leur action n'est pas subordonnée à des règles de compétence comme celle des personnes publiques, des difficultés se présentent lorsque par la voie du droit souple, ils acquièrent la capacité d'influencer de manière importante la situation de personnes tierces. Les problèmes posés par l'autorégulation des activités financières, en raison des conséquences de ces activités pour l'ensemble de l'économie, ce qu'on qualifie parfois de « risque systémique », illustrent bien cette difficulté.

Parce que le droit souple repose sur l'adhésion volontaire de ses destinataires, sa légitimité dépend étroitement de **l'implication des acteurs concernés dans son élaboration**. La légitimité des accords nationaux interprofessionnels et des protocoles d'accord dans la fonction publique a été renforcée par la définition de règles de représentativité des organisations signataires, fondée sur leur audience lors des élections. Les processus très élaborés de confrontation des expertises dans le cadre des conférences de consensus confortent la légitimité des recommandations qui en sont issues. À l'inverse, la légitimité du droit souple est fragilisée par l'implication insuffisante des parties prenantes dans son élaboration. Jusqu'en 2013, le code AFEP-MEDEF était élaboré sans implication des parties prenantes autres que les entreprises (investisseurs, syndicats, pouvoirs publics). S'agissant des normes techniques, le principe d'implication des parties prenantes (PME, associations de protection des consommateurs ou de l'environnement, collectivités territoriales) est énoncé par le décret de 2009 relatif à la normalisation, mais sa mise en œuvre n'est pas toujours aisée en raison de l'inégalité des moyens de ces différentes catégories d'acteurs.

Le droit souple peut enfin voir sa légitimité compromise par **l'insécurité juridique** ou les **coûts** induits qu'il génère. L'insécurité juridique naît principalement de l'incertitude sur la portée de l'instrument, ses destinataires ne sachant pas s'il s'agit de droit dur créant des droits et des obligations ou de droit souple. Quant aux coûts du droit souple, ils peuvent être humains (temps consacré à l'élaboration) et, dans le cas des normes techniques, financiers (tarifs de participation aux commissions de normalisation, coûts d'accès, coûts de mise en œuvre avec la nécessité de faire certifier sa conformité).

En raison de ces risques d'illégitimité et d'insécurité juridique, **les pouvoirs publics sont légitimes à exercer un rôle de veille** sur le droit souple des acteurs privés et à intervenir. Les pouvoirs publics doivent s'assurer que la régulation privée fonctionne de manière transparente; ils sont fondés à la remettre en cause lorsqu'elle s'avère défaillante et contraire à l'intérêt public.

3. Définir une doctrine de recours et d'emploi du droit souple

Le droit souple peut contribuer au renouvellement de l'action de l'État en élargissant la gamme de ses moyens d'action, à condition de s'inscrire dans une doctrine de recours et d'emploi bien définie.

Définir les critères de recours au droit souple

La définition des critères de recours au droit souple procède de l'analyse des conditions de son utilité, de son effectivité et de sa légitimité. Chacune de ces questions peut donner lieu à un test ; si la réponse à l'un des trois tests (utilité, effectivité, légitimité) est négative, il convient d'écarter le recours au droit souple ou du moins de n'y recourir qu'après des investigations approfondies.

Développer de nouveaux usages du droit souple par les pouvoirs publics

La jurisprudence *Crédit foncier de France* n'a pas connu la postérité contentieuse que l'on pouvait imaginer en 1970. En revanche, l'analyse des pratiques de nombreuses AAI ainsi qu'une enquête conduite auprès des ministères avec le concours du secrétariat général du Gouvernement montre que cet instrument est très utilisé, parfois « *à la manière de Monsieur Jourdain* ». **La directive répond à un besoin réel** et croissant, celui de concilier l'attribution d'une certaine marge de manœuvre aux autorités chargées d'appliquer les règles de droit avec l'égalité de traitement. **Renommées « lignes directrices »** afin d'éviter la confusion avec les directives de l'Union européenne, les directives pourraient être davantage utilisées par les administrations dans quatre fonctions : l'attribution des aides en matière économique, sociale et environnementale, l'orientation d'échelons déconcentrés disposant d'un pouvoir d'appréciation, l'accompagnement d'un pouvoir de dérogation individuel à la règle de droit et la définition d'orientations en matière de gestion des agents publics.

Bien utilisé, le droit souple peut contribuer à la lutte contre l'inflation normative. Il pourrait se substituer aux dispositions réglementaires inutilement détaillées : celles-ci pourraient être centrées sur la définition des exigences essentielles à respecter ; des normes techniques ou des lignes directrices définiraient des voies possibles pour se conformer à ces exigences, les destinataires conservant la faculté de les respecter par d'autres moyens. Une telle approche est susceptible de diminuer le volume des textes réglementaires, d'accroître leur stabilité et de faciliter l'innovation. La réglementation s'imposant aux **collectivités territoriales** pourrait être allégée en y substituant des **recommandations de bonnes pratiques** élaborées avec elles et même par elles (conférences de consensus, agences de partenariat telles que la CNSA, production par les associations d'élus). Enfin, le recours aux schémas et autres documents de programmation pourrait être rationalisé par l'application d'un

bilan coûts-avantages permettant de déterminer leur utilité. Cette démarche pourrait contribuer à retrouver la vocation première des schémas, qui est de procéder à une synthèse de différents objectifs, vocation quelque peu perdue de vue du fait de la multiplication des schémas sectoriels.

Définir les conditions d'élaboration et d'utilisation du droit souple par les pouvoirs publics

Les exigences de transparence et de bonne implication des parties prenantes doivent prévaloir dans l'élaboration du droit souple public. Elles impliquent de faire précéder l'adoption de lignes directrices de consultations conduites selon des modalités proportionnées à l'importance du sujet. Les conséquences sur le calendrier parlementaire du poids nouveau des recommandations des institutions de l'Union européenne en matière économique et budgétaire doivent être tirées : fusionner le débat d'orientation budgétaires du programme de stabilité et de convergence (PSC) avec le débat d'orientation des finances publiques (DOFP).

Le droit souple doit être élaboré dans le respect de règles de compétence, qui nécessitent d'être clarifiées. Les lignes directrices peuvent être adoptées par toute autorité dotée d'un pouvoir de décision individuelle. S'agissant des recommandations de bonnes pratiques, le vecteur nécessaire pour prévoir leur existence dépend de la nature juridique de leur auteur.

L'observation de règles d'écriture peut contribuer à limiter les risques d'insécurité juridique. Il conviendrait de promouvoir l'utilisation par les pouvoirs publics d'une nomenclature stable, permettant de distinguer plus aisément les instruments contraignants de ceux qui ne le sont pas. Afin de limiter l'insécurité juridique dans le droit souple international, la circulaire du Premier ministre du 30 mai 1997 sur la négociation internationale devrait être modifiée en ce qui concerne les accords non contraignants. Enfin, la publication des instruments de droit souple émis par les pouvoirs publics devrait être assurée.

La diffusion de cette doctrine de recours et d'emploi du droit souple devrait être assurée par une **circulaire du Premier ministre**, qui se rattacherait à la **politique de qualité du droit**, complétée par l'insertion d'une partie consacrée au droit souple **dans le guide de légistique** et par une place accrue du droit souple dans la formation initiale et continue des fonctionnaires chargés de la conception des politiques publiques.

Poursuivre la construction d'une jurisprudence adaptée au contrôle du droit souple public

Le Conseil d'État a construit progressivement une jurisprudence sur l'appréhension du droit souple par le juge administratif. Celle-ci tend à atténuer la rigueur du principe selon lequel seuls les actes créant des obligations sont susceptibles de recours, en admettant, dans un certain nombre d'hypothèses, que **des instruments de droit souple soient regardés comme faisant grief au**

vu de leur formulation impérative ou de leurs effets. Les décisions *Formindep* du 27 avril 2011 et *Société Casino Ghichard-Perrachon* du 11 octobre 2012, en particulier, esquissent ce que peut être l'office du juge à l'égard d'une autorité régulatrice agissant par la voie du droit souple. Le juge administratif en tout cas ne peut ignorer cette forme de régulation au motif qu'elle ne repose pas sur la création d'obligations ; il n'est pas souhaitable de voir des autorités publiques développer un pouvoir, dont on a vu l'effectivité tout au long de cette étude, à l'abri de tout contrôle juridictionnel.

La jurisprudence aura à traiter des trois questions suivantes : celle de la **recevabilité** des recours contentieux contre des instruments de droit souple, en d'autres termes leur contestabilité, celle de leur **invocabilité** devant le juge et celle de leur prise en compte dans la **motivation** des décisions juridictionnelles. La question de la recevabilité amène à s'interroger sur la combinaison des deux critères employés dans les décisions rendues au sujet des diverses AAI, celui de la formulation impérative et celui des effets des recommandations. On peut également se demander si la décision *Duvignères* ne pourrait pas conduire à regarder comme impératives, et donc susceptibles de recours, les lignes directrices au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*. Les lignes directrices imposent bien une obligation, celle de ne s'en écarter qu'en raison de circonstances particulières ou d'un motif d'intérêt général. L'invocabilité du droit souple apparaît pertinente dans les contentieux impliquant l'appréciation d'un comportement, notamment dans des recours de plein contentieux (responsabilité, sanctions administratives), mais aussi dans un domaine d'excès de pouvoir, celui du contentieux disciplinaire.

Adopter une posture de veille et d'influence à l'égard du droit souple des acteurs privés

Sans chercher à encadrer le droit souple des acteurs privés, les pouvoirs publics sont fondés à promouvoir la transparence et la bonne implication des parties prenantes dans son élaboration. Ils doivent **assurer une veille stratégique** afin d'identifier de manière précoce les sujets mettant en cause les intérêts publics, et déployer une action d'influence au niveau international.

L'élaboration **d'une charte de l'autorégulation et de la corégulation**, pour le droit souple émanant des acteurs privés, serait souhaitable. Y seraient inscrites des exigences d'implication des parties prenantes et de transparence sur l'identité des personnes ayant participé à l'élaboration d'un instrument de droit souple et leurs liens d'intérêt. Préparée par un groupe de travail associant une diversité d'acteurs impliqués dans l'autorégulation ainsi que des personnalités qualifiées ayant une forte expérience dans le domaine de la déontologie, la charte pourrait être in fine adoptée par le Conseil économique, social et environnemental.

Des **propositions** sont formulées pour mettre en œuvre ces exigences de transparence et d'implication des parties prenantes dans **trois domaines du droit souple privé** : démarches de **RSE**, **code de gouvernement d'entreprise** des sociétés cotées, **l'implication des parties prenantes** dans l'élaboration des **normes techniques**.

Enfin, **l'influence** dans certains lieux bien sélectionnés de la production de normes internationales de droit souple doit être une priorité de la politique extérieure de la France.

***

Le développement du droit souple est souvent regardé comme un symptôme de la dégradation de la norme, et ce faisant de l'affaiblissement de l'État. Le Conseil d'État ne partage pas ce point de vue car le droit souple peut, au contraire, contribuer au renouvellement de l'État, par un élargissement de la gamme des moyens d'action des pouvoirs publics, dès lors que sont respectés les principes d'égalité et de non-discrimination. Le Conseil d'État, conformément à son office de gardien des droits fondamentaux et de conseil de l'administration, retient du droit souple son utilité et son effectivité au service de la relation qu'entretiennent l'administration et les usagers. L'administration y trouve de nouvelles marges de manœuvre et d'action, les usagers, de leur côté, sont placés dans une situation plus ouverte, disposant de solutions alternatives à la contrainte et dont il aura été vérifié qu'elles sont juridiquement sécurisées.

Le droit souple

Introduction

Qu'y a-t-il de commun entre un protocole d'accord sur l'égalité entre les hommes et les femmes dans la fonction publique, une déclaration d'intention sur le partenariat stratégique franco-brésilien, la nouvelle gouvernance économique de l'Union européenne et la régulation par le Conseil supérieur de l'audiovisuel de la couverture médiatique des conflits armés ? Peu de choses, pourrait-on croire, si ce n'est d'avoir été tirés de l'actualité des mois précédant la publication de cette étude. Tous ces exemples sont pourtant des manifestations d'un même phénomène, le droit souple.

« *Le droit souple dérange* », selon les actes d'un colloque organisé par l'association Henri Capitant[3]. Il peut apparaître tout à la fois comme un oxymore et un paradoxe. Oxymore parce que la notion même de droit souple entre en conflit avec la conception du droit léguée par Hans Kelsen et communément acceptée aujourd'hui, selon laquelle celui-ci est un « *ordre de contrainte* ». Paradoxe car le droit souple parvient parfois à agir sur les comportements de manière plus efficace que le droit dur, alors que ses destinataires ne sont, par définition, pas tenus de le respecter.

Le droit souple ne dérange pas seulement la conception que forment les juristes de leur objet d'étude. D'une part, il élargit la palette des moyens d'action des pouvoirs publics. Il déplace le centre de gravité entre le centre et les échelons déconcentrés, modifie l'exercice du pouvoir discrétionnaire et donne corps à la notion de régulation. D'autre part, il ouvre aux acteurs privés des possibilités de produire du droit autre que le moyen classique de la formation d'engagements contractuels : rien n'interdit à une personne privée ou à une catégorie de personnes privées d'adopter un code de bonne conduite, de formuler des recommandations ou de proposer un contrat-type, et rien n'empêche les destinataires des ces instruments de s'y conformer. Un émetteur de droit souple influent exerce par cette voie un véritable pouvoir et le droit émanant des pouvoirs publics peut se trouver, à proprement parler, en concurrence avec des standards définis par des acteurs privés. La filiale française d'une entreprise multinationale attache peut-être au moins autant d'importance au code de conduite de sa maison-mère qu'au code du travail. Les médecins lisent les recommandations de bonnes pratiques de la Haute Autorité de santé, mais aussi celles des sociétés savantes.

3 Actes du colloque « Le droit souple » du 27 mars 2008, organisé par l'association Henri Capitant des amis de la Culture Juridique Française, avec le concours de la Faculté de droit et du Laboratoire de recherche juridique de l'université du Littoral-côte d'Opale, collection Thèmes et commentaires, février 2009, 178 p.

En publiant cette étude, le Conseil d'État nourrit une double ambition. Il entend d'abord contribuer à la prise de conscience d'un phénomène dont l'importance ne peut plus être ignorée. Si cette prise de conscience est déjà bien avancée dans certains segments de l'administration publique, les autorités administratives indépendantes ayant joué à cet égard un rôle pionnier, elle est dans son ensemble trop incomplète.

Des points de vue qui sont les siens, le Conseil d'État constate la progression du droit souple. Ses formations administratives voient se développer dans les projets de loi et de décret qui leur sont soumis les références à des codes de conduite, des bonnes pratiques ou des normes techniques, ce qui illustre d'ailleurs la multiplicité des points de jonction entre le droit souple et ce que l'on appellera, en partie par commodité de langage, le « droit dur ». Sa section du contentieux développe, au fil des affaires qui sont portées devant elle, une jurisprudence sur le droit souple et notamment sur les conditions dans lesquelles le juge administratif peut en être saisi. Les nombreuses auditions conduites par la section du rapport et des études (voir annexe 1) auprès de personnalités issues de l'administration, du monde économique, de la société civile, de la doctrine universitaire et des institutions européennes, ainsi que des présidents des commissions des lois des deux assemblées, ont permis de prendre la pleine mesure du phénomène, qu'il n'est pas exagéré de qualifier d'omniprésent. Une enquête a également été conduite, avec le concours du secrétariat général du Gouvernement, auprès des directions d'administration centrale, sur l'utilisation du droit souple et notamment de l'instrument des directives au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*. Enfin, la cellule de droit comparé du Conseil d'État a conduit des recherches sur la place du droit souple dans les pays dits de *common law* comme dans les pays de tradition « romano-germanique » ; les résultats de ces travaux, qui sont reproduits dans les annexes n° 3 et 4, attestent de la diffusion du droit souple dans un grand nombre de pays. L'étude entend faire connaître les résultats de ces investigations.

L'étude vise, en second lieu, à donner aux pouvoirs publics une doctrine et des outils pour l'action. Les autorités publiques ne doivent ni subir le développement du droit souple, ni se livrer à un usage irraisonné de cet outil ; elles peuvent en revanche s'en servir à bon escient. Le droit souple peut être utile pour agir faute de pouvoir employer le droit dur, pour préparer le recours à ce dernier ou pour le compléter, voire dans certains cas être une alternative pérenne au droit dur. Il est susceptible de contribuer à la lutte contre l'inflation normative, dont la dénonciation, récurrente depuis une vingtaine d'années, ne cesse de prendre de l'ampleur. Bien utilisé, le droit souple peut participer du renouvellement de l'État, en élargissant la gamme des moyens d'action dont celui-ci dispose.

En ce qui concerne le droit souple émanant des acteurs privés, l'étude écarte la tentation d'un encadrement, qui se heurterait vite au respect des libertés dont la production de droit souple est une expression. Elle préconise en revanche aux pouvoirs publics une posture de veille et, le cas échéant, d'influence. Les exemples abondent de standards privés dont les enjeux pour l'intérêt public n'ont pas été perçus à temps ; certains sont mêmes devenus des règles de droit dur, selon des processus qui seront décrits par la présente étude.

Deux dernières remarques liminaires sont à formuler, sur le choix des termes de droit souple et sur leur définition. L'appellation n'est bien sûr pas neutre ; elle a été préférée à celle, encore couramment employée, de « droit mou », en raison des connotations péjoratives de cette dernière. Le Conseil d'État lui-même l'avait utilisée dans ses rapports publics de 1991 et de 2006 pour dénoncer le développement au sein des lois et de décrets d'énoncés n'ayant pas la portée normative contraignante qui est en principe celle des règles de droit. Il n'y a pas lieu de revenir sur cette condamnation : si le droit souple peut avoir une utilité, c'est à condition de se présenter dans des instruments distincts de ceux du droit dur. Le passage des termes de « droit mou » à ceux de « droit souple » traduit, non un changement de position mais un élargissement de l'approche : il s'agit d'étudier les instruments non contraignants, de reconnaître leur utilité potentielle, distincte et complémentaire de celle du droit dur, et d'en déterminer les conditions.

Quant à la définition, c'est une approche empirique qui a été retenue, comme d'ailleurs dans la précédente étude annuelle du Conseil d'État qui portait sur un autre phénomène difficile à cerner, celui des agences. Plutôt que de partir d'une définition *a priori* du droit souple, l'étude la dégagera à partir de l'examen des développements concrets du phénomène. L'exercice impliquera notamment de dire en quoi le droit souple est du droit, et donc en quoi il se distingue à la fois du droit dur et de ce qui n'est pas du droit. Dans un premier temps, on retiendra comme champ d'investigation l'ensemble des instruments qui ne relèvent pas des catégories habituelles de normes juridiques (lois, décrets, conventions internationales, contrats, etc.) et qui ne présentent pas les attributs souvent considérés comme inhérents au droit que sont le caractère obligatoire de la prescription et la sanction de sa méconnaissance. Dans un second temps, une définition précise sera établie à la fin de la première partie.

L'étude se décompose en trois parties. La première prend acte de l'omniprésence du droit souple, et comporte notamment la définition construite à partir de l'examen de ses développements. La deuxième prend position sur l'utilité du droit souple, les conditions de son efficacité et les risques qu'il présente, notamment en termes de légitimité et de sécurité juridique. La troisième partie énonce les propositions, qui constituent une doctrine d'emploi du droit souple.

Prendre acte de l'omniprésence du droit souple

1.1. Le droit souple, un phénomène très présent

L'appréhension du droit souple implique d'abord de prendre la mesure de son extension. Le panorama qui suit n'a pas pour but d'établir un recensement exhaustif, mais de mettre en évidence la diversité des domaines concernés et des usages du droit souple. Sans prendre position à ce stade sur l'opportunité du phénomène, qui sera discutée dans la deuxième partie, il s'agit de constater par de multiples exemples son importance : le droit souple est bien souvent au cœur de développements essentiels pour les relations internationales, le fonctionnement de l'Union européenne, l'action des pouvoirs publics nationaux ou encore la vie des entreprises.

1.1.1. Les relations internationales : un milieu propice à l'émergence du droit souple en raison de la faiblesse historique du droit dur

Les termes de « *soft law* » semblent avoir été employés pour la première fois en 1930 par Arnold McNair[4], universitaire britannique qui deviendra par la suite juge à la Cour internationale de justice puis premier président de l'histoire de la Cour européenne des droits de l'homme. Le fait que la notion soit apparue en droit international n'est pas un hasard. Il s'explique d'abord par l'ancienneté du recours au droit souple dans les relations internationales. La pratique des « *gentlemen's agreements* » ou « *memorandum of agreement* », par lesquels des États souscrivent à des engagements sans intention de leur donner une portée contraignante, est attestée au moins depuis le début du XX^{ème} siècle. Un exemple cité par la doctrine[5] est celui de l'accord informel conclu en 1908 entre les ministres des affaires étrangères du Japon et des États-Unis concernant l'immigration, par lequel le Japon s'engageait à contrôler l'émigration de travailleurs tandis que les États-Unis promettaient de ne pas appliquer aux Japonais de mesures discriminatoires. Au

4. Lord A. McNair, « The Functions and Differing Legal Character of Treaties », *British Yearbook of International Law*, 1930.

5. O. Schachter, « The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements », *The American Journal of International Law*, n° 71, 1977, p. 296.

niveau multilatéral, le traité constitutif d'une des plus anciennes organisations internationales, l'Organisation internationale du travail (OIT), a prévu dès sa création que celle-ci pourrait choisir pour chaque sujet inscrit à son ordre du jour entre l'adoption d'une convention à ratifier par les États membres ou d'une recommandation[6].

Au-delà de ces manifestations anciennes, l'émergence du concept de droit souple en droit international s'explique sans doute aussi par les caractéristiques inhérentes à ce droit. Il n'existe pas en effet dans la société internationale d'autorité centrale susceptible d'imposer sa volonté. Les attributs de l'obligation et de la sanction, caractéristiques du droit dur, ne se présentent donc pas dans les mêmes termes qu'en droit interne. Les obligations ne peuvent naître que de la volonté des États souverains, exprimée par la ratification d'une convention internationale ou, dans le cas de la coutume, par une pratique constante et le sentiment de se soumettre à une obligation juridique (*opinio juris*). Même lorsque les États ont consenti à ces obligations, il peut être difficile d'obtenir d'eux qu'ils les respectent : ce n'est là encore qu'avec l'accord des États concernés par un litige[7] que celui-ci peut être porté devant la Cour internationale de justice ou un autre mode de règlement des différends ; dans le cas contraire, il ne restera à l'État s'estimant lésé que la voie des mesures de rétorsion ou de représailles. Face à la difficulté de créer des obligations et de sanctionner de manière effective leur violation, on comprend aisément l'intérêt du droit souple dans les relations internationales : l'avantage représenté par la possibilité d'imposer de manière contraignante le respect du droit dur pouvant être assez théorique, il est plus facile d'y renoncer et de bénéficier en contrepartie des facilités d'élaboration du droit souple. En droit international plus encore que dans les autres branches du droit, l'application effective d'un instrument juridique ne dépend guère de son appartenance au droit dur ou au droit souple, comme on le verra plus longuement dans la deuxième partie.

Le droit souple se manifeste dans les relations internationales sous de multiples formes : un auteur évoque « *les déclarations des conférences intergouvernementales, les résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies, les recommandations des organisations internationales, les dispositions souples dans un traité, les conventions non ratifiées, les actes concertés non conventionnels, les* Gentlemen's Agreements*, les avis consultatifs, les opinions individuelles et dissidences des juges de la Cour internationale de justice (CIJ) ainsi que les codes de conduite ou initiatives privées volontaires émanant d'acteurs non étatiques comme les entreprises multinationales* »[8]. Ces actes ont en commun de ne pas figurer parmi la liste des sources du droit international dont la Cour internationale de justice fait application, définie à l'article 38 de son statut, qui ne mentionne que les conventions internationales, les coutumes, les principes généraux du droit et, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit, les décisions judiciaires et la doctrine.

6. Article 405 du traité de Versailles du 28 juin 1919.
7. Exprimé dans le cadre d'un compromis particulier ou, s'agissant de la Cour internationale de justice, par la reconnaissance générale de sa juridiction dans les conditions fixées par l'article 36 de son statut.
8. I. Duplessis, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », Revue québécoise de droit international, hors-série, 2007, p. 247.

Tous ces instruments de droit souple ne remplissent pas les mêmes fonctions. Trois rôles différents peuvent être identifiés, selon une typologie qu'on retrouvera d'ailleurs en dehors du droit international : le droit souple comme étape destinée à préparer des évolutions du droit dur (a) ; le droit souple comme instrument d'accompagnement de la mise en œuvre du droit dur (b) ; le droit souple comme système autonome de régulation des relations internationales (c).

a) Le schéma dans lequel l'élaboration d'un instrument de droit souple constitue une étape avant sa transformation en convention internationale se retrouve fréquemment. L'exemple le plus marquant est sans doute celui de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH), adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948 qui, selon le préambule, « *proclame la présente Déclaration universelle des droits de l'homme comme l'idéal commun à atteindre par tous les peuples et toutes les nations* ». La DUDH a ainsi une valeur de référence mais n'a pas de caractère contraignant pour les États, sauf lorsque certaines de ses dispositions sont considérées comme la reprise d'un principe général du droit international ou d'une coutume[9]. En France, le Conseil d'État a très vite jugé que la DUDH n'avait pas l'autorité donnée aux traités dans l'ordre interne par la Constitution[10]. La Déclaration, instrument de droit souple, a en revanche inspiré deux textes de droit dur, les pactes internationaux des Nations unies du 16 décembre 1966, l'un relatif aux droits civils et politiques et l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels[11]. D'autres exemples de résolutions de l'Assemblée générale dont le contenu a été repris ultérieurement dans des conventions peuvent être mentionnés : déclaration universelle des droits de l'enfant du 20 novembre 1959, suivie par la convention internationale des droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ; déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées du 18 décembre 1992 et convention internationale contre les disparitions forcées du 20 décembre 2006 ; règles pour l'égalisation des chances des personnes handicapées du 20 décembre 1993 et convention relative aux droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006.

Le droit souple peut ainsi être un instrument de promotion de principes nouveaux, susceptibles d'infléchir ultérieurement le droit dur. Dans les années 1960 et 1970, le groupe des pays dit « non-alignés » majoritairement issus de la décolonisation, a fait un usage actif des résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies. Les résolutions sur l'octroi de l'indépendance aux pays et peuples coloniaux, sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles ou la charte des droits et devoirs économiques des États[12] sont porteuses de principes nouveaux visant à rééquilibrer les relations internationales, perçues comme trop favorables aux pays

9. Cf. CIJ, 24 mai 1980, Affaire relative au personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, qui constate que la privation abusive de liberté viole les « *droits fondamentaux énoncés dans la déclaration universelle des droits de l'homme* ».

10. CE, 18 avril 1951, *Élections de Nolay*, Rec. p. 189 ; sous l'empire de la Constitution de la V^{ème} République, CE, Ass., 23 novembre 1984, *Roujansky et autres*, n° 60106, Rec. p. 383.

11. Cf. pour un exemple de contrôle de la conformité d'une loi au pacte sur les droits civils et politiques, CE, Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques et autres*, n° 105743, 105810, 105811 et 105812, Rec. p. 368.

12. Respectivement résolutions n° 1514 (XV) du 14 décembre 1960, n° 1803 (XVII) du 14 décembre 1962 et n° 3281 (XXIX) du 12 décembre 1974.

développés : droit de choisir librement son système économique, social et culturel, droit de réglementer, d'organiser et de nationaliser l'exploitation des ressources naturelles, devoir des pays développés d'accorder des préférences tarifaires généralisées aux pays en développement, etc. Comme l'a écrit le professeur Mohamed Bedjaoui, « *il ne fait pas de doute que la résolution exerce sur les pays du Tiers monde une séduction réelle par sa souplesse, sa rapidité et la sécurité que ces pays en tirent par la maîtrise de cette technique grâce à leur nombre* »[13]. Ces résolutions ont exercé une certaine influence sur le droit international contraignant, les principes de non-réciprocité et de préférences généralisées pour les pays en développement étant repris dans des textes régissant le commerce international, notamment les accords du GATT puis de l'OMC. Plus récemment, l'usage du droit souple en matière de développement a été relancé par l'adoption en 2000 des Objectifs du millénaire du développement par l'Assemblée générale des Nations unies, qui ont une valeur de référence pour l'ensemble des acteurs de l'aide au développement.

b) S'il reste exceptionnel que des traités prévoient un mécanisme spécifique de sanction juridictionnelle de leur méconnaissance, il est en revanche fréquent qu'un organe de contrôle non juridictionnel soit instauré afin de recueillir les plaintes et constater s'il y a eu violation du traité, sans pour autant que ses décisions puissent s'imposer à l'État défaillant. Le contrôle des conventions relatives aux droits de l'homme émanant des Nations unies est assuré par un système composé du Conseil des droits de l'homme, du Haut-Commissaire aux droits de l'homme et de comités sectoriels appelés « organes de traités », institués par les différents traités, tels que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité contre la torture ou le Comité des droits de l'enfant. Au sein du Conseil de l'Europe, le Comité européen des droits sociaux (CEDS) veille au respect de la Charte sociale européenne. Le Bureau international du travail peut être saisi de réclamations ou de plaintes contre la méconnaissance par un État d'une des conventions de l'OIT. Bien que les décisions qui en sont issues ne s'imposent pas aux États, ces mécanismes de contrôle ne sont pas dénués d'intérêt. Contrairement à la Cour internationale de justice qui ne peut être saisie que par les États, certains organes peuvent être saisis par des acteurs non étatiques : le BIT par les organisations syndicales et patronales, le CEDS par les mêmes organisations ainsi que par des organisations internationales non gouvernementales habilitées[14]. Ces procédures de droit souple permettent ainsi de faire contribuer la société civile au respect du droit international. Les décisions prises qui s'ensuivent ont parfois un certain écho dans les débats publics nationaux. En France, la décision du BIT du 14 novembre 2007 jugeant que le contrat nouvelle embauche (CNE) méconnaissait la convention n° 158 sur le licenciement n'a pas été sans incidence sur l'abrogation de ce contrat quelques mois plus tard. Les décisions du CEDS rendues publiques le 17 octobre 2012, jugeant que plusieurs mesures adoptées par la Grèce suite à la crise économique violaient la charte sociale européenne, ont été remarquées même si elles n'ont pas conduit à une inflexion de ces politiques.

13. M. Bedjaoui, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, UNESCO, 1979, 296 p.
14. Tels que la Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme (FIDH), le Forum européen des Roms et des gens du voyage ou le Mouvement international ATD-Quart Monde.

En dehors de toute perspective de contrôle, le droit souple peut aussi servir d'aide à l'interprétation d'une convention. La pratique est fréquente : on peut mentionner les commentaires accompagnant les conventions fiscales type de l'OCDE, les principes directeurs adoptés par le Haut-commissariat pour les réfugiés, qui portent sur l'interprétation des notions de la convention de Genève du 28 juillet 1951, les « *explications* »[15] accompagnant la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ou encore les résolutions de l'Assemblée parlementaire ou du Comité des ministres du Conseil de l'Europe explicitant la portée de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de ses protocoles. Si ces textes ne s'imposent pas aux juridictions internationales ou nationales chargées d'appliquer ces conventions, il n'est pas rare qu'elles y fassent référence pour étayer leurs décisions.

c) Le rôle du droit souple apparaît encore plus fort quand il ne sert pas seulement à préparer ou à accompagner la mise en œuvre du droit dur, mais qu'il joue par lui-même et de manière permanente une fonction de régulation des relations internationales. Plusieurs situations de ce type se présentent, notamment en matière économique et financière. Ainsi, le club de Paris, instance chargée de renégocier les dettes des pays en développement contractées auprès des créanciers publics, existe sur la base d'arrangements informels entre les principaux États concernés, en dehors de toute convention internationale. Les principes qu'il applique[16] et les accords auxquels il parvient avec chaque État débiteur n'ont pas de portée contraignante ; ce n'est que dans la mise en œuvre de ces accords, qui fait l'objet d'accords bilatéraux entre le débiteur et chacun de ses créanciers, que le droit dur intervient. De même, le comité de Bâle sur la supervision bancaire, s'il est hébergé par la Banque des règlements internationaux (BRI), est un forum informel dont l'existence n'est prévue par aucune convention internationale. Les normes prudentielles élaborées en son sein (dites « Bâle I », « Bâle II », etc.) n'ont par elles-mêmes aucune portée contraignante : ce n'est qu'à travers leur réception par les législateurs nationaux (ou, dans l'Union européenne, par ses institutions), d'ailleurs inégale selon les pays, qu'elles s'imposent aux banques.

Certes, dans ces deux exemples, le droit souple donne lieu à l'élaboration de normes juridiques traditionnelles (accords bilatéraux, lois nationales, etc.). Il n'en est pas moins remarquable que le contenu de la norme relève du droit souple, tant par l'instrument utilisé que par la procédure d'élaboration, et que le droit dur ait pour seule fonction d'en assurer la transcription. Le schéma est ici inversé par rapport à celui examiné précédemment, dans lequel le droit souple accompagne la mise en œuvre du droit dur.

15. Auxquelles la Charte reconnaît un statut juridique ambigu : si l'article 52 stipule qu'elles sont « *dûment prises en considération par les juridictions de l'Union et les États membres* », la dernière phrase du chapeau introductif de ces explications indique seulement qu'elles n'ont « *pas en soi de valeur juridique* » mais qu'elles « *constituent un outil d'interprétation précieux destiné à éclair les dispositions de la Charte* ».

16. Baptisés « termes de Venise », « de Londres », « de Naples », etc., ces principes ont évolué dans le sens d'un allégement de plus en plus fort des dettes des pays pauvres, les pays riches prenant progressivement conscience de leur insoutenabilité.

1.1.2. Au sein de l'Union européenne : le droit souple comme méthode de gouvernance

L'Union européenne dispose, en vertu de ses traités constitutifs, d'une capacité de production de droit dérivé s'imposant aux États membres sans commune mesure avec celle des autres organisations internationales. Le recours au droit souple relève donc plus qu'en droit international classique d'un choix des institutions européennes. Dans nombre de domaines d'actions de l'Union, ce choix a acquis le caractère d'une véritable méthode de gouvernance.

Le droit souple a joué de manière récurrente un rôle important pour surmonter les blocages institutionnels dans le fonctionnement des communautés européennes. C'est le cas du « Compromis de Ioannina »[17]. Prolongeant en des termes plus précis et moins équivoques le compromis de Luxembourg de 1966, il vise à encourager les États membres à rechercher une large majorité voire l'unanimité lors de l'adoption d'un texte de l'Union à la majorité qualifiée. Il peut intervenir dans la situation suivante : si une décision est rejetée par un groupe de pays représentant plus de 30 % de la population ou plus de 40 % de ses États[18], c'est-à-dire représentant au moins les trois quarts de la population ou des États membres nécessaires à la constitution d'une minorité de blocage, le Conseil de l'Union mettra tout en œuvre pour parvenir à un accord avant le vote. Cette clause, introduite à la demande de la Pologne au moment du traité de Nice, dans la perspective de son adhésion, et reprise dans le traité de Lisbonne, figure à la déclaration n° 7 « *Déclaration ad articles 16, paragraphe 4, du Traité sur l'Union européenne et 238, paragraphe 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ». Il s'agit, par ce compromis, de conduire le Conseil de l'Union, alors même que la majorité exigée par les traités est réunie, à rechercher avant de passer au vote la satisfaction des préoccupations soulevées par les membres minoritaires et à élargir ainsi l'assise de ladite décision. Ce compromis ne pouvait modifier juridiquement les stipulations des traités prévoyant un vote à la majorité qualifiée, puisqu'il est inscrit dans une simple déclaration sans portée juridique, mais il a infléchi les pratiques de discussion au sein du Conseil, faisant prévaloir la recherche du consensus, sur l'application mécanique des règles de calcul de la majorité.

Une deuxième illustration est fournie par le développement important des « accords précoces » entre Parlement européen et Conseil sur les propositions de règlement et de directive. Le traité de Maastricht a créé la procédure de codécision, dans laquelle les textes doivent être adoptés dans les mêmes termes par le Conseil et le Parlement, celui-ci disposant ainsi d'un véritable droit de veto. Face à la crainte d'un alourdissement des procédures décisionnelles, voire d'une paralysie, accrue par la perspective de l'élargissement, les institutions européennes ont développé à partir de la fin des années 1990 des pratiques de dialogue informel en amont de la procédure officielle prévue par le traité. La proposition de règlement ou de

17. Ce compromis peut intervenir soit dans le système de votation issu du traité de Nice, soit dans celui entrant en vigueur à compter du 1er novembre 2014 c'est-à-dire le système de la double majorité où les décisions à la majorité qualifiée sont prises par au moins 55 % des États, représentant au moins 65 % de la population de l'Union européenne (article 16 du Traité sur l'Union européenne).
18. Ces seuils seront abaissés à compter du 1er avril 2017.

directive est discutée au sein d'un « trilogue », auquel participent des représentants de la Commission, du Conseil (dans le cadre d'un mandat de négociation fixé par le Comité des représentants permanents ou COREPER) et du Parlement (le rapporteur du texte et des députés de la commission compétente). L'accord trouvé au sein du trilogue est consigné dans un échange de lettres entre le président du COREPER et le président de la commission compétente. Ces procédures ont été progressivement formalisées par des instruments de droit souple adoptés par les trois institutions, notamment l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 31 décembre 2003 et la déclaration commune sur les modalités pratiques de la procédure de codécision du 13 juin 2007. Elles ont permis une augmentation spectaculaire des « accords précoces » dès la première lecture, qui sont passés de 17 % en 1999-2000 à 80 % en 2008-2009[19]. Cette évolution n'est pas sans susciter des débats au sein du Parlement européen (cf. 2.3 pour de plus amples développements sur ce point) : le compromis ayant été conclu en amont par un petit nombre de députés, le temps consacré au débat et à l'adoption formelle par le Parlement peut être très limité. Pour autant, la facilitation de la procédure de codécision permise par ce dialogue informel a sans doute contribué à l'acceptation par les États de son extension à de nouveaux domaines, jusqu'au traité de Lisbonne qui en a fait la « procédure législative ordinaire ». Le droit souple concourt ainsi à l'évolution des procédures institutionnelles au sein de l'Union.

Le droit souple occupe également une place croissante dans un certain nombre de politiques européennes. Il a été, paradoxalement, un des instruments de la relance du cœur de l'activité normative communautaire, à savoir l'achèvement du marché intérieur. La méthode traditionnelle d'élaboration des directives, impliquant de recueillir l'accord des États sur une harmonisation détaillée des règles techniques applicables à différentes catégories de produits, avait conduit à la paralysie, d'autant plus que l'article 100 du traité sur la Communauté économique européenne exigeait que les directives d'harmonisation des législations nationales soient adoptées à l'unanimité. Dans le cadre du programme d'achèvement du marché intérieur avant 1992, une « nouvelle approche » d'harmonisation concernant les normes techniques applicables aux biens, exposée notamment par le Livre blanc de la Commission du 14 juin 1985[20], a été définie. Elle consiste à recentrer les directives d'harmonisation sur les « exigences essentielles » pour la santé et la sécurité des consommateurs et à renvoyer pour la mise en œuvre de ces exigences à des normes techniques élaborées par les organismes européens de normalisation[21] ; ces normes demeurent facultatives mais les produits fabriqués conformément à ces normes sont présumés conformes à la directive. Il y a donc une forme de délégation du droit dur au droit souple (cf. *infra* 1.4.1). Des directives « nouvelle approche » ont été prises dans de nombreux domaines : matériaux de construction, machines, appareils électriques, dispositifs médicaux, ascenseurs, jouets, etc.

19. O. Costa, R. Dehousse et A. Trakalova, « La codécision et les accords précoces : progrès ou détournement de la procédure législative ? », Notre Europe, *Études & Recherches*, n°84, mars 2011, p. 16
20. *L'achèvement du marché intérieur*, Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, Bruxelles, juin 1985. 54 p.
21. Notamment le Comité européen de normalisation (CEN) et le Comité européen de normalisation des normes électrotechniques (CENELEC).

Le droit souple a accompagné l'extension des compétences de l'Union européenne à de nouveaux domaines, tels que la coordination des politiques économiques et sociales. Le traité de Maastricht du 7 février 1992 a instauré une coordination des politiques économiques au sein de l'Union économique et monétaire, fondée sur des « grandes orientations de politiques économiques »[22] adoptées par le Conseil européen ; les États doivent rendre compte de leurs politiques dans le cadre d'une « surveillance multilatérale » et le Conseil peut adopter à leur encontre des recommandations s'il estime que ces politiques ne sont pas conformes aux grandes orientations. Le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 a mis en place un système similaire en matière d'emploi, fondé sur des « lignes directrices pour l'emploi »[23]. C'est dans le cadre de la « stratégie de Lisbonne », adoptée par le Conseil européen du même nom les 23 et 24 mars 2000, que ce type de démarche a été conceptualisé et systématisé sous le nom de « méthode ouverte de coordination » (MOC). La MOC a été déclinée dans de nombreux domaines : politique de l'emploi et droit du travail, pensions de retraite, lutte contre la pauvreté, éducation, etc.

La définition de la méthode ouverte de coordination (MOC) par le Conseil européen de Lisbonne

La méthode ouverte de coordination est définie de manière détaillée par le point 37 des conclusions de la présidence du Conseil européen :

« 37. *La mise en œuvre de l'objectif stratégique [ie devenir l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde] sera facilitée par le recours à une nouvelle méthode ouverte de coordination permettant de diffuser les meilleures pratiques et d'assurer une plus grande convergence au regard des principaux objectifs de l'UE. Conçue pour aider les États membres à développer progressivement leurs propres politiques, cette méthode consiste à :*

- définir des lignes directrices pour l'Union, assorties de calendriers spécifiques pour réaliser les objectifs à court, moyen et long terme fixés par les États membres ;

- établir, le cas échéant, des indicateurs quantitatifs et qualitatifs et des critères d'évaluation par rapport aux meilleures performances mondiales, qui soient adaptés aux besoins des différents États membres et des divers secteurs, de manière à pouvoir comparer les meilleures pratiques ;

- traduire ces lignes directrices européennes en politiques nationales et régionales en fixant des objectifs spécifiques et en adoptant des mesures qui tiennent compte des diversités nationales et régionales ;

- procéder périodiquement à un suivi, une évaluation et un examen par les pairs, ce qui permettra à chacun d'en tirer des enseignements. »

Selon que l'Union européenne dispose ou non dans le domaine concerné de compétences normatives, le recours à la MOC n'a pas la même signification. Ainsi, dans le domaine de l'éducation, l'Union européenne ne dispose d'aucun pouvoir d'harmonisation législative et la MOC peut donc être considérée comme une méthode structurée et formalisée d'exercice de ses compétences, qui ne consistent selon les termes du traité qu'à « *appuyer, coordonner et compléter l'action des*

22. Aujourd'hui prévues par l'article 121 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
23. Aujourd'hui à l'article 148 du TFUE.

États membres »[24]. En revanche, en matière sociale, l'Union européenne détient depuis le traité de Maastricht[25] des compétences normatives non négligeables, y compris pour le rapprochement des législations dans certains domaines du droit du travail ou de la protection sociale ; sans aller jusqu'à l'harmonisation totale, l'Union peut fixer des « *prescriptions minimales* » [26]. Le recours aux instruments non contraignants de la MOC résulte alors d'un choix. L'Union européenne peut agir par voie de directive en matière de législation sur les contrats de travail, l'information et la consultation des travailleurs et la protection des travailleurs en cas de licenciement. Le recours à des instruments non contraignants, comme le livre vert « Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIème siècle » et la communication de la Commission « Vers des principes communs de flexicurité »[27], pour faire évoluer les pratiques des États résulte donc d'un choix. Plus récemment, le Conseil a adopté une recommandation aux États sur l'établissement d'une « garantie pour la jeunesse » : les États sont invités à « *faire en sorte que tous les jeunes de moins de 25 ans se voient proposer une offre de bonne qualité portant sur un emploi, un complément de formation, un apprentissage ou un stage dans les quatre mois suivant la perte de leur emploi ou leur sortie de l'enseignement formel* » [28]. L'Union aurait sans doute pu sur un tel sujet adopter une directive sur le fondement de l'article 153.1.h du TFUE, relatif à « *l'intégration des personnes exclues du marché du travail* ».

Ce type de choix peut être vu de manière négative comme un pis-aller, découlant des réticences des États à restreindre leurs marges de manœuvre dans des domaines politiquement sensibles. Mais des points de vue plus valorisants existent aussi. La MOC serait un préalable indispensable avant l'adoption de règles contraignantes, nécessaire au rapprochement des points de vue d'États aux systèmes sociaux très variés. Certains vont même jusqu'à voir la MOC comme une véritable alternative à la « méthode communautaire » traditionnelle, reposant sur l'émulation entre États et sur la diffusion d'une culture commune concernant les problèmes auxquels ceux-ci sont confrontés[29].

Depuis la crise économique et financière qui a débuté en 2008, les mécanismes de coordination des politiques économiques et sociales ont été substantiellement renforcés et rapprochés de la surveillance des politiques budgétaires, dans le cadre d'un processus dit de « semestre européen » qui s'est largement substitué à la MOC. De ce fait, le débat sur leur effectivité et leur légitimité se présente sous un nouveau jour, qui sera plus longuement abordé en deuxième partie.

24. Article 6 du TFUE.

25. Les compétences sociales des institutions communautaires ont d'abord fait l'objet, en raison de l'opposition du Royaume-Uni, d'un accord social annexé au traité de Maastricht. Elles ont ensuite été pleinement communautarisées par le traité d'Amsterdam.

26. Le Conseil continue cependant à statuer à l'unanimité en matière de protection sociale ou de représentation collective des travailleurs.

27. Communications de la Commission du 22 novembre 2006 (COM 2006 708) et du 27 juin 2007 (COM 2007 359).

28. Recommandation du Conseil du 28 février 2013 sur l'établissement d'une garantie pour la jeunesse.

29. Cf. R. Dehousse, "*The Open Method of Coordination : A New Policy Paradigm?*", *First Pan-European Conference on European Union Politics : The Politics of European Integration : Academic Acquis and Future Challenges*, Bordeaux, 26-28 septembre 2002, disponible à <http://eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/Dehousse.pdf>.

De manière générale, quels que soient les domaines d'action concernés, l'Union européenne fait une place intégrante au droit souple dans sa politique normative. Face aux critiques sur l'inflation normative et à la volonté des États de voir mis en œuvre plus strictement les principes de subsidiarité et de proportionnalité, l'Union européenne a entrepris au début des années 2000 une réflexion sur ses modalités d'élaboration de la norme. Marquée par deux grands rapports, le livre blanc « Gouvernance européenne » du 25 juillet 2001 et le rapport du groupe présidé par Dieudonné Mandelkern, « *Better Regulation* », du 13 novembre 2001, elle a débouché sur l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » du 31 décembre 2003. L'un des éléments structurants de cet accord consiste dans la mise en place d'une procédure systématique d'évaluation d'impact préalable à toute proposition de la Commission. Cette évaluation doit envisager de manière systématique le recours à des « modes alternatifs de régulation », tels que la « corégulation » ou « l'autorégulation ». Dans la corégulation, le législateur communautaire ne définit que les dispositions essentielles et renvoie leur mise en œuvre à des mesures adoptées par les parties prenantes (schéma qui est par exemple celui de la « nouvelle approche » vue précédemment). L'autorégulation consiste à laisser les acteurs concernés définir leurs propres règles, par exemple sous forme de codes de conduite ou d'accords sectoriels. Dans les deux cas, il s'agit d'envisager systématiquement le droit souple comme alternative totale ou partielle au droit dur.

1.1.3. Dans l'ordre interne : un instrument des mutations de l'État

Le droit souple a été en France l'un des instruments des mutations de l'État au cours des dernières décennies. Il est utilisé de manière croissante pour définir les stratégies qu'entend conduire l'État dans les différentes politiques publiques. Il complète la panoplie de l'État régulateur, qui ne peut agir uniquement par la réglementation. Il participe enfin de la rénovation les méthodes de gestion de l'État.

De l'État planificateur à la multiplicité des démarches stratégiques : le droit souple support « d'ardentes obligations »

Tel M. Jourdain, l'État en France a durant plusieurs décennies fait de la « soft law » sans le savoir, et lui a même donné une place centrale : le Plan, « *ardente obligation* » selon les termes du Général de Gaulle, n'avait pas de caractère juridiquement obligatoire mais avait vocation à programmer les investissements publics et à orienter le comportement des acteurs économiques. S'il a été approuvé par des lois à partir de 1962, ces lois n'avaient pas de portée contraignante. Selon la loi du 4 août 1962 portant approbation du Plan de développement économique et social, le plan est le « *cadre des programmes d'investissements* » et un « *instrument d'orientation de l'expansion économique et du progrès social* ».

Si la planification d'ensemble a été abandonnée dans les années 1990, les démarches de programmation ou d'orientation se sont multipliées, dans des cadres sectoriels ou territoriaux[30]. Tout d'abord, les « contrats de plan État-région », qui

30. Ce constat de dispersion de la démarche stratégique rejoint celui du rapport du groupe de travail présidé par Y. Moreau, *Pour un commissariat général à la prospective* (décembre 2012), qui relève que la fonction de concertation avec les partenaires sociaux remplie par le Commissariat général au plan

avaient été créés par une loi du 29 juillet 1982 pour renouveler la planification, ont survécu à sa disparition, en étant renommés « contrats de projet État-région »[31]. Si l'essentiel de leur contenu est aujourd'hui consacré à la programmation d'investissements publics, ils n'ont pas la portée contraignante d'un véritable engagement contractuel : le Conseil d'État a jugé qu'en raison des termes de la loi, « *un contrat de plan État-région n'emporte par lui-même aucune conséquence directe quant à la réalisation des actions qu'il prévoit* »[32].

Au niveau national, le besoin de définir dans les différentes politiques publiques une feuille de route sur plusieurs années, construite autour de grands objectifs, assortis d'indicateurs chiffrés et le cas échéant d'une programmation indicative des moyens financiers, est de plus en présent. Le droit souple permet de donner une formalisation à ce besoin sans lier les mains de l'administration. Un des instruments privilégiés, notamment en ce qu'il permet d'impliquer le Parlement, est la loi d'orientation et de programmation, qui a un fondement constitutionnel élargi depuis la révision du 23 juillet 2008[33]. Elle est utilisée de manière récurrente dans certains domaines (intérieur, justice, éducation) et pourrait s'étendre à d'autres ; une loi d'orientation en matière d'aide au développement a ainsi été récemment envisagée. Le Conseil d'État a confirmé l'absence de portée contraignante des lois de programmation en jugeant que, « *dépourvues de portée normative* », elles ne pouvaient faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité[34]. Sans passer par le Parlement, de nombreux ministères se dotent de « stratégies » ou de « schémas » dont les fonctions sont en fait voisines de celles d'une loi d'orientation : stratégie nationale du développement durable, de la recherche et de l'innovation, stratégie nationale de santé dont l'élaboration a été lancée par le Premier ministre en février 2013, schéma national des infrastructures de transport, etc.[35]

Deux domaines illustrent de manière différente ce recours à des instruments de droit souple dans un but de programmation et de modification des comportements : l'environnement et l'assurance-maladie. Fruit des travaux de concertation du « Grenelle de l'environnement », la loi du 3 août 2009, dite « Grenelle I », fait

a été reprise par une multitude de conseils sectoriels (Conseil d'orientation des retraites, Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance-maladie, etc.).

31. Leur périodicité est désormais calée sur celle des fonds structurels européens, elle-même issue du cadre financier pluriannuel de l'Union européenne. La dernière génération de CPER, conclus pour la période 2007-2013, arrive à expiration et la question de la conclusion d'une nouvelle génération de contrats pour la période 2014-2020 se pose aujourd'hui.

32. CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Écologie*, n° 169557, Rec. p. 415.

33. Avant la révision de 2008, l'article 34 de la Constitution restreignait le champ des « *lois de programme* » à la détermination des « *objectifs de l'action économique et sociale de l'État* ». Dès lors que le Conseil constitutionnel censurait depuis 2004 les dispositions dépourvues de portée normative et ne se rattachant pas à la catégorie des lois de programme, il était devenu impossible pour le législateur de fixer des objectifs en dehors du domaine économique et social.

34. CE, 18 juillet 2011, *Fédération nationale des chasseurs et fédération départementale des chasseurs de la Meuse*, n° 340512, Rec. p. 368.

35. Il est à noter que l'existence de certains de ces textes est prévue par la loi : la stratégie nationale de développement durable est mentionnée par l'article 1er de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement (dite loi « Grenelle I »), le schéma national des infrastructures de transport par l'article L. 1212-1 du code des transports. Cette mention par la loi ne leur confère cependant pas une portée différente de celle des instruments adoptés par le Gouvernement sans fondement législatif.

de la lutte contre le changement climatique une priorité et pose, dans son titre I er, l'objectif de division par quatre des émissions de gaz à effet de serre entre 1990 et 2050 ; en découlent différents objectifs sectoriels de réduction d'émissions (bâtiment, transports, énergie) et des orientations de nature à les atteindre. Quant à la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « Grenelle II », elle crée ou consolide de nombreux instruments de programmation nationaux ou territoriaux : document-cadre des trames vertes et bleues, schémas régionaux éoliens, schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie, etc. La protection de l'environnement, qui implique une projection à moyen et long terme et la mise en œuvre d'actions coordonnées de nombreux partenaires publics et privés, apparaît propice à l'usage de ces instruments de droit souple définissant une référence commune.

Jusque dans les années 1990, les plans de redressement successifs de l'assurance-maladie ne comportent quasiment que des mesures d'augmentation des prélèvements obligatoires, de diminution des remboursements ou de limitation des budgets hospitaliers. Devant l'incapacité de ces mesures à permettre un rétablissement durable de l'équilibre des comptes, une réflexion se développe sur la mise en place d'instruments de nature à modifier les comportements des « offreurs » de soins (médecins, pharmaciens, établissements de santé, etc.) et des patients. De nouveaux dispositifs sont mis en place, dont l'objet est de fixer des objectifs ou de définir des références de bonnes pratiques : objectifs quantifiés nationaux (OQN) de dépenses pour les laboratoires d'analyses médicales et les cliniques privées, références médicales opposables (RMO) et recommandations de bonnes pratiques définissant respectivement les mauvaises pratiques devant être écartées et les bonnes pratiques à appliquer par les médecins. Ce mouvement mettant la fixation d'objectifs au cœur de la maîtrise des dépenses de santé culmine avec la création des lois de financement de la sécurité sociale (LFSS) par la révision constitutionnelle du 22 février 1996. À la différence des lois de finances, les LFSS ne fixent pas de montants limitatifs (ce qui ne serait guère envisageable puisque cela impliquerait de priver les assurés sociaux de leurs droits lorsque les crédits sont épuisés) mais des objectifs de dépenses et, en premier lieu, l'objectif national des dépenses d'assurance-maladie (ONDAM). L'ONDAM est ainsi un mécanisme de droit souple[36]. Il est significatif qu'il soit parfois qualifié par des spécialistes du sujet « *d'ardente obligation* »[37], reprenant ainsi l'aphorisme du Général de Gaulle qualifiant le Plan.

Ces deux exemples illustrent la gradation des fonctions qui peut exister au sein du droit souple. En matière d'environnement, il s'agit d'orienter les comportements par une référence commune. Pour l'assurance-maladie, l'ONDAM a pour objet de limiter les dépenses. Cependant, dans les deux cas, la méconnaissance de l'objectif fixé n'entraîne pas de conséquence juridique directe.

36. Cette qualification doit cependant être nuancée selon la manière dont chaque composante de l'ONDAM est gérée, les « enveloppes » afférentes aux secteurs hospitalier et médico-social fonctionnant de manière plus limitative que celle relative aux soins de ville.

37. Cf. notamment audition de Daniel Lenoir, directeur de la CNAMTS, par la commission des affaires sociales du Sénat le 29 octobre 2002 ; audition d'Annie Podeur, directrice générale de l'offre de soins, par la mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale (MECSS) du Sénat le 7 février 2012.

Le droit souple, instrument de l'État régulateur

Au cours des années 1980 et 1990, plusieurs mutations structurelles ont conduit à un changement profond de la posture de l'État à l'égard des activités économiques. L'abandon des mécanismes de l'économie administrée (contrôle des prix, encadrement du crédit, contrôle des changes), le désengagement de l'État de la plupart des activités industrielles et commerciales par les privatisations et l'ouverture à la concurrence des secteurs de réseau (énergie, télécommunications, transports, etc.) ont conduit au retrait de l'État interventionniste et à l'avènement d'un État souvent qualifié de « régulateur »[38]. L'État régulateur n'est pas un producteur ; si l'État conserve dans le secteur concerné une activité de production, l'État régulateur doit en être nettement distingué. Il ne conduit pas une politique discrétionnaire, mais a pour but d'assurer le bon fonctionnement d'un secteur d'activité relevant de l'économie de marché. Ces deux caractéristiques ont conduit à attribuer certaines fonctions de régulation à des autorités administratives indépendantes (Autorité de la concurrence, Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Autorité des marchés financiers, etc.), non soumises à l'autorité ou à la tutelle du pouvoir exécutif.

Sur le plan de l'activité juridique, la régulation est souvent opposée à la réglementation. Elle n'en est certes pas exclusive : nombre d'AAI sont dotées de pouvoirs réglementaires[39], d'autorisation ou de sanction. L'ampleur des enjeux pour les entreprises concernées des autorisations d'utilisation des fréquences radioélectriques délivrées par l'ARCEP ou des sanctions prononcées par l'Autorité de la concurrence montre que le droit dur joue un rôle souvent essentiel dans la régulation. Il ne l'épuise cependant pas, ce qui distingue la régulation de l'activité réglementaire traditionnelle de l'État. Selon J. Chevallier, la régulation emploie des « *formes ignorées de la normativité classique* » et utilise un droit nouveau « *marqué par le reflux des éléments de contrainte* »[40]. La force du régulateur ne tient en effet pas seulement à ses prérogatives de puissance publique, mais aussi à sa connaissance des milieux professionnels régulés et son expertise sur les enjeux du secteur, qui doivent lui permettre de susciter l'adhésion à ses prises de position. Selon la formule employée par le rapport du Conseil d'État de 2001 sur les autorités administratives indépendantes, le but de la régulation « *serait moins de qualifier des faits par rapport à des normes préétablies et d'aboutir au respect de celles-ci par la sanction, que de chercher par tous moyens à susciter des standards de comportement dictés par l'observation attentive de la réalité et une capacité de réaction rapide et proportionnée aux déviances constatées* ». Cette affirmation vaut également pour les autorités et agences intervenant en dehors du domaine économique, en matière de protection des libertés fondamentales (CNIL, CSA, Défenseur des droits) ou de santé publique (Haute Autorité de santé et autres agences sanitaires).

38. Cf. par exemple E. Cohen, « L'État régulateur », *Alternatives économiques*, mars 2004.
39. Ce que le Conseil constitutionnel a admis, à condition que l'habilitation donnée par le législateur ne « *concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu* » (décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication)*.
40. J. Chevallier, L'État post-moderne, *in Droit et société* (vol. 35), LGDJ, 2003.

Les formes et les enjeux du recours au droit souple varient selon les organismes. Pour l'Autorité des marchés financiers (AMF), qui dispose de pouvoirs réglementaires étendus se traduisant par un volumineux « règlement général », le droit souple est surtout un instrument d'accompagnement du droit dur, destiné à faciliter son appropriation par les acteurs ou à promouvoir des bonnes pratiques allant au-delà de leurs obligations. L'article L. 621-6 du code monétaire et financier reconnaît ainsi expressément à l'AMF le pouvoir de « *publier des instructions et des recommandations aux fins de préciser l'interprétation du règlement général* ». Compte tenu du caractère très technique et évolutif des activités financières, une abondante production de normes d'interprétation est nécessaire, le droit dur ne pouvant régler toutes les questions. En matière financière, le droit souple ne se substitue pas au droit dur mais s'insère dans une architecture normative complexe dont il assure la mise en œuvre au niveau le plus fin[41]. Le droit souple est également le moyen d'impliquer les représentants des acteurs concernés dans une corégulation ; les codes de bonne conduite élaborés par des organisations professionnelles font l'objet d'une approbation par l'AMF.

A l'inverse, le Défenseur des droits ou la Haute Autorité de santé n'ont pas le pouvoir de prendre des décisions s'imposant aux tiers : leur pouvoir ne peut être que d'influence et le droit souple (recommandations émises par le premier dans le cadre des affaires dont il est saisi, recommandations de bonne pratique destinées aux professionnels de santé pour la seconde) est l'instrument de son exercice.

Plus remarquable est la situation dans laquelle le droit souple permet d'expliciter la portée d'une législation. Ainsi, l'Autorité de la concurrence ou la CNIL sont chargées d'appliquer un cadre légal se réduisant à quelques dispositions de caractère général (interdiction des ententes et des abus de position dominante pour l'Autorité de la concurrence, principes de loyauté, de légitimité des finalités, de proportionnalité pour la CNIL), qui ne sont pas précisées par des dispositions réglementaires. Elles sont de ce fait dotées, sinon d'un pouvoir discrétionnaire, du moins d'une marge d'appréciation importante, sans disposer elles-mêmes d'un pouvoir réglementaire permettant de l'encadrer de manière contraignante. L'adoption de recommandations, d'avis ou de lignes directrices a alors pour fonction de permettre aux acteurs concernés de prévoir l'usage que fera l'autorité de ses pouvoirs. Dans ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations[42], l'Autorité de la concurrence précise ainsi la manière dont elle entend les notions « *d'influence déterminante* » ou de « *marché pertinent* » ou dont elle évalue la « *contribution au progrès économique* ». Dans ses recommandations sur la sécurité

41 Ces caractéristiques se retrouvent au niveau européen. Selon la « méthode Lamfalussy », définie en 2001, la régulation des activités financières dans l'Union européenne comporte quatre niveaux : le niveau 1 est celui de la législation-cadre adoptée par le Parlement européen et le Conseil ; le niveau 2 est celui de la réglementation de mise en œuvre, adoptée par la Commission et des comités où siègent les représentants des régulateurs nationaux ; le niveau 3, destiné à assurer la convergence des pratiques des régulateurs nationaux, passe par le recours au droit souple, sous la forme de recommandations et de lignes directrices qui émanaient dans un premier temps de comités de régulateurs nationaux, et qui depuis le 1er janvier 2011 sont produits par les nouvelles autorités de régulation européennes créées suite à la crise (Autorité bancaire européenne, Autorité européenne des marchés financiers, Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles) ; le niveau 4 est celui du contrôle.

42. Les dernières lignes directrices émises par l'Autorité ont été publiées le 16 décembre 2009 et sont aujourd'hui en cours de révision.

des systèmes de vote par voie électronique ou sur la géolocalisation des véhicules automobiles utilisés par les employés d'un organisme privé ou public[43], la CNIL définit de manière très concrète les implications de la loi du 6 janvier 1978 pour des problématiques émergentes. La portée pratique de ces recommandations peut être d'autant plus importante que l'Autorité de la concurrence et la CNIL sont dotées de pouvoirs de sanction. La méconnaissance d'une recommandation ne peut certes fonder par elle-même une sanction. Cependant, le fait que l'autorité qui en est l'auteur dispose par ailleurs de tels pouvoirs peut suffire à inciter les destinataires à s'y conformer.

L'usage du droit souple par ces AAI s'apparente ainsi à la notion de directive telle qu'elle a été dégagée par le Conseil d'État dans sa décision *Crédit foncier de France*[44]. Sans pouvoir ajouter aux dispositions législatives ou réglementaires, ces instruments définissent les critères qui guideront la décision de l'autorité. Ils accroissent ainsi la prévisibilité de ces décisions pour les acteurs concernés.

La rénovation des méthodes de gestion de l'État

Les questions d'organisation interne et de gestion de l'État peuvent sembler peu propices à un traitement par le droit souple. La jurisprudence du Conseil d'État reconnaît aux chefs de service un pouvoir réglementaire général pour prendre les mesures nécessitées par le bon fonctionnement du service[45]. La situation des fonctionnaires doit être réglée, pour toutes les questions statutaires, par des dispositions législatives et réglementaires. La décision de la section du contentieux *Dame Si Moussa*[46], sans exclure formellement l'emploi des directives au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France* en matière de fonction publique, manifeste une réticence certaine : alors que le commissaire du gouvernement Jean Massot[47] concluait, sur le fondement de la théorie des directives, à la possibilité pour un ministre de fixer une norme maximale de six ans pour la durée des détachements, susceptible de dérogation dans des cas individuels, le Conseil d'État a jugé que le ministre avait ce faisant « *édicté de façon générale des règles relatives à la situation des fonctionnaires* » et excédé sa compétence (cf. 3.2.1 d) pour plus de précisions sur cette jurisprudence et ses suites).

L'élaboration des règles statutaires a pourtant fait place au droit souple, sous la forme des protocoles d'accord conclus entre l'administration et les syndicats de fonctionnaires. Le Conseil d'État a dès 1973, dans une affaire où le texte en cause n'était pas des moindres puisqu'il s'agissait de l'accord de Grenelle du 27 mai 1968, refusé de reconnaître leur caractère contraignant pour l'administration et leur

43 Respectivement délibérations n° 2010-371 du 21 octobre 2010 et n° 2006-066 du 16 mars 2006.
44 CE, Sect., *Crédit foncier de France c/ demoiselle Gaupillat et dame Ader*, 11 décembre 1970, n° 78880, Rec. p. 750.
45 CE, Sect., 7 février 1936, *Jamart*, n° 43321, Rec. p. 172.
46 CE, Sect., 4 novembre 1977, *Dame Si Moussa*, n° 97977, Rec. p. 417.
47 Cf. ses conclusions ainsi que son article dans l'AJDA, « Les ministres peuvent-ils avoir une politique du personnel ? », 1977, p. 603 : Jean Massot y indiquait qu'en « *se référant à ses propres instructions, le ministre ne commet pas d'erreur de droit* » et préconisait de consacrer le droit pour un ministre « *d'arrêter et de faire connaître sa politique du personnel* ».

invocabilité par les requérants[48] ; il en a fait dès lors, à la différence des conventions collectives dans le champ du code du travail, des instruments de droit souple. Cependant, ce droit souple a bénéficié d'une reconnaissance croissante par le législateur. La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires a prévu que les « *organisations syndicales de fonctionnaires ont qualité pour conduire au niveau national avec le Gouvernement des négociations préalables à la détermination de l'évolution des rémunérations* » ; elle a donc fait de la négociation d'un instrument de droit souple un préalable à l'adoption de la règle de droit dur, qui demeure la seule à pouvoir faire entrer une revalorisation des traitements des fonctionnaires dans l'ordre juridique. La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique a étendu le champ de la négociation collective à de nombreux autres sujets (conditions de travail, déroulement des carrières, formation continue, etc.) et a défini des règles de validité des accords en fonction du degré de représentativité des syndicats signataires. Au cours des dernières années, de nombreux accords ont été conclus et traduits ensuite dans les dispositions législatives et réglementaires, notamment en matière de rémunérations (relevés de conclusions du 21 février 2008), de rénovation du dialogue social (accords de Bercy du 2 juin 2008, repris par la loi du 5 juillet 2010) et de résorption de la précarité (accord du 31 mars 2011, repris par une loi du 12 mars 2012).

Sous l'influence, parmi d'autres sources, des théories de la Nouvelle gestion publique (« *New Public Management* »), l'État a eu recours de manière croissante à des instruments contractuels pour assurer le pilotage de ses opérateurs, mais aussi parfois de ses propres services[49]. Si les conventions conclues entre l'État et ses opérateurs ont un véritable caractère contractuel[50], il n'en va pas de même de celles passées entre différents services de l'État. S'agissant de deux organes d'une même personne morale, elles ne peuvent donner prise à un contrôle juridictionnel ; on parle parfois à leur égard de « pseudo-contrats ». La circulaire « Rocard » du 23 février 1989 relative au renouveau du service public invitait déjà à « *la création de centres de responsabilités expérimentaux où seraient mis en œuvre de façon contractuelle des assouplissements des règles de gestion budgétaire, accompagnant une plus grande autonomie administrative* ». Au cours des années 2000, dans le cadre de la mise en œuvre de la LOLF, des contrats de performance ont été passés entre la direction du budget et des grandes directions du ministère des finances, de l'équipement et des affaires étrangères.

Au sein de la juridiction administrative, le Conseil d'État a conclu des contrats d'objectifs et de moyens avec les cours administratives d'appel, dont l'objet était de piloter l'allocation des moyens supplémentaires découlant de la loi d'orientation et de programmation pour la justice du 9 septembre 2002 tout en inscrivant des engagements de réduction des délais de jugement. L'objet commun de ces

48 CE, Ass., 23 mars 1973, *Fédération du personnel de la défense nationale (CFDT*), n° 76767, Rec. p. 247.

49. Cf. Conseil d'État, Rapport public 2008, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes* - Volume 2, La documentation Française, 2008, 397 p.

50. Cf. par exemple, pour une convention d'objectifs et de gestion entre l'État et l'ACOSS, CE, 18 février 2009, *Association comité CSG*, n° 295233, Rec. p. 824 et 888.

contrats était d'établir une visibilité pluriannuelle sur les moyens en contrepartie d'engagements de productivité et de performance. La démarche n'a cependant jamais été étendue à l'ensemble des services de l'État et semble même avoir reculé au cours des dernières années : ainsi, au sein du ministère des finances, seule la direction générale des douanes et des droits indirects paraît avoir un contrat de performance en cours.

La déontologie est un autre domaine dans lequel nombre d'administrations ont ressenti le besoin de compléter les dispositions légales par des instruments de droit souple. En matière de conflits d'intérêts, le cadre légal français est structuré par quelques dispositions fortes : délit de prise illégale d'intérêts (article 432-12 du code pénal), interdiction faite aux fonctionnaires de prendre des intérêts de nature à compromettre leur indépendance (article 25 de la loi du 13 juillet 1983), contrôle assuré par la commission de déontologie placée auprès du Premier ministre (article 87 de la loi du 29 janvier 1993). Toutefois, comme l'ont relevé deux rapports récents[51], ce dispositif est essentiellement répressif et ne favorise pas de manière suffisante la prévention des conflits d'intérêts. Selon la formule de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, « *la probité et l'impartialité peuvent certes s'appuyer sur des dispositifs normatifs, (…), mais elles relèvent aussi de la conscience individuelle et collective, ce qui suppose la plus large diffusion d'une véritable culture de la déontologie* ».

C'est pour développer en leur sein cette culture de la déontologie que nombre d'organismes ont, au cours des dernières années, mis en place des mécanismes non contraignants, notamment des chartes de déontologie, telles que celles de la Haute Autorité de santé de novembre 2008, du service d'audit et de contrôle qu'est le Conseil général de l'alimentation de l'agriculture et des espaces ruraux, en juillet 2010, ou des membres de la juridiction administrative, adoptée fin 2011 au terme d'un processus d'élaboration qui a duré plusieurs années, donnant ainsi une large place à la concertation. Les assemblées parlementaires ont également eu recours au droit souple pour traiter des questions de conflits d'intérêts en leur sein : l'Assemblée nationale a nommé en juin 2011 un déontologue autonome chargé de veiller à l'application du code de déontologie des députés adopté la même année. Les deux rapports mentionnés ci-dessus ont préconisé la systématisation de ce type de démarche, en complément de leurs recommandations tendant à renforcer le cadre législatif.

Qu'il s'agisse de déontologie, de dialogue social, de régulation économique ou de programmation stratégique, le droit souple se retrouve ainsi de manière discrète mais insistante dans nombre d'aspects de la réforme de l'État.

51. Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, janvier 2011 ; Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, *Pour un renouveau démocratique*, novembre 2012.

1.1.4. Le droit souple émanant des entreprises : la référence préférée à la contrainte

La vie des entreprises, domaine d'élection du droit souple

Le droit souple intervenant dans les différents aspects de la vie des entreprises présente la forte spécificité d'être souvent produit par des acteurs de droit privé, qu'il s'agisse des entreprises elles-mêmes ou d'organisations diverses (organisations professionnelles, associations, etc.), à la différence des exemples présentés jusqu'ici qui émanaient principalement d'entités publiques. C'est là l'une des caractéristiques les plus remarquables du droit souple que de pouvoir être produit par n'importe quel acteur, indépendamment de sa nature juridique ; ce droit émanant des acteurs concernés eux-mêmes a pu être qualifié de « *droit spontané* »[52]. Il se distingue à cet égard nettement du droit dur, les personnes de droit privé n'ayant le pouvoir de produire des normes de manière unilatérale que dans des hypothèses restreintes[53].

Le phénomène est loin d'être marginal ; la vie des entreprises semble au contraire être le domaine d'élection du droit souple. Différentes hypothèses peuvent être avancées pour expliquer cette prévalence particulièrement forte. En termes économiques, le recours au droit souple serait justifié par la recherche d'une plus grande flexibilité dans la conduite des affaires. Sur le plan juridique, l'usage très développé du contrat facilite la réception du droit souple par le droit dur, car il permet aux parties de décider librement de se référer à tel ou tel standard (cf. *infra* 1.4). Les considérations idéologiques, sans que ce terme ne revête de connotation péjorative, ne sont sans doute pas non plus absentes : la réticence à l'intervention contraignante de l'État, et donc la préférence pour le droit souple, a fortiori lorsqu'il est d'origine privée, paraît inhérente au libéralisme économique[54]. La préférence pour une référence commune dont on peut s'écarter en cas de besoin, plutôt que pour la règle générale et contraignante, semble être le trait commun de la plupart des phénomènes exposés ci-dessous. Cela explique sans doute que c'est dans le domaine de la vie des entreprises que le recours au droit souple suscite le plus facilement le débat politique, la question de l'alternative entre autorégulation et régulation publique étant sous-jacente.

Le droit souple irrigue bien des aspects de la vie des entreprises. L'objet de cette étude n'est pas de les analyser de manière exhaustive. On se bornera donc à mentionner ici quelques domaines parmi les plus significatifs. Dans les relations commerciales internationales, les contrats-types élaborés par la Chambre de commerce internationale (Incoterms, règles et usances uniformes du crédit documentaire), qui est un organisme de droit privé, sont massivement utilisés, sans qu'aucune obligation juridique ne l'impose. Le droit souple de la consommation présente la particularité de comporter à la fois des instruments d'origine publique

52. P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002.

53. On peut mentionner notamment, en droit du travail, le règlement intérieur de l'entreprise ou les recommandations patronales pouvant dans certaines hypothèses se substituer à une convention collective.

54. Même si elle n'est pas univoque, nombre d'analyses relevant du courant économique libéral soulignent l'importance d'un cadre juridique clair pour le droit de propriété et les relations commerciales.

(recommandations de la Commission de sécurité des consommateurs ou de la Commission des clauses abusives) ou privée (contrats-types ou les normes de qualité recommandées par les organisations professionnelles à leurs membres). Enfin, le droit souple du domaine des activités bancaires et financières, qui a déjà été évoqué sous l'angle de la régulation publique, manifeste la force de la corégulation avec les organismes représentatifs du secteur.

Quatre autres domaines seront ici présentés de manière plus développée : la normalisation technique ; les normes comptables ; la gouvernance des sociétés et la rémunération de leurs dirigeants ; la responsabilité sociale et environnementale (RSE) des entreprises. Dans les trois premiers, le droit souple est produit par des instances de droit privé qui représentent les entreprises ou dans lesquelles celles-ci exercent une forte influence. En matière de RSE, le droit souple peut aussi être produit directement par les entreprises elles-mêmes.

Les normes techniques : internationalisation et diversification

La normalisation se caractérise par l'application volontaire par les entreprises et par des modalités d'élaboration qui impliquent la recherche du consensus. Selon l'article 1er du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, celle-ci se définit comme « *une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations* » ; comme le prévoit l'article 17 du même décret, « *les normes sont d'application volontaire* »[55]. Née au XIXème siècle à l'initiative d'acteurs privés soucieux de promouvoir la standardisation industrielle, la normalisation a connu un développement quantitatif très important, qualifié « *d'essor fabuleux* » par le professeur Laurence Boy[56], mais aussi une triple évolution qualitative : l'insertion dans un cadre régulé par les pouvoirs publics ; la participation au développement des échanges internationaux ; la diversification des sujets couverts.

Dans un cadre prévu par le droit dur assurant le contrôle des pouvoirs publics, l'élaboration des normes est assurée par les parties prenantes intéressées, notamment les industriels, au sein de commissions de normalisation. La régulation par les pouvoirs publics s'est affirmée progressivement au cours du XXème siècle, avec la création de l'Association française de normalisation (AFNOR) en 1926, et surtout l'adoption de l'acte dit loi du 24 mai 1941, toujours en vigueur, qui donne compétence au pouvoir réglementaire pour fixer par décret le statut de la normalisation. Le décret du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation a conféré le pouvoir d'homologation des normes à l'AFNOR sous le contrôle de l'État,

55. La directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques retient une définition voisine, comportant ces deux éléments de document de référence et d'application volontaire : une norme est « une spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas obligatoire ». La norme technique s'oppose ainsi à la règle technique, dont l'observation est obligatoire.

56. L. Boy, « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007.

un commissaire à la normalisation représentant le ministre chargé de l'industrie et pouvant s'opposer à l'homologation ; le décret du 16 juin 2009 a maintenu cet équilibre. Le Conseil d'État a jugé que l'AFNOR exerçait une mission de service public[57] et que l'homologation d'une norme, « *en raison des effets qui y sont attachés* », relevait de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique et pouvait être contestée devant le juge administratif[58]. La norme homologuée reste cependant d'application facultative, et relève ainsi du droit souple.

La deuxième tendance est celle de l'internationalisation. Au niveau mondial, l'*International Standard Organisation* (Iso), qui est une organisation non gouvernementale associant les organismes nationaux de normalisation, a été créée en 1947 ; le Comité européen de normalisation (CEN) date de 1961. La normalisation internationale contribue au développement des échanges commerciaux en levant les obstacles liés aux différences d'exigences techniques entre les pays. Dès 2002, près de 90 % des normes applicables en France étaient d'origine européenne ou internationale[59], et l'essentiel de l'activité de l'AFNOR consiste aujourd'hui à organiser la préparation et la défense des positions françaises dans les instances internationales.

Enfin, alors que l'objet initial de la normalisation était centré sur des questions techniques (la première norme élaborée par l'Iso avait pour objet la « température normale de référence pour la vérification géométrique des produits »), son champ s'est considérablement élargi, pour traiter de questions telles que le management de la qualité (la fameuse norme Iso 9001), le management environnemental (Iso 14001), la sécurité alimentaire (série Iso 22000), la santé et la sécurité au travail (Ohsas 18001) ou encore la responsabilité sociétale (Iso 26000). L'utilisation de ces normes aux objets variés s'étend d'ailleurs au secteur public : la norme Iso 9001, en particulier, y est aujourd'hui très développée, y compris dans des domaines régaliens comme l'administration pénitentiaire où certains quartiers d'accueil ont été certifiés.

Les normes comptables : du durcissement au retour du droit souple

Les règles de comptabilité des entreprises n'ont longtemps fait l'objet d'aucune réglementation contraignante. Le plan comptable général, créé en 1947, était facultatif, tout comme les avis rendus par le Conseil national de la comptabilité. Dans une allocution prononcée devant ce conseil en 1971, Valéry Giscard d'Estaing, alors ministre des finances, s'en émerveillait : « *Ce qui me paraît remarquable, c'est que cette législation sans sanction s'est tout naturellement imposée à tous, sans que personne ne la discute ni ne la récuse et sans recours à d'autres forces contraignantes que celles de la vérité et de la raison* »[60]. Cette absence de contrainte juridique était d'autant plus notable que le droit fiscal prend en compte

57. CE, 17 février 1992, *Société Textron*, n° 73230, Rec. p. 66.

58. CE, 14 octobre 1991, *Section régionale «Normandie Mer du Nord» du comité interprofessionnel de conchyliculture et Quetier*, n° 90260, Rec. p. 777.

59. M. Rouland, « La normalisation technique (instrument de concurrence à la loi) », dans E. Claudel et B. Thullier (dir.), *Le droit mou, une concurrence faite à la loi,* Paris, Travaux du CEDCACE, 2004, 16 p., disponible à < http://www.glose.org/CEDCACE7.pdf >.

60. Cité par C. Grillet, « Le droit comptable français : droit souple ou droit dur ? Quelle influence du droit comptable international ? », Congrès de l'Association francophone de comptabilité (AFC), 2007.

les normes comptables, sans être tenu par elles : selon la formule de Marie-Aimée Latournerie, « *rien ne fait obstacle, en droit, (…) à ce qu'une entreprise se prévale d'usages comptables non contraires à la loi si le respect de ces usages n'est pas incompatible avec les règles applicables pour l'assiette de l'impôt* »[61]. Le droit comptable, relevant alors entièrement du droit souple, influençait donc l'établissement de l'assiette de l'impôt.

Cependant, le droit comptable a connu par la suite un mouvement de « durcissement ». Afin de transposer la quatrième directive CEE du 25 juillet 1978 concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, la loi n° 83-353 du 30 avril 1983 a pour la première fois fixé au niveau législatif les grandes règles de la comptabilité (obligation de tenue d'une comptabilité annuelle comprenant un bilan, un compte de résultat et une annexe, principe « *d'image sincère et fidèle* » de la situation de l'entreprise, etc.). Le durcissement a été renforcé avec la création du Comité de la réglementation comptable par une loi du 6 avril 1998, ce comité recevant le pouvoir de rendre obligatoires les avis du CNC.

Le droit comptable est entré dans une troisième phase en 2002, marquée par une forte internationalisation de ses sources. En effet, le règlement n° 1606/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales a prévu l'obligation pour les sociétés cotées, à compter du 1er juillet 2005, de publier leurs comptes consolidés selon les normes IFRS (*International Financial Reporting Standards*)[62]. L'IFRS est un organisme de droit privé, qui a pour objet d'élaborer et de promouvoir l'utilisation de normes comptables internationales. Ainsi, selon un schéma déjà vu pour les normes du comité de Bâle, le droit dur et les institutions politiques habilitées à l'élaborer ne sont ici qu'un relais du droit souple, auquel ils prêtent force contraignante mais dont ils n'influencent pas le contenu ; ce schéma est d'autant plus remarquable qu'à la différence du comité de Bâle, composé de représentants des États, l'IFRS est un organisme privé. Si le sujet des normes comptables peut paraître technique, les années récentes ont mis en évidence l'ampleur de ses enjeux : la valorisation des actifs de l'entreprise à leur valeur de marché et non plus à leur coût historique induite par les normes IFRS a joué, selon certaines analyses, un rôle important dans la diffusion de la crise financière (cf. *infra* 2.3).

Gouvernance des entreprises et rémunération de leurs dirigeants

L'apparition de codes de bonne conduite en matière de gouvernance des entreprises s'inscrit dans un vaste mouvement de renforcement du contrôle exercé par les actionnaires, qui a débuté au cours des années 1980 dans les pays anglo-saxons[63]. Aux États-Unis, qui avaient une tradition d'actionnariat dispersé et passif laissant une grande marge de manœuvre aux dirigeants de l'entreprise, la montée

61. Conclusions sur CE, Plén., 6 décembre 1985, *Ministre des finances c/ société Sofilec*, n° 53001, Rec. p. 355.

62. Autrefois dénommées « normes IAS » (*International Accounting Standards*), elles sont dénommées depuis 2001 « normes IFRS » (*International Financial Reporting Standards*). Au sein de l'IFRS, l'IASB (*International Accounting Standards Board*) est l'instance, composée d'experts, chargée d'élaborer les normes comptables.

63. N. Véron, « Gouvernement d'entreprise : qui est l'arbitre ? », *Risques*, n° 56, décembre 2003, disponible à < http://www.nicolasveron.info/Risques_GouvernementEntreprise.pdf >.

en puissance des investisseurs institutionnels tels que les fonds de pension les a conduits à produire des recommandations sur la gouvernance. Au Royaume-Uni, le premier code de gouvernance des sociétés cotées, dit « rapport Cadbury », a été adopté en 1992 suite à une série de scandales financiers tels que celui du groupe Maxwell. C'est ce mouvement qui a conduit l'Association française des entreprises privées (AFEP) et le Conseil national du patronat français (CNPF), prédécesseur du MEDEF, à demander en 1995 à Marc Viénot, président-directeur général de la Société générale, de diriger l'élaboration d'un code français[64]. Le rapport Viénot formule à l'attention des sociétés cotées des préconisations sur la mission du conseil d'administration, sur la création en son sein de comités spécialisés (comité de sélection des administrateurs, comité des rémunérations, comité d'audit), sur les devoirs de l'administrateur ou encore sur la présence d'un nombre minimal d'administrateurs indépendants (c'est-à-dire qui n'exerce pas de fonction de direction dans la société et n'a pas de lien d'intérêt avec elle).

Les rapports successifs qui ont suivi le rapport Viénot de 1995, toujours élaborés par l'AFEP et le MEDEF, ont souvent été adoptés en réaction à des crises. Le rapport Bouton a été adopté en 2002 suite à la succession de scandales aux États-Unis (affaires *Enron*, *Worldcom*) ou en France (affaire *Vivendi*), qui mettaient notamment en cause le rôle des sociétés d'audit telles qu'Arthur Andersen et le conflit d'intérêt avec leurs missions de conseil[65]. Les recommandations de 2007 et de 2008 sur la rémunération des dirigeants mandataires sociaux se voulaient une réponse aux vifs débats publics suscités par divers éléments de rémunération (stock-options, attributions gratuites d'actions, « parachutes dorés », « retraites chapeau ») et leur absence de lien avec la performance, certains dirigeants remerciés bénéficiant d'indemnités très conséquentes alors que leur entreprise était en grande difficulté ou bénéficiait d'aides publiques.

L'articulation entre ces instruments de droit souple et l'intervention du législateur fait l'objet de débats récurrents. Au Royaume-Uni, le rapport Cadbury de 1992 avait d'emblée fixé une règle dite de « *Comply or Explain* » (appliquer ou s'expliquer) : en vertu des règles de cotation de la place de Londres, les « *Listing Rules* », les entreprises cotées sont tenues d'appliquer le code de gouvernance britannique ou, le cas échéant, d'expliquer pourquoi elles ont estimé nécessaire d'y déroger. En France, le rapport Viénot et ses successeurs ont d'abord été, comme le souhaitaient leurs promoteurs, d'application strictement volontaire. C'est la directive 2006/46 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006, transposée par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit

64. A. Tunc, « Le rapport Viénot sur le conseil d'administration des sociétés cotées », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 48, n° 3, juillet-septembre 1996. Selon sa lettre de mission, le comité Viénot était chargé « *d'examiner dans quelle mesure la pratique française du gouvernement d'entreprise appelait des évolutions* » et de s'interroger « *tout particulièrement sur la composition, les attributions et le mode de fonctionnement des conseils, au regard notamment des pratiques étrangères et des réflexions en cours dans les principaux pays développés* ».

65. Le rapport affiche d'ailleurs de manière explicite les motifs de son élaboration : « *Les événements récents et notamment la révélation de pratiques comptables critiquables (…) sont à l'origine d'une grave crise de confiance dans l'essence même de l'économie de marché : la qualité du gouvernement des entreprises et la fiabilité des comptes qui sont le lien entre la réalité de l'entreprise et les actionnaires, institutionnels ou individuels.* »

des sociétés au droit communautaire, qui a imposé dans notre pays cette règle[66]. Elle n'est d'ailleurs reprise que de manière atténuée par rapport au Royaume-Uni, puisque les sociétés ont la possibilité, non seulement de déroger au code de gouvernance mais aussi de ne pas l'appliquer du tout.

La responsabilité sociale et environnementale des entreprises

Les pratiques tendant à développer la responsabilité sociale et environnementale des entreprises (RSE)[67] émanent historiquement de deux sources, d'une part de certaines organisations internationales désireuses de réguler les entreprises multinationales, d'autre part des grandes entreprises elles-mêmes. Au cours des années 1970, les entreprises multinationales, alors exclusivement issues des pays du nord et majoritairement américaines, faisaient l'objet de critiques très dures de la part des pays en développement, qui s'inscrivaient dans le mouvement général de revendication d'un « nouvel ordre économique international » (cf. *supra* 1.1.1). L'élaboration des « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales », adoptés en 1976, s'est faite en réaction à ces critiques, les pays industrialisés membres de l'OCDE étant soucieux de mettre en avant la contribution des grandes entreprises au développement, tout en fixant des principes de comportement de nature à prévenir les conséquences néfastes de certaines de leurs activités. Dans le même sens, l'OIT a adopté en 1977 une « Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale », au contenu très proche des principes de l'OCDE[68]. Une nouvelle initiative, dénommée Pacte mondial (Global Compact), a été lancée en 2000 par les Nations unies [69].

C'est bien souvent suite à des dénonciations et à des campagnes d'ONG, mettant notamment en cause le travail d'enfants chez des sous-traitants, que des entreprises ont adopté leurs propres codes de bonne conduite. Les premières firmes concernées au début des années 1990, telles que Levi's, Nike, Reebok ou Gap, relevant du secteur de l'habillement, étaient particulièrement vulnérables à une dégradation de leur image de marque. Selon un schéma similaire, Fiat a adopté en 1993 un code de bonne conduite à la suite de son implication dans une affaire de corruption et de financement des partis politiques[70]. Les codes de conduite ont par la suite rapidement proliféré et la quasi-totalité des grandes entreprises mondiales en serait aujourd'hui dotée[71].

66. Cf. articles L. 225-37 (pour les sociétés à conseil d'administration) et L. 225-68 (pour les sociétés à directoire et conseil de surveillance) du code de commerce.

67. L'acronyme RSE, généralement employé, recouvre une certaine variabilité des expressions : certaines parlent de responsabilité sociale des entreprises, d'autres de responsabilité sociale et environnementale, d'autres enfin de responsabilité sociétale des entreprises.

68. Cf. pour cet historique la thèse de B. Colas, « L'OCDE et l'évolution du droit international de l'économie et de l'environnement », Éditions OCDE, 2012, 402 p., disponible à < http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/free/0112112e.pdf >.

69. Les entreprises qui souscrivent au Pacte mondial s'engagent à respecter dix principes en matière de droits de l'homme, d'environnement, de droit du travail et de lutte contre la corruption.

70. M. Brac, « Codes de bonne conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur », dans E. Claudel et B. Thullier (dir.), *Le droit mou : une concurrence faite à la loi*, Paris, Travaux du CEDCACE, 2004, 18 p., disponible à < http://www.glose.org/CEDCACE3.pdf >.

71. M. Doucin, « À petits pas et à reculons, les mutations en cours de la *soft law* », allocution au colloque organisé par l'université de Bordeaux IV sur « Les normes de RSE, mise en œuvre et sanctions », 29 octobre 2010, disponible à < http://www.rse-et-ped.info/IMG/pdf/10-10-29_Les_mutations_en_

Il serait cependant réducteur de ne voir dans la RSE qu'un mécanisme défensif de réaction à des scandales. Ces démarches sont également sous-tendues par l'idée qu'une entreprise respectueuse des droits fondamentaux des travailleurs et de l'environnement aura une performance économique plus durable. Elles sont porteuses d'avancées dans des domaines où le droit dur ne s'aventure qu'avec beaucoup de prudence. Ainsi, l'idée de responsabilité de l'entreprise à l'égard de l'ensemble de sa « chaîne de valeur », et donc de ses sous-traitants et fournisseurs, est généralement très présente, alors que le droit dur s'arrête le plus souvent aux frontières de la personne morale. Nombre d'instruments de RSE promeuvent également l'implication de toutes les parties prenantes (les « *stakeholders* ») dans la gouvernance de l'entreprise, et en particulier dans l'évaluation du respect de ses engagements.

Dans l'histoire encore récente de la RSE, on observe un net mouvement de sophistication de ses instruments. Si les premiers instruments de RSE ne formulaient que des engagements généraux, des démarches de plus en plus structurées ont été mises en place, s'appuyant sur les méthodes et le langage de la normalisation : on peut mentionner la norme SA 8000, centrée sur le respect des droits fondamentaux du travail, la *Global Reporting Initiative* (GRI), qui définit un référentiel de rendu-compte ; le standard le plus récent, la norme Iso 26000 adoptée en 2010, se veut aussi le plus englobant, d'une part parce qu'il a vocation à s'appliquer à toutes les organisations publiques, commerciales ou à but non lucratif et pas seulement les entreprises, et d'autre part parce qu'il embrasse l'ensemble des aspects de la RSE. Il se présente comme compatible avec la GRI et le *Global Compact* des Nations unies, son ambition étant de couvrir les différents aspects de la mise en œuvre de la RSE.

Même si le développement du droit souple a souvent été discret, une telle extension ne pouvait manquer d'être remarquée. Les réactions que suscite ce phénomène nouveau sont contrastées.

cours_de_la_soft-law_U_Bordeaux_IV_M_Doucin.pdf >.

1.2. Un phénomène qui suscite des réactions contrastées

1.2.1. La critique d'une dégradation du droit et d'un contournement des processus démocratiques

L'émergence du droit souple a suscité des réactions défavorables tant dans la doctrine juridique que chez les praticiens du droit que sont les institutions et les responsables publics. Ces réactions portent essentiellement sur deux plans : d'une part, le développement du droit souple marquerait une dégradation des qualités attendues du droit, telles que la clarté et la sécurité juridique ; d'autre part, il ouvrirait la voie à un contournement des institutions démocratiques.

L'article écrit en 1982 par le professeur Prosper Weil, « Vers une normativité relative en droit international ? »[72], reste une référence dans ce débat, même s'il est marqué par son contexte historique et traite de questions plus larges que l'objet de la présente étude. Sur le plan conceptuel, P. Weil récuse l'appartenance au droit des actes qu'il qualifie de « *pré-juridiques* », telles que les résolutions des organisations internationales : « *les obligations pré-juridiques ne sont ni de la* soft law *ni de la* hard law *: elles ne sont tout simplement pas* law *du tout* ». Il refuse l'idée que la valeur normative d'un acte ne soit qu'une question de degré. Selon ses termes, si le seuil de la normativité peut être dans certains cas malaisé à déterminer, il existe : « *en aval de la frontière naît une obligation juridique dont il peut être fait état devant un juge ou un arbitre et dont la méconnaissance constitue un acte internationalement illicite générateur de responsabilité internationale ; en amont il n'y a rien de tel ».* Mais la critique de P. Weil ne se situe pas sur ce seul plan conceptuel. L'idée de normativité graduée promue par une partie de la doctrine mettrait en péril la capacité du droit international à remplir ses fonctions, qui sont d'assurer la coexistence des États et de promouvoir la réalisation des buts communs de la société internationale. La menace tient notamment à la création de la notion de *jus cogens* par la convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Selon l'article 53 de cette convention, le *jus cogens* ou « *norme impérative de droit international général* » est « *une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise* » ; un traité contraire au *jus cogens* est nul. P. Weil critique l'indétermination du contenu du *jus cogens* et de son mode de formation, critiques qui avaient d'ailleurs justifié le refus de la France de ratifier la convention de Vienne, refus maintenu jusqu'à aujourd'hui. La communauté internationale n'étant pas définie, tout groupe d'États suffisamment large ou influent pourrait à travers la notion de *jus cogens* imposer sa volonté à d'autres. Des principes issus de résolutions d'organisations internationales, adoptés par une majorité suffisamment large d'États, tels que celui de souveraineté sur les ressources naturelles, pourraient connaître cette transformation : « *c'est en définitive n'importe quelle norme ou sub-norme de droit international général qui*

72. *Revue générale de droit international public,* 1982.

pourrait subir cette poussée vers le haut : du non-droit au super-droit le glissement devient difficile à maîtriser ». C'est finalement le principe selon lequel « *les règles de droit liant les États procèdent de la volonté de ceux-ci* »[73], pierre angulaire du droit international public, qui serait fragilisé par la relativisation de la normativité.

Cette méfiance d'une partie de la doctrine française à l'encontre des textes internationaux présentés comme non contraignants se retrouve dans la circulaire du Premier ministre du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, toujours en vigueur aujourd'hui. Non seulement celle-ci enjoint aux ministres d'éviter les expressions telles que « *memorandums* d'accord » ou « *memorandums of understanding* », au nom du risque de confusion sur la portée de l'engagement souscrit, mais elle récuse la possibilité pour la France de conclure des accords juridiquement non contraignants : la distinction opérée par les pays anglo-saxons entre les accords internationaux et les engagements de bonne foi serait « *inconnue dans la conception française du droit international qui reconnaît à tout engagement pris au nom du Gouvernement la valeur d'un accord international créant des obligations* ». Les négociateurs français sont invités à refuser la conclusion de textes portant cette appellation et, s'ils ne peuvent y parvenir, à obtenir des autres parties l'inscription d'une clause précisant que « *ces instruments sont bien contraignants et que la France en exigera le respect* ». La circulaire indique également qu'en dehors des traités et accords en forme simplifiée, seuls mentionnés par la Constitution et conclus au nom des chefs d'État et de gouvernement, la pratique internationale admet l'existence « *d'arrangements administratifs* » conclus par les ministres avec leurs homologues. Les ministres ne peuvent cependant s'engager que dans la stricte limite de leurs attributions.

Ces restrictions ne semblent pas aisées à faire respecter. Dans une étude publiée en 2000[74], le Conseil d'État parlait de « *développement d'une activité normative internationale à statut juridique incertain* » et de « *prolifération des arrangements administratifs* ». Une circulaire du secrétaire général du Gouvernement du 7 juin 2011 a rappelé à l'ordre les ministres sur la nécessité de ne conclure des arrangements administratifs que dans la limite de leurs compétences, « *soit pour compléter ou préciser un accord existant, soit pour organiser une coopération administrative limitée* ». Si les notions d'arrangement administratif et de *memorandum* d'accord ne se recouvrent pas en théorie (l'arrangement administratif est un engagement contraignant), on peut faire l'hypothèse que compte tenu des instructions données par la circulaire du 30 mai 1997, de nombreux *memorandums* d'accord sont classés comme étant des arrangements administratifs.

Compte tenu de la plus grande ancienneté du droit souple dans les relations internationales, il était naturel que les premières critiques systématiques à son encontre soient formulées dans ce domaine. Les observations formulées par le Conseil d'État dans son rapport public de 1991, *De la sécurité juridique*, concernent en revanche principalement le droit interne. Elles portent sur la dégradation de

73. Cour permanente de justice internationale (CPJI), 7 septembre 1927, Affaire du Lotus (*France c/ Turquie*).

74. Conseil d'État, Études du Conseil d'État, *La norme internationale en droit français*, La documentation Française, 2000, 159 p., disponible à
< http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/014000702/0000.pdf >

la qualité du droit. Plusieurs tendances sont dénoncées : inflation législative et réglementaire, instabilité des textes, délais d'élaboration insuffisants, etc. Mais c'est tout particulièrement le développement des énoncés peu ou pas normatifs dans les textes de loi et de décret qui est critiqué. En des termes qui ont marqué les esprits, le Conseil d'État y fustige « *le développement des textes d'affichage, un droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux* » et juge que « *quand la loi bavarde, le citoyen ne lui prête qu'une oreille distraite* ». Parmi les exemples cités figurent la loi du 10 juillet 1989 d'orientation sur l'éducation, la loi du 13 juillet 1991 sur la ville créant un « *droit à la ville* » ou l'article 1er d'un décret sur l'orientation des élèves, selon lequel « *l'orientation est le résultat d'un processus continu d'élaboration et de réalisation du projet personnel de formation et d'insertion sociale et professionnelle que l'élève de collège, puis de lycée, mène en fonction de ses aspirations et de ses capacités* ». Ces critiques ont été réitérées à plusieurs reprises par le Conseil d'État. Lors de la cérémonie des vœux des corps constitués au Président de la République en 2001, le vice-président dénonçait « *le droit instable et gazeux* ». Le rapport public annuel de 2006, *Sécurité juridique et complexité du droit*, pointait la persistance des tendances décrites en 1991 et relevait en outre le phénomène nouveau des lois dites « mémorielles », telles que les lois du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité et du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés ; la loi y est utilisée pour sa « *force incantatoire* » plus que pour son pouvoir normatif.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel fait depuis 2004 écho à cette critique des dispositions à caractère peu ou pas normatif figurant dans les textes de loi[75]. Selon le considérant de principe énoncé à l'occasion de la décision du 29 juillet 2004 sur la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales[76] : « *Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi est l'expression de la volonté générale » ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ;* ». Dans sa décision du 21 avril 2005 sur la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école[77], le Conseil constitutionnel a censuré des dispositions pour le seul motif de leur absence de portée normative, en particulier celle qui prévoyait que « *l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves* ». Le président du Conseil constitutionnel Pierre Mazeaud avait annoncé ce durcissement dans ses vœux pour l'année 2005, en indiquant que le Conseil était « *donc prêt à censurer désormais les « neutrons législatifs »* ».

Le Conseil constitutionnel a cependant fait par la suite une application de cette jurisprudence plus nuancée que pouvaient le laisser penser les annonces initiales.

75. Rompant ainsi avec une attitude antérieure plus conciliante. Cf. par exemple la décision n° 80-115 DC du 1er juillet 1980, *Loi d'orientation agricole*.
76. Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*.
77. Décision n° 2005-512 DC 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*.

Si elle été réaffirmée à plusieurs reprises dans son principe, c'est le plus souvent pour reconnaître le caractère normatif des dispositions contestées ; le Conseil constitutionnel a en particulier refusé de censurer l'article 1er de la loi du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne[78]. Il a pris une position plus sévère à l'encontre des lois mémorielles, en jugeant qu'une « *disposition législative ayant pour objet de « reconnaître un crime de génocide ne saurait, en elle même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi »*[79]. Comme le relevait en 2007 le professeur Véronique Champeil-Desplats, « *pour la détermination de ce qui est normatif ou non reposant sur des critères indéfinis, le Conseil se retrouve face à un sempiternel jeu d'équilibre qui lui préserve savamment une marge d'appréciation* »[80].

Les prises de position du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel sont souvent interprétées comme exprimant une hostilité générale à l'encontre du droit qualifié de « mou ». Le caractère intrinsèquement péjoratif de ce terme et la force de sa dénonciation par le rapport de 1991 ont d'ailleurs conduit ceux qui voulaient développer une approche plus positive du phénomène à l'éviter, pour lui préférer l'appellation de « droit souple », et à mieux définir ce qu'ils entendaient par ces termes. En effet, à bien y regarder, ce n'est pas le droit souple dans son ensemble qui a été critiqué par le Conseil d'État ou qui fait l'objet de la censure du Conseil constitutionnel, mais l'introduction dans les textes de droit dur que sont les lois et les décrets d'énoncés tournés uniquement vers la communication, la célébration ou la critique historique. L'usage du droit souple dans des instruments spécifiques, tel qu'il a été décrit dans les développements précédents de cette étude, n'a quant à lui pas été critiqué et n'a d'ailleurs pas été analysé. De même, le Conseil constitutionnel a réservé la possibilité de « *dispositions particulières* », c'est-à-dire de lois spécifiques n'ayant pas pour objet de fixer des règles, telles que les lois de programme ou les lois de financement de la sécurité sociale. C'est d'ailleurs dans cet esprit que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a créé les résolutions[81] et a donné une base constitutionnelle nouvelle aux lois de programmation[82]. C'est donc le mélange des genres qui a été dénoncé et censuré plus que le droit souple lui-même.

78. Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010. L'article 1er de la loi disposait : « *Les jeux d'argent et de hasard ne sont ni un commerce ordinaire, ni un service ordinaire ; dans le respect du principe de subsidiarité, ils font l'objet d'un encadrement strict au regard des enjeux d'ordre public, de sécurité publique et de protection de la santé et des mineurs.* ». Le Conseil constitutionnel lui a donné une portée normative en jugeant qu'il soustrayait les jeux d'argent et de hasard au droit commun de la liberté d'entreprendre.
79. Décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *Loi visant à réprimer la contestation de l'existence des génocides reconnus par la loi.*
80. V. Champeil-Desplats, « N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *in Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21 (Dossier : la normativité), janvier 2007.
81. Article 34-1 de la Constitution : « *Les assemblées peuvent voter des résolutions dans les conditions fixées par la loi organique* ». Les assemblées pouvaient d'ores et déjà, depuis une révision constitutionnelle de 1992, adopter des résolutions concernant les projets d'actes de l'Union européenne, sur le fondement de l'article 88-4 de la Constitution.
82. Article 34 de la Constitution : « *Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État* ».

On ne peut en dire autant au sein de l'Union européenne, ou c'est bien le recours au droit souple qui fait l'objet de vifs débats. Dans une tribune intitulée « L'Europe n'aura pas le droit mou », Michel Barnier, alors commissaire responsable de la politique régionale et de la réforme des institutions[83], s'était élevé avec force contre l'idée que l'Union européenne devrait cesser de réglementer pour privilégier le recours à l'autoréglementation ou à la coréglementation. Il y réaffirmait la légitimité démocratique de la méthode communautaire traditionnelle pour élaborer progressivement le modèle social européen et pointait les risques de corporatisme du recours aux codes de bonnes conduites ou accords volontaires, en concluant : « *de grâce, ne confondons pas la recherche d'un nouveau modèle de conduite des affaires européennes, plus décentralisé, plus proche des citoyens, avec l'entrée subreptice dans une société de non-droit, où la capacité de faire des choix serait retirée au législateur et donnée, en réalité, aux représentants des intérêts particuliers de certains secteurs de la société* ». Cette prise de position est d'autant plus notable qu'elle est intervenue au moment où l'Union européenne lançait sa réflexion sur les moyens de « mieux légiférer », qui allait conduire à envisager de manière systématique l'autorégulation ou la corégulation comme une alternative à la réglementation (cf. *supra* 1.1.2).

Une position similaire a été adoptée par le Parlement européen, en des termes encore plus nets voire virulents, dans une résolution du 4 septembre 2007 sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (*soft law*), au rapport du député espagnol Manuel Medina Ortega[84]. La notion d'instrument juridique non contraignant y est qualifiée « *d'ambigüe et pernicieuse* » et la distinction entre droit dur et droit mou « *d'aberration conceptuelle* ». La résolution voit dans le développement de ces instruments juridiques non contraignants un risque de déclin du modèle de l'Union européenne vers celui d'une organisation internationale traditionnelle et de contournement du Parlement, seule institution élue directement par les citoyens de l'Union. En dehors de domaines précis tels que les communications publiées par la Commission afin d'expliquer comment elle applique la politique relative à la concurrence et aux aides d'État, le Parlement appelle à n'utiliser qu'avec précaution les instruments juridiques non contraignants et à n'utiliser la méthode ouverte de coordination que « *dans des cas exceptionnels* ». Il demande la négociation d'un accord interinstitutionnel lui permettant de donner un avis sur la nécessité de recourir aux instruments juridiques non contraignants.

Bien qu'émanant d'acteurs divers et formulées sous des angles différents, ces réactions négatives traduisent toutes un attachement à un modèle à la fois juridique et politique classique, centré sur la production de véritables règles de droit par des acteurs revêtus de la légitimité démocratique.

83. Tribune publiée dans le quotidien *Libération* le 23 avril 2001.
84. Cf. aussi M. Medina Ortega, « Soft law et principes démocratiques », in *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruylant, 2012.

1.2.2. Un phénomène théorisé et valorisé par la doctrine

Selon le professeur Gérard Timsit, il existe une « *controverse qui, depuis maintenant longtemps, oppose à ceux qui veulent limiter la reconnaissance de ce caractère* [de droit] *aux seules activités à effet contraignant, tous ceux qui, à l'opposé, plaident pour un élargissement de cette notion à des pratiques non-contraignantes* »[85]. À la différence du droit international, où les débats sur la « *soft law* » ont été très denses dès les années 1970 et 1980[86], l'intérêt de la doctrine juridique française pour le droit souple en droit interne est plus récent. Quelques articles pionniers sont à mentionner dès les années 1980. Le professeur Paul Amselek est le premier à avoir traité, dès 1982, du développement de ce qu'il qualifie de « *direction juridique non autoritaire des conduites* » et de « *direction juridique autonome des conduites* » [87] ; cette première mise en perspective théorique est d'autant plus remarquable que ces phénomènes n'avaient alors pas l'extension actuelle, et que l'article ne pouvait s'appuyer que sur des exemples assez restreints, tels que les lois d'orientation ou de programme et les contrats conclus pour la mise en œuvre du Plan. Jean-Bernard Auby s'inscrit en 1988 dans la même perspective, tout en développant un point de vue plus critique[88]. Mais c'est à partir de la fin des années 1990 qu'une véritable accélération s'opère, avec l'identification par Jacques Chevallier du « *droit non prescriptif* » comme une des composantes du « *droit postmoderne* » [89], l'article de Catherine Thibierge qui propose, pour la première fois, une analyse doctrinale approfondie du droit souple[90] et les deux ouvrages collectifs coordonnées par cette dernière[91]. Des thèses remarquées ont été soutenues sur le « *droit spontané* », les « *petites sources du droit* » ou « *la* soft law *en droit public français* » [92].

Les dizaines de contributions rassemblées dans les deux ouvrages collectifs précités, qui couvrent l'ensemble des disciplines juridiques (droit international public, droit international privé, droit européen, droit administratif, droit des affaires, etc.),

85. G. Timsit, « Droit administratif et science administrative », in P. Gonod, F. Melleray, P. Yolka (dir.), *Traité de droit administratif*, Dalloz, 2011.

86. L'article précité de Prosper Weil réagissait à de nombreux travaux plus favorables au développement du droit souple, tels que J. Castaneda, « La valeur juridique des résolutions des Nations Unies », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1970-I, t. 129, p. 320 ou R.-J. Dupuy, « Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la *soft law* », in *L'élaboration du droit international public*, Pedone, 1975. Il a provoqué lui-même des réactions, en particulier A. Pellet, « Le bon droit et l'ivraie – Plaidoyer pour l'ivraie », in *Mélanges Charles Chaumont*, Pedone, 1984.
La doctrine en langue anglaise est encore plus abondante. Cf. notamment O. Schachter, "The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements", *American Journal of International Law*, n° 71, 1977 ; R. R. Baxter, "International Law in « Her Infinite Variety » ", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 29, 1980.

87. P. Amselek, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue de droit public*, 1982, p. 276.

88. J.-B. Auby, « Prescription juridique et production juridique », *Revue de droit public*, 1988, p. 673.

89. J. Chevallier, « Vers un droit postmoderne », *in* J. Clam et G. Martin (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998 et *L'État postmoderne*, LGDJ, 2003.

90. C. Thibierge, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 559.

91. *Le droit souple*, Journées nationales de l'Association Henri Capitant, Dalloz, 2009 et *La force normative. Naissance d'un concept*, C. Thibierge (dir.), LGDJ, 2009.

92. P. Deumier, *op. cit.* ; S. Gerry-Vernières, Les petites sources du droit : À propos des sources étatiques non contraignantes, Economica, 2012 ; B. Lavergne, Recherches sur la soft law en droit public français, Presses de l'université Toulouse Capitole I, 2012.

attestent de par leur simple juxtaposition de l'omniprésence du phénomène et de l'intérêt qu'il suscite aujourd'hui. La portée de ces travaux dépasse cependant celle d'un simple recensement. S'ils se défendent de « *l'idéalisation* », ils manifestent du moins une approche positive à l'égard du développement du droit souple, qualifié de « *vrai droit* » et de « *bon droit* » [93]. Ils soulèvent des questions de principe sur la nature du droit et sur la crise de ses fonctions traditionnelles. Ils ont pour ambition commune de forger un nouveau « *paradigme* » de la normativité.

Ce nouveau paradigme s'inscrit en faux contre l'approche héritée de Kelsen, caractérisant le droit par la contrainte. Dans la *Théorie pure du droit*, Hans Kelsen définit la norme juridique comme une relation « *d'imputation* » d'une sanction à un comportement : lorsque le comportement n'est pas conforme à la norme, il doit être sanctionné. La sanction et la contrainte sont au cœur de la conception kelsénienne du droit : les systèmes juridiques sont « *essentiellement des ordres de contraintes, c'est-à-dire des ordres qui entendent privilégier un comportement humain déterminé et prescrire, dans le cas d'un comportement contraire, non conforme au droit, un acte de contrainte, c'est-à-dire une sanction* » [94]. L'idée que « *lorsqu'un acte transgressant le droit est commis, il doit s'ensuivre une conséquence, une sanction* » est selon Kelsen « *la structure originaire de la proposition normative* ». L'existence d'une sanction permet notamment de distinguer le droit d'autres systèmes normatifs comme la religion ou la morale ; contrairement à ces derniers, le droit ne requiert pas l'adhésion intime de ses destinataires pour être appliqué

Cette conception de la norme juridique demeure la plus répandue, bien au-delà des juristes qui se réclament explicitement de Kelsen[95]. Comme le relève C. Thibierge, les propositions selon lesquelles « *le droit est un ensemble de règles* », « *les règles sont nécessairement obligatoires et contraignante*s » et « *la contrainte est le critère du droit* » sont souvent acceptées comme des évidences. Elle prévaut largement, malgré quelques exceptions (cf. 1.3), dans la définition de l'acte susceptible de recours devant le juge administratif, et inspire la jurisprudence du Conseil constitutionnel précédemment exposée sur les dispositions dépourvues de portée normative.

C'est une autre approche de la norme qui est promue par le courant doctrinal ici décrit. Plus que l'obligation et la sanction, ce qui définirait la norme juridique serait sa fonction de modèle ou de référence. Reprenant son étymologie, du latin *norma* qui désignait une sorte d'équerre, C. Thibierge définit comme attributs essentiels de la norme le « *tracé* » et la « *mesure* » [96] : de même qu'une équerre sert à la fois à tracer des angles droits et à s'assurer qu'un angle est droit, la norme peut servir de modèle pour l'action et de référence pour juger l'action accomplie. L'obligation ou la sanction ne seraient pas inhérentes à la norme, mais seulement des attributs

93. M. Mekki, « Propos introductifs sur le droit souple », *in Journées nationales de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*

94. H. Kelsen, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? », traduit en français dans *Droit et société*, n° 22, 1992.

95. Alors que nombre de juristes prennent leurs distances avec le positivisme strict de Kelsen, qui implique que le juriste observe seulement le droit tel qu'il est en refusant de porter des jugements de valeur, la caractérisation du droit comme règle contraignante ne fait guère débat.

96. C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de philosophie du droit*, n° 51, 2008.

possibles de celle-ci. La règle de droit au sens classique du terme réunit les deux attributs du tracé et de la mesure, et présente donc une plénitude de normativité ; en revanche, une recommandation ne présente que la fonction de tracé, mais ne permet pas d'évaluer la légalité d'un comportement, tandis qu'un standard, tel que celui de la bonne foi ou de l'intérêt de l'enfant, permet « *la comparaison des faits avec l'étalon qu'il constitue* », sans donner pour autant d'indication utilisable pour l'action. De son côté, P. Amselek insiste sur le caractère « *ouvert* » et « *indécis* » de la règle de droit[97] : s'inspirant du philosophe Paul Ricoeur, selon lequel « *le sens d'un texte n'est pas derrière lui mais devant lui* », il souligne que le droit, en tant qu'oeuvre de langage, fait l'objet d'un processus de déconstruction et de reconstruction chez ses récepteurs et que son sens n'est pas maîtrisé par son émetteur. C'est ainsi une autre des caractéristiques fréquemment attribuées au droit, son hétéronomie, qui est remise en cause.

Pour plaider en faveur de leur conception du droit, les auteurs de ce courant utilisent certains arguments logiques. L'existence de normes permissives, qui autorisent un comportement, ou supplétives, qui ne s'appliquent qu'en l'absence de volonté contraire des personnes qui en relèvent, est ainsi souvent mise en avant, en raison du fait qu'elles ne peuvent véritablement être méconnues et donc sanctionnées. Il est également soutenu que le droit souple, sans être contraignant, produit des effets de droit, par exemple en étant pris en compte par le juge pour déterminer l'interprétation d'un texte, apprécier la responsabilité d'une personne ou qualifier une clause d'abusive. Mais c'est surtout l'argument empirique de la montée en puissance des instruments non contraignants et de l'impuissance de la conception traditionnelle du droit à en rendre en compte qui est mobilisé. C. Thibierge y voit le schéma classique du changement de paradigme décrit par l'épistomologue Thomas Kuhn[98] : lorsque les « *anomalies* », c'est-à-dire les phénomènes qui ne se laissent pas expliquer selon le paradigme dominant, se multiplient, il y a crise de ce dernier, et émergence possible d'un nouveau paradigme. Cette crise ne serait pas seulement celle, conceptuelle, de l'analyse juridique classique. Elle serait aussi celle de l'État, qui face à la crise générale de l'autorité, organise selon J. Chevallier « *le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité* »[99].

Par opposition à une approche classique du droit qui serait binaire, distinguant seulement ce qui est du droit de ce qui n'en est pas, les auteurs présentés ici le conçoivent souvent comme un « *continuum* », un « *dégradé normatif* », voire développent une approche à plusieurs dimensions. Dans « Réflexion sur les textures du droit »[100], C. Thibierge identifie ainsi trois facettes du droit souple : le « *droit doux* », sans obligation, le « *droit mou* », sans sanction et le « *droit flou* », sans précision. Ces trois facettes permettent de définir une « *échelle de densité normative* », ce qui est considéré classiquement comme étant du droit, obligatoire, sanctionné et précis, n'occupant qu'une partie de cet espace juridique élargi. La commission de terminologie et de néologie juridiques, qui a décidé de traduire l'expression « *soft law »* par « droit souple », utilise cette typologie ternaire pour illustrer le concept[101].

97. P. Amselek, « La teneur indécise du droit », *Revue de droit public*, 1991, p. 1199.
98. T. S. Kuhn, La Structure des révolutions scientifiques, Paris, Flammarion (Champs), 1983.
99. *Op.cit.,* note 89.
100. *Op.cit.,* note 90.
101. Rapport quadriennal 2003-2007. Il s'agit de l'une des commissions spécialisées prévues par le

De même, la conclusion de l'ouvrage collectif *La force normative*[102] définit celle-ci comme étant la combinaison de trois pôles : la « *valeur normative* », qui correspond au caractère juridiquement obligatoire ou non de la norme ; la « *garantie normative* », c'est-à-dire l'existence de mécanismes, juridictionnels ou non, de contrôle et de sanction du respect de la norme ; la « *portée normative* », qui décrit son application effective par les acteurs concernés.

Le fait qu'à la différence de la conception kelsénienne, cette nouvelle approche de la norme juridique en estompe la spécificité par rapport à d'autres prescriptions, telles que celles de la morale ou de la religion, n'est pas contestée par ces auteurs. Cet effacement n'est pas vu comme une faiblesse, mais comme un élément favorable au développement d'approches pluridisciplinaires. C. Thibierge relève qu'aujourd'hui, « *le nombre de normes en interaction avec la règle de droit s'est considérablement accru : aux normes morales, religieuses et de mœurs, s'ajoutent les normes déontologiques, professionnelles, scientifiques, techniques, et autres normes sociales* » et qu'il « *ne s'agit plus tant, ou plus seulement, pour la doctrine de marquer la spécificité de la règle juridique que d'en étudier les interactions avec ces autres normes* »[103]. Entre le droit dur et le droit mou comme entre la science juridique et les autres sciences, l'heure ne serait plus à dessiner des frontières mais à jeter des ponts.

Tous les auteurs qui se sont penchés sur le phénomène du droit souple ne sont cependant pas unanimes. En 1988, J.-B. Auby constatait l'ampleur déjà prise par le phénomène mais estimait qu'en « *s'éloignant du registre du commandement, de la prescription, de la norme de comportement impérative, le droit ne s'en tient pas à ce que l'on attend de lui. Il oublie qu'il est, comme l'a expliqué Kelsen, fondamentalement un ordre de contrainte* » [104]. Denys de Béchillon salue l'utilité du droit souple, qui « *enrichit la palette normative* », mais appelle à ne pas le confondre avec le droit dur, et considère que le problème de la détermination du « seuil de normativité », qui pose d'importantes difficultés pratiques, doit être élucidé[105]. Cécile Pérès met en doute ce qui est présenté comme la plus grande force du droit souple son effectivité, soulignant que la réception du droit souple par ses destinataires n'est pas toujours bien établie : « *parée des signes de l'évidence, fondée sur l'idée élémentaire que ce qui est voulu est mieux vécu que ce qui est imposé, cette réception apparaît presque comme postulée* » ; cette effectivité serait en réalité très difficile à démontrer[106].

***

Favorables ou défavorables, ces réactions ont puissamment contribué à ce que le droit souple, dont la progression était parfois souterraine, émerge au grand jour comme un objet juridique. Pour autant, cet objet est souvent qualifié, selon l'expression consacrée, de mal identifié. La présente étude va désormais s'efforcer de mieux en délimiter les contours.

---

décret n° 96-602 du 3 juillet 1996 relatif à l'enrichissement de la langue française, pris en application de la loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, dite « loi Toubon ».

102. *Op. cit.,* note 91

103. C. Thibierge, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *op. cit.*

104. J.-B. Auby, « Prescription juridique et production juridique », *op. cit*.

105. D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

106. C. Pérès, « La réception par les destinataires », in *Journées nationales de l'Association Henri Capitant*, *op. cit*.

1.3. Définir le droit souple : un droit qui n'emporte pas d'obligations par lui-même

1.3.1. Admettre que le droit souple fait partie du droit

Avant d'en venir à la définition du droit souple, il apparaît nécessaire de lever ce qui a été jusqu'à présent un présupposé : parler de droit souple, c'est admettre qu'il s'agit de droit. Cette affirmation est comme on l'a vu contestée, par exemple par Prosper Weil, selon lequel « *la* soft law *n'est pas* law *du tout* ».

Il y a dans ce débat une part de convention sémantique. Prosper Weil lui-même ne contestait pas la portée de ce qu'il appelait les actes pré-normatifs : « *Si les actes pré-normatifs ne créent pas de droits et d'obligations susceptibles d'être invoqués devant le juge ou l'arbitre international et si leur violation ne peut engager la responsabilité internationale, ils créent des expectatives et exercent sur la conduite des États une influence qui peut dans certains cas être plus grande que celle exercée par des règles conventionnelles ou coutumières. À l'inverse, la sanction de la violation d'une obligation juridique est parfois moins effective que celle d'une obligation purement morale ou politique.* ». Si chacun s'accorde sur les caractéristiques essentielles des instruments dits de droit souple et reconnaît leur effectivité, y a-t-il vraiment un intérêt à discuter de leur appartenance au droit ? Trois raisons plaident pourtant pour poser la question et y apporter une réponse positive. Par son objet, son caractère prescriptif et son degré de structuration et de formalisation, le droit souple relève bien du droit.

Il y a d'abord une identité de fonctions entre le droit dur et le droit souple. Tous deux ont pour objet d'influencer les comportements de leurs destinataires ; cette fonction peut, à la suite de plusieurs auteurs, être qualifiée de normatrice. L'identité est particulièrement manifeste dans le cas où une institution est dotée de pouvoirs relevant à la fois du droit dur et du droit souple. Que l'Organisation internationale du travail agisse par voie de conventions internationales ou de recommandations, elle poursuit toujours les mêmes buts. Mais l'auteur du droit souple n'ayant pas d'autres moyens d'action à sa disposition, en particulier l'acteur de droit privé, exerce également une fonction normatrice. L'autorégulation est une régulation.

Le second motif justifiant l'inclusion du droit souple dans le droit, qui sera exposé en détail dans la prochaine sous-partie, tient à l'absence de frontière étanche entre droit souple et droit dur. Les deux domaines sont imbriqués selon de multiples configurations : le droit souple peut se transformer en droit dur, il peut agir par délégation de ce dernier, il peut être pris en compte par le juge. Le fait qu'un instrument de droit souple puisse, sans modification de sa rédaction, se transformer en droit dur par la seule apposition d'un caractère obligatoire, est l'un des éléments les plus révélateurs de sa nature juridique : selon la formule de Jean-Michel Jacquet, « *la règle n'eût pas été transformée si elle n'avait porté en elle les germes de sa propre transformation* »[107]. Le fait qu'il existe une échelle de « normativité graduée » allant du droit dur au droit souple (cf. *infra* 1.3.4) est

107 J.-M. Jacquet, « L'émergence du droit souple (ou le droit réel dépassé par son double) », *in Études à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2010.

un autre indice de la communauté de nature entre ces deux catégories. Le droit souple, s'il ne crée pas d'obligations par lui-même, a une certaine propension à produire indirectement des effets de droit.

Le troisième argument relève moins de la logique que de l'opportunité. Du point de vue de la doctrine juridique, la position consistant à réaffirmer le caractère d'obligation comme critère de la norme juridique, tout en reconnaissant l'existence à côté du droit d'instruments d'une nature différente, peut certainement se soutenir. De même, l'on peut considérer comme le faisait Kelsen que le juriste n'a pas à se soucier des ressorts de l'effectivité des normes juridiques, qui relèverait de la sociologie du droit : ce refus « *ne signifie pas (…) qu'à côté d'une science normative du droit, comprise comme connaissance des normes juridiques et des relations constituées par elles, il ne pourrait y avoir place pour une sociologie du droit, consacrée à l'analyse des relations de cause à effet propres à l'agir humain, et à la conduite des sujets soumis au droit, qui le respectent ou le violent* »[108]. En revanche, du point de vue des pouvoirs publics qui poursuivent l'objectif de la qualité du droit, et par voie de conséquence de leur conseiller juridique qu'est le Conseil d'État, la préoccupation de l'effectivité de la norme est aujourd'hui incontournable ; la qualité du droit ne peut se limiter aux questions strictement juridiques telles que la conformité aux normes hiérarchiquement supérieures, l'intelligibilité ou le respect des règles légistiques. Admettre le droit souple comme faisant partie du droit incite à envisager, pour un objectif politique donné, l'ensemble des instruments susceptibles d'être mis en œuvre, qu'ils relèvent du droit dur ou du droit souple, et à mettre en balance leur effectivité. À l'inverse, considérer que le droit souple n'est pas du droit conduit immanquablement à accorder une moindre importance à ces préoccupations dans l'élaboration de la norme. L'enjeu n'est donc pas que sémantique.

1.3.2. Clarifier le champ du droit souple

Avant d'en venir à la définition positive du droit souple retenue par cette étude, il est utile de procéder de manière négative en précisant ce qui ne devrait pas y être assimilé. En effet, faute de définition reconnue, des instruments de nature très diverse sont aujourd'hui qualifiés de droit souple selon les auteurs.

Une idée communément partagée est que le droit souple ou *soft law* serait inhérent à la *common law* et comme sécrété par elle. Elle sert de fondement à l'idée que le droit souple serait en quelque sorte importé de ces pays dont la tradition juridique est différente de la nôtre. La *common law* ne peut pourtant être qualifiée de droit souple. Sa caractéristique maîtresse est que le juge est tenu par les décisions précédentes rendues par les juridictions supérieures dans des cas identiques : elle est donc pleinement contraignante. Tout au plus peut-on observer dans les pays de *common law* une certaine propension à recourir au droit souple (cf. l'annexe n° 3 de cette étude).

Il paraît ensuite nécessaire de rappeler, même si cela présente un certain caractère d'évidence, que le contrat, s'il n'est pas une norme unilatérale, est contraignant pour les parties. Selon l'article 1134 du code civil, « *les conventions légalement*

108. H. Kelsen, *Qu'est-ce que la théorie pure du droit ?*, *op. cit.*

formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Le juge peut être saisi par une des parties au contrat pour en assurer le respect. Cela ne signifie pas pour autant que tous les instruments se présentant sous une forme conventionnelle ne seraient pas du droit souple. Les contrats-types, qui se rencontrent dans de nombreux domaines d'activité économique[109] ainsi que dans les marchés publics, sous l'appellation de cahiers des clauses administratives générales (CCAG) ou de cahiers des clauses techniques générales (CCTG), peuvent être ainsi qualifiés : leur valeur de référence et la légitimité de leur auteur incite à leur reprise par les acteurs concernés, mais chacun est libre de s'en écarter. En revanche, une fois les clauses du contrat-type incorporées dans une convention particulière, on est en présence d'un contrat qui relève du droit dur. Par ailleurs, les pouvoirs publics recourent de manière croissante à des contrats, qui pour des raisons diverses, ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité de leurs signataires, et qui sont parfois qualifiés de « *pseudo-contrats* »[110]. Les raisons de cette absence de justiciabilité sont diverses et tiennent soit au fait que les signataires sont deux organes d'une même personne morale (contrats de performance conclus entre certaines administrations de l'État), soit au cadre législatif régissant la matière (protocoles d'accord en matière de fonction publique[111], contrats de projet État-région prévus par la loi du 29 juillet 1982[112]), soit à la formulation de leurs clauses, soit enfin à la qualité des signataires dont l'engagement ne peut avoir une valeur autre que politique (contrats de filières dont l'usage se développe aujourd'hui pour promouvoir, avec le soutien des pouvoirs publics, une meilleure coopération entre les grands groupes et les PME d'une même filière ; leurs signataires sont notamment des fédérations professionnelles dont l'engagement ne peut avoir à l'égard de leurs mandants qu'une valeur politique).

Le droit souple doit être également distingué de la coutume. En droit international, la coutume se définit par deux conditions cumulatives : une pratique générale parmi les personnes concernées et le sentiment pour elles de se conformer à une règle obligatoire, ce qui est qualifié *d'opinio juris*. De par son caractère non écrit, la coutume peut être malaisée à discerner, mais il s'agit d'une règle de droit pleinement impérative, dont le juge sanctionne le non-respect ; elle fait partie des normes internationales appliquées par la Cour internationale de justice en vertu de l'article 38 de son statut. Elle ne fait donc pas partie du droit souple. De même, les usages auxquels renvoient plusieurs dispositions du code civil, notamment l'article 1135 qui en fait un moyen auxiliaire de détermination du contenu du contrat (« *Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.* »), ou ceux qui sont reconnus par la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de droit du travail[113], ont le caractère de règles de droit dur. En revanche, certaines

109. L'existence de certains de ces contrats-types est prévue par des textes législatifs et réglementaires, comme les contrats-types en matière de transport de marchandises prévus par l'article L. 1432-12 du code des transports. De très nombreux autres relèvent d'initiatives privées.

110. Cf. Conseil d'État, rapport public 2008, *op. cit.*

111. CE, Ass., 23 mars 1973, *Fédération du personnel de la défense nationale (CFDT)*, n° 76767, Rec. p. 247.

112. CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Écologie*, n° 169557, Rec p. 415.

113. Ccass, Soc., 28 février 1996, n° 9340883, selon lequel « *le paiement d'une prime est obligatoire pour l'employeur lorsque son versement résulte d'un usage répondant à des caractères de généralité, constance et fixité* ».

traditions, bien que largement respectées en pratique, ne se voient pas reconnaître de caractère obligatoire. Interrogé par un parlementaire dans une question écrite sur les conséquences à tirer de l'absence du portrait officiel du Président de la République dans les salles de mariage de certaines mairies, le ministre de l'intérieur a répondu qu'il s'agissait d'une « *tradition républicaine* », dont la méconnaissance n'appelait pas de sanction administrative ou pénale[114]. De même, le Conseil d'État a refusé de reconnaître à la pratique locale du « schlupf » en Alsace-Moselle, consistant à toujours laisser un espace d'environ 80 cm entre deux maisons, une valeur normative permettant de déroger aux règles d'urbanisme[115].

S'agissant des circulaires ou instructions administratives, il faut distinguer selon leur nature. Les circulaires réglementaires, qui créent une règle de droit nouvelle et qui étaient dans la jurisprudence *Notre-Dame du Kreisker* (CE, Ass., 29 janvier 1954, n° 7134, Rec. p. 64) les seules susceptibles de recours, sont des actes réglementaires et relèvent donc du droit dur. On peut hésiter en ce qui concerne les circulaires impératives non réglementaires, catégorie dont la décision *Mme Duvignères* (CE, Sect., 18 décembre 2002, n° 233618, Rec. p. 463) a dégagé l'existence : sans créer de règle de droit nouvelle, elles « *prescrivent d'adopter* » une interprétation de la règle de droit existante. Leur caractère impératif et le fait qu'elles émanent d'une autorité exerçant un pouvoir hiérarchique sur leurs destinataires doivent cependant conduire à retenir également leur appartenance au droit dur. Seules les circulaires non impératives, par lesquelles l'autorité émettrice se borne à exposer des objectifs, à recommander un comportement ou à orienter l'action de ses subordonnés sans la contraindre, peuvent être qualifiées de droit souple.

La jurisprudence ne peut jamais quant à elle recevoir cette qualification. Certes, elle n'a pas dans notre pays la force obligatoire du précédent dans les pays de *common law*. Une juridiction judiciaire ou administrative peut toujours s'éloigner d'une jurisprudence établie, sans commettre pour ce seul motif une erreur de droit. La décision de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, en ce qu'elle fixe l'interprétation d'une règle de droit, n'est pas revêtue d'une autorité absolue de la chose jugée qui impliquerait que dans d'autres affaires, les juridictions ne puissent s'en écarter sans méconnaître la chose jugée. Pour autant, le pouvoir régulateur du juge de cassation s'impose : il est l'ultime garant de ce que les litiges sont tranchés selon la jurisprudence établie, sauf s'il décide de la modifier. Le Conseil constitutionnel reconnaît d'ailleurs que lorsqu'une loi fait l'objet d'une jurisprudence constante, c'est sur la loi telle qu'elle est interprétée par cette jurisprudence qu'il doit exercer son contrôle dans le cadre des questions prioritaires de constitutionnalité[116]. La jurisprudence assure l'interprétation uniforme de la loi et, à cet égard, relève comme elle du droit dur. Les avis contentieux rendus par la Cour de cassation et le Conseil d'État lorsqu'ils sont saisis par les juridictions de questions de droit nouvelles présentant une difficulté sérieuse[117], n'appellent pas une analyse différente[118].

114. Question écrite n° 125779 de M. Damien Meslot, réponse publiée au JO du 10/4/2012 p. 2883.

115. CE, 11 juillet 2011, *Commune de Neugartheim-Ittlenheim*, n° 344871. Cf. *Bulletin juridique des collectivités locales*, n° 11 (novembre 2011), pp. 776 à 778.

116. Cf. les décisions n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010 et 2010-52 QPC du 14 octobre 2010.

117. En vertu des articles L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire et L. 113-1 du code de justice administrative.

118. Cf. en sens contraire E. von Bardeleben, « Illustration du droit mou : les avis de la Cour de cassation, une concurrence à la loi ? », *in* E. Claudel et B. Thullier (dir.), *Le droit mou : une concurrence faite*

Plusieurs auteurs citent parmi les exemples du droit souple les livres blancs et livres verts produits par la Commission européenne[119], ou plus rarement en France. Selon la Commission, un livre vert est une communication destinée aux parties, aux organisations et aux individus intéressés par un domaine d'action spécifique, qui sont invités à participer à un processus de consultation et de débat en vue du lancement d'une procédure législative. Un livre blanc, qui fait souvent suite à un livre vert, contient des propositions d'action de l'Union. Il existe certes une parenté d'inspiration entre le droit souple et ces supports de processus de concertation : les deux démarches traduisent la recherche d'une adhésion à la norme et procèdent de l'idée qu'il ne suffit plus à la puissance publique d'inscrire sa volonté dans le droit dur pour qu'elle s'impose. Droit souple et instruments de concertation ne relèvent cependant pas de la même dimension : les livres blancs et les livres verts s'inscrivent dans le processus d'élaboration de la norme, de même qu'en droit français les travaux parlementaires ou les avis d'organismes consultatifs. Ce sont des documents préparatoires. Le droit souple a lui pour objet d'influencer par lui-même, sans attendre l'édiction d'une norme ultérieure, les comportements de ses destinataires. Les livres blancs et les livres verts peuvent avoir certains effets sur les comportements des acteurs, qui anticipent à travers eux la norme future, mais ce n'est pas leur objet.

Il faut enfin distinguer le droit souple du droit flou. Le flou est davantage une caractéristique susceptible de qualifier, à des degrés divers, l'ensemble du droit, qu'un élément propre au droit souple. Mireille Delmas-Marty, l'une des premières à employer l'expression de droit flou[120], l'appliquait d'ailleurs aux évolutions contemporaines du droit pénal, droit qui n'est guère susceptible d'être qualifié de souple. Le droit dur comporte très souvent une part plus ou moins importante d'imprécision, c'est-à-dire que ses implications restent à déterminer par les acteurs le mettant en œuvre et, en dernier lieu, par le juge. Des notions aussi structurantes que la faute ou l'intérêt général ont des contours évolutifs, voire flous, mais produisent des effets de droit certains. Si ce flou est inhérent à certaines notions clés du droit administratif, comme l'anormalité et la spécialité du dommage et du préjudice ou encore l'intérêt supérieur de l'enfant, c'est précisément que celles-ci constituent des standards, c'est-à-dire « *un terme ou une locution insérés dans une règle de droit en référence à un état de fait ou une qualité dont l'identification requiert une évaluation ou une appréciation.* » [121] Le standard agit en effet, ainsi que l'a montré Stéphane Rials[122], comme un instrument de mesure des comportements et des situations en termes de normalité. Le terme de « *notion indéterminée* » est également parfois employé, en particulier en droit de l'Union européenne[123], soulignant le caractère très malléable de ces notions.

à la loi, Paris, Travaux du CEDCACE, 2004, 17 p., disponible à < http://www.glose.org/CEDCACE2.pdf >.

119. Cf. notamment V. Lasserre-Kiesow, « Livres verts et blancs des institutions communautaires », *Contribution à la Journée nationale de l'association Henri Capitant sur le droit souple*, 2008.

120. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 1986.

121. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* A.-J. Arnaud (dir), LGDJ, 1993, 800 p.

122. S. Rials, *Le juge administratif et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980.

123. Voir E. Bernard, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, 2010.

1.3.3. La définition du droit souple

Les trois critères caractérisant le droit souple

Au vu de ces considérations, il paraît possible de définir le droit souple comme l'ensemble des instruments réunissant trois conditions cumulatives :
- ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ;
- ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires ;
- ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit.

Le premier critère rappelle que la fonction du droit souple est la même que celle du droit dur : il s'agit d'une technique d'action sur les comportements. Mais pour atteindre ce but, droit dur et droit souple ne jouent pas sur les mêmes leviers. Là où le droit dur agit en fixant des bornes à la liberté d'action de ses destinataires et en exposant ceux qui les franchissent à des conséquences juridiques, le droit souple n'entend pas modifier celles-ci mais influer sur la manière dont il est fait usage de cette liberté. En raison de sa légitimité, des pressions sociales attachées à son respect où simplement du fait qu'il s'agit d'une référence et qu'il est commode de la reprendre, les destinataires du droit souple sont invités à choisir de l'appliquer. L'objet du droit souple, en ce qu'il est commun avec le droit dur, permet de le distinguer des avis d'organismes consultatifs et des autres éléments des travaux préparatoires à l'élaboration de la norme, tels que les livres blancs et verts déjà évoqués au sein de l'Union européenne. S'il peut servir dans certains cas à préparer l'adoption d'une règle de droit dur, le droit souple doit toujours avoir la capacité d'agir par lui-même sur les comportements.

Le deuxième critère est l'élément essentiel de distinction entre le droit dur et le droit souple. Le droit dur crée des droits et des obligations dans le chef de ses destinataires, il modifie l'ordre juridique dans lequel il s'inscrit. Le droit souple n'a pas cet effet : une recommandation n'oblige pas, un contrat-type ne crée par lui-même aucun droit. Selon P. Malaurie et L. Aynès, « *il y a obligation quand une personne (le créancier) peut juridiquement exiger d'une autre (le débiteur) une prestation concrètement prédéterminée* »[124]. Le droit souple se caractérise précisément par le fait qu'il ne donne pas de titre pour exiger quelque chose des personnes auxquelles il s'adresse, et en particulier pour s'adresser au juge afin qu'il ordonne la satisfaction de cette exigence. L'inclusion du droit souple dans le droit, sur les motifs de laquelle on s'est précédemment arrêté, n'implique pas la confusion avec le droit dur.

Le critère de l'absence d'obligation paraît devoir être préféré à celui de l'absence de sanction. Considérer que toutes les normes dont la méconnaissance n'est pas punie d'une sanction pénale ou administrative font partie du droit souple donnerait à celui-ci un champ très large. Les exemples sont nombreux : l'article 40 du code de procédure pénale impose à tout fonctionnaire qui acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit dans l'exercice de ses fonctions d'en donner avis au procureur de

124. P. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations, Defrénois*, 2e édition, 2005.

la République, le statut général des fonctionnaires implique que tout fonctionnaire a le droit de recevoir dans un délai raisonnable une affectation correspondant à son grade[125], la loi impose aux présidents de conseil général de proposer un contrat d'insertion à tout bénéficiaire du revenu de solidarité active ; ces obligations, qui ne sont pas toujours respectées, ne sont assorties d'aucune sanction[126], mais elles peuvent en revanche donner lieu à l'engagement de voies de droit sur le terrain de la responsabilité ou du recours pour excès de pouvoir. *A fortiori*, la plus grande partie du droit international serait incorporée dans le droit souple, puisqu'en dehors de certains systèmes régionaux tels que l'Union européenne, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou la convention américaine relative aux droits de l'homme, qui permettent à des particuliers ou à des organes centraux de contrôle de poursuivre les États, il n'existe aucun mécanisme centralisé de sanction des manquements des États.

Certains malentendus potentiels doivent être ici levés. Le fait que le droit souple ne puisse servir de fondement à une demande présentée devant un juge ne signifie pas qu'il ne puisse, comme on le verra (cf. 1.4.3), être pris en compte par ce dernier, comme moyen auxiliaire d'interprétation des règles de droit, comme référence au regard de laquelle apprécier le caractère fautif d'un comportement, voire qu'il puisse être contesté directement au vu de ses effets. L'absence d'obligation n'implique pas l'absence de tout effet de droit : dans le cadre issu de la loi du 3 juillet 2008 précitée, une entreprise n'est pas tenue d'appliquer un code de gouvernance, mais elle doit expliquer pourquoi elle ne s'y réfère pas. Enfin, l'absence d'obligation n'empêche pas l'existence d'une pression sociale, morale ou politique pour se conformer à l'instrument de droit souple. Cette pression peut d'ailleurs être plus efficace que celle qui fait appel aux mécanismes juridiques tels que la saisine d'un juge. Elle ne lui est pas pour autant assimilable : la contrainte sociale n'est pas une contrainte juridique.

Par ailleurs, la distinction opérée ici entre droit dur et droit souple n'implique pas de les considérer comme deux ensembles entièrement séparés. À l'idée de frontière, telle que l'envisageait Prosper Weil – qui soutenait qu'au-delà d'elle naissait « *une obligation juridique dont il peut être fait état devant un juge ou un arbitre* » et qu'en-deçà il n'y avait *« rien de tel* », on préférera celle d'une gradation entre droit dur et droit souple, qu'on qualifiera de « normativité graduée » (cf. *infra* 1.3.4).

Le troisième critère de la définition a pour fonction de marquer la limite qui sépare le droit souple du non-droit. La distinction est en effet nécessaire : il n'est pas envisageable d'inclure dans le droit tout instrument non contraignant ayant pour objet d'influencer les comportements, et d'y faire ainsi rentrer la morale, la religion, l'exhortation politique ou encore les messages de santé publique. Elle est cependant malaisée, car le développement du droit souple a nécessairement pour conséquence de brouiller la frontière entre droit et non-droit, de rendre plus difficile à discerner le « *seuil du droit* », pour reprendre la formule de Georges Abi

125. Cf. CE, Ass., 11 juillet 1975, *Ministre de l'éducation nationale c/ Dame Saïd*, n° 95293, Rec. p. 424.
126. S'agissant de l'article 40 du code de procédure pénale, seule la non-dénonciation d'un crime peut être punie.

Saab[127]. Le fait même de parler de « codes de bonne conduite » montre qu'un des enjeux du droit souple est de jeter un pont entre l'univers de l'éthique (la bonne conduite) et celui du droit (le code).

Par leur contenu et leur mode d'élaboration, les instruments de droit souple présentent toutefois un degré de structuration et de formalisation qui les apparente au droit dur. Les normes techniques, recommandations, codes de bonne conduite, cahiers des charges de label, MoUs ou lignes directrices se présentent sous forme d'articles énonçant des indications prescriptives. Le langage du droit souple est souvent juridique, à tel point que certains de ses instruments peuvent se transformer en droit dur par la simple vertu d'une homologation. Leur élaboration fait l'objet de processus qui peuvent être aussi structurés que ceux du droit dur. Ce sont cette formalisation et cette structuration qui permettent le passage du non-droit au droit souple : un ministre qui exhorte les entreprises à assurer une meilleure égalité entre les femmes et les hommes ne fait pas du droit, même souple, mais de la politique ; il y a en revanche droit souple lorsque cette exhortation prend la forme d'un label ou d'une recommandation de bonne pratique. Ce troisième critère ne permet pas de délimiter une frontière aussi nette que les deux premiers, car il est ici question de degré et non de nature. Il est toutefois opérant.

Exemples d'application des trois critères pour déterminer ce qui appartient ou n'appartient pas au droit souple

Le premier critère du droit souple tient à son objet, qui est de modifier ou d'orienter les comportements. Il conduit à écarter les actes préparatoires intervenant dans le processus d'élaboration d'une norme, tels que les livres blancs ou les livres verts : leur objet est en effet de préparer la norme finale et non d'influencer par eux-mêmes les comportements.

Le deuxième critère consiste dans l'absence de création de droits ou d'obligations. Il marque la limite avec le droit dur. Certains instruments tels que les normes techniques ou les recommandations de bonnes pratiques peuvent être pris en compte pour apprécier la responsabilité d'un professionnel au regard des règles de l'art dans sa spécialité. Cependant, dès lors qu'ils ne sont pas par eux-mêmes créateurs d'obligations, ils relèvent bien du droit souple.

Le troisième critère est celui du degré de structuration et de formalisation. Il distingue le droit souple du non-droit. Un message de santé publique tel que « mangez cinq fruits et légumes par jour », ou les campagnes de communication qui l'accompagnent, n'appartiennent pas au droit souple mais au non-droit. En revanche, le « programme national nutrition santé », qui définit une série d'objectifs en matière de nutrition des Français et d'actions destinées à les atteindre, dans le but de mobiliser les administrations et l'ensemble des acteurs concernés, peut être qualifié de droit souple. Entre le slogan et le programme national, c'est le développement de la structuration qui entraîne le passage du non-droit au droit souple.

127. « *Cours général de droit international public* », Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1997.

Les distinctions à opérer au sein du droit souple

La grande diversité des formes du droit souple est souvent soulignée par ceux qui se penchent sur ce sujet. Pourtant, les trois critères proposés ci-dessus s'appliquent bien à l'ensemble des exemples présentés jusqu'ici, qu'il s'agisse des résolutions des organisations internationales, des normes techniques, des lois de programmation ou de financement de la sécurité sociale, des codes de conduite des entreprises, des recommandations des autorités administratives indépendantes, des protocoles d'accord dans la fonction publique ou encore des standards de la RSE.

Plusieurs auteurs distinguent à juste titre parmi les instruments de droit souple ceux qui ont un caractère déclaratoire, tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui proclament des valeurs et des principes, de ceux qui relèvent du registre de la recommandation, qui proposent une conduite à tenir pouvant être assez précise. Cette distinction relève cependant plus, semble-t-il, de la nuance que d'une véritable différence de nature permettant de délimiter des catégories au sein du droit souple.

Plus fondamentale est la division entre le droit souple émanant des acteurs publics, ayant souvent par ailleurs des pouvoirs relevant du droit dur, de celui produit par les acteurs privés. Dans le premier cas, il ne s'agit que d'un changement d'instrument, ayant certes de grandes conséquences, dans l'exercice d'une fonction normatrice qui est naturellement celle des pouvoirs publics nationaux ou internationaux. Dans le second, il s'agit du moyen d'accéder à cette fonction normatrice et en règle générale du seul moyen. Les acteurs privés produisant du droit souple présentent d'ailleurs une grande diversité : certains sont des entreprises, d'autres des groupements de personnes privées à caractère professionnel ou autre, d'autres enfin ce qu'on pourrait appeler des institutions internationales de droit privé, telles que l'IFRS, l'ISO ou la Chambre de commerce internationale. Si le droit souple produit par tous ces acteurs réunit les trois conditions de la définition, les enjeux ne sont pas identiques.

On peut aussi relever que le droit souple peut aborder aussi bien des questions de fond que de procédure. Dans cette dernière catégorie, on peut mentionner les mécanismes de réclamation associés à certaines conventions internationales (cf. *supra* 1.1.1) ou les compromis entre institutions de l'Union européenne (cf. *supra* 1.1.2).

Les instruments de droit souple sont-ils des normes ?

Cette définition étant posée, on peut s'interroger sur l'opportunité de retenir, comme le propose C. Thibierge, l'appellation de « *norme* » pour désigner toute norme juridique dure ou souple, l'appellation de « *règle* » étant réservée au droit dur. Si la distinction ainsi opérée a le mérite de la simplicité et de la commodité, elle paraît trop en décalage avec le vocabulaire juridique courant, qui emploie indifféremment les termes de norme ou de règle pour parler du droit dur, notamment dans la notion de « *hiérarchie des normes* », qui ne s'applique qu'aux règles de droit dur. Le terme « *d'instrument* » sera donc ici préféré à celui de norme pour qualifier les différents réceptacles du droit souple.

1.3.4 Le droit souple s'inscrit dans une échelle de « normativité graduée »

Le droit souple tel qu'il a été défini ne crée pas d'obligations pour ses destinataires. Il existe également des règles de droit qui, tout en ne remplissant pas cette condition, créent des obligations définies en termes lâches qui ménagent en pratique une certaine souplesse d'application à ceux qui y sont assujettis ; cela justifie leur examen dans le cadre de cette étude. Ces instruments s'insèrent dans l'échelle de normativité graduée entre le droit souple et le droit dur. Sans relever du droit souple *stricto sensu*, ils montrent que la limite entre droit souple et droit dur n'est pas un fossé mais une étape au sein d'une gradation. Trois degrés peuvent être identifiés entre droit souple et droit dur, en fonction de l'intensité de l'obligation imposée par l'instrument : obligation pour le destinataire de l'instrument de se justifier lorsqu'il s'en écarte ; obligation de prouver sa conformité au droit dur lorsque le destinataire s'écarte de la prescription ; obligation de compatibilité avec l'instrument.

L'obligation de justifier les écarts par rapport à l'instrument

Les instruments de la première catégorie laissent à leurs destinataires la possibilité de ne pas les appliquer, mais leur imposent alors de justifier cet écart. La loi du 3 juillet 2008 a ainsi prévu que les entreprises qui n'appliquaient pas le code de gouvernement d'entreprise élaboré par leurs organisations représentatives devaient s'en expliquer dans leur rapport annuel. Selon un mécanisme similaire, le règlement n° 1175/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2011 prévoit que dans le cadre de la coordination des politiques économiques et budgétaires nationales, « *le Conseil est censé, en principe, suivre les recommandations et propositions de la Commission ou expliquer publiquement sa position* »[128]. Les recommandations de la Commission, sans lier le Conseil, se voient ainsi reconnaître dans ce domaine une portée supérieure à celle du droit souple *stricto sensu* (cf. *infra* 2.2.1 pour de plus amples développements sur la réforme de la coordination des politiques économiques au sein de l'Union).

La justification attendue du destinataire est plus exigeante lorsque le destinataire de l'instrument doit non seulement s'expliquer sur la forme, mais aussi mettre en avant certains motifs de fond. Le Conseil d'État a ainsi créé de manière prétorienne, par sa décision *Crédit foncier de France*[129], la catégorie des directives, qui permettent à l'administration de s'autolimiter de manière souple. La directive définit des « *orientations générales* » dans la mise en œuvre d'un pouvoir discrétionnaire de décision individuelle. Ces orientations ne sont pas des règles auxquelles l'administration ne pourrait déroger ; elle doit au contraire procéder à un examen de la situation individuelle de chaque demandeur[130]. Cependant, elle ne peut s'écarter de ces orientations que pour des raisons tenant à la situation

128. Article 2-bis ter, paragraphe 2, du règlement n° 1466/97 modifié du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques.
129. CE, Sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, n° 78880, Rec. p. 750.
130. CE, Sect., 29 juin 1973, *Société Géa*, n° 82870, Rec. p. 454.

individuelle du requérant ou à l'intérêt général. La jurisprudence de la CJUE reconnaît aux institutions de l'Union européenne, et notamment à la Commission, le pouvoir d'adopter des orientations ayant un statut juridique similaire (cf. *infra* 1.5.3).

Peuvent être rangés dans la même catégorie les instruments qui doivent être « pris en compte » par leurs destinataires. L'obligation de prise en compte porte sur le fond de la décision, tout en laissant la possibilité d'écarter la prescription. En droit de l'urbanisme et de l'environnement, le Conseil d'État a jugé que l'obligation de prise en compte des schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE), dans la législation alors applicable, impliquait que les décisions prises « *ne doivent pas, en principe, s'écarter des orientations fondamentales du schéma (…) sauf, sous le contrôle du juge, pour un motif tiré de l'intérêt de l'opération envisagée et dans la mesure où ce motif le justifie* »[131]. Les termes de cette décision témoignent bien de la parenté du raisonnement avec celui de la jurisprudence *Crédit foncier de France*.

Les instructions générales d'action publique que le garde des sceaux peut adresser aux magistrats du parquet[132], entraînent également une obligation de prise en compte. Elles sont l'expression de l'autorité hiérarchique du garde des sceaux, prévue par l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature, et les procureurs sont donc tenus de les mettre en œuvre. Toutefois, comme l'a relevé le Conseil d'État dans plusieurs décisions[133], elles ne remettent pas en cause leur pouvoir d'appréciation dans les affaires individuelles. Les instructions générales du garde des sceaux fixent donc des critères destinés à unifier l'action publique. Leur fonction s'apparente ainsi aux directives au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*, même si leur régime juridique n'est pas le même puisqu'elles ne sont pas invocables dans les affaires individuelles devant le juge pénal.

L'obligation de prouver la conformité au droit dur lorsqu'on s'écarte de l'instrument

Dans le cadre des directives « nouvelle approche » de l'Union européenne, décrites plus haut (cf. *supra* 1.1.2), l'instrument acquiert une portée supplémentaire, celle d'entraîner une présomption de conformité au droit dur. Les normes techniques prises en application de ces directives créent des obligations à deux égards : les autorités nationales doivent présumer la conformité aux « exigences essentielles » de santé et de sécurité contenues dans les directives, lorsqu'une entreprise

131. CE, 28 juillet 2004, *Association de défense de l'environnement et autres*, n° 256511, Rec. p. 730. Dans la législation alors applicable, le SDAGE devait seulement être « pris en compte » par les décisions intervenant dans d'autres domaines que celui de l'eau. La loi « Grenelle II » a renforcé cette portée en prévoyant que des documents d'urbanisme comme le SCOT et le PLU devaient désormais être « compatibles » avec le SDAGE.

132. Le projet de loi relatif aux attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public en matière de politique pénale et d'action publique, soumis au Parlement à l'été 2013, réaffirme leur existence en les renommant simplement « instructions générales », à la différence des instructions individuelles qu'il interdit.

133. Cf. notamment CE, 19 mars 1997, *Syndicat de la magistrature*, n° 175288, inédit au Rec. et CE, 18 mai 2005, *Association spirituelle de l'Eglise de scientologie d'Île-de-France*, n° 259982, Rec. p. 201.

respecte les normes techniques ; les entreprises doivent, quant à elles, prouver leur conformité aux exigences essentielles, lorsqu'elles ne mettent pas en œuvre les normes techniques. Les autorités nationales et les entreprises conservent la possibilité de s'écarter des normes techniques, les premières pour renverser la présomption de conformité, les secondes pour prouver leur conformité à la directive par d'autres moyens. Dans les faits, ce sont les normes techniques qui s'appliquent dans la très grande majorité des cas ; elles sont largement ressenties comme étant obligatoires.

Le schéma est identique pour les recommandations de la commission du *Codex alimentarius*. Cette commission est un organe consultatif mixte de l'Organisation mondiale de la santé (OMS) et de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), qui définit des normes alimentaires. L'accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires, dit accord SPS, annexé au traité constitutif de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), prévoit que les produits conformes aux recommandations du *Codex alimentarius* bénéficient d'une présomption de conformité aux règles fondamentales fixées par l'accord.

L'obligation d'être compatible avec l'instrument

Les matières de l'urbanisme et de l'environnement illustrent l'existence d'une dernière catégorie, celle des normes qui imposent aux règles et décisions individuelles qui leur sont subordonnées, non pas de leur être conformes (elles relèveraient alors pleinement du droit dur) mais seulement d'être compatibles avec elles. La notion a été créée par la loi d'orientation foncière du 30 décembre 1967, qui a imposé la compatibilité des plans d'occupation des sols (POS) et des autres décisions administratives aux schémas directeurs d'aménagement et d'urbanisme (SDAU). Les conclusions du président Michel Gentot sur la décision d'Assemblée *Sieur Adam*[134], qui a défini la portée de cette notion, témoignent de l'équilibre recherché entre un contrôle classique de conformité et l'absence de tout contrôle effectif ; selon leurs termes, « *Le contrôle qu'il vous faut exercer est donc incontestablement plus souple qu'il ne l'est lorsque vous vérifiez l'existence d'un rapport de conformité ; il est plus rigoureux cependant qu'un simple contrôle de la dénaturation* ». Quelques années plus tard, la décision de la section du contentieux *Chambre d'agriculture de l'Indre*[135] a montré que la possibilité d'une annulation pour incompatibilité avec un schéma directeur n'était pas que théorique ; de telles annulations demeurent cependant rares.

A la différence des catégories précédentes, il n'existe ici aucune possibilité de dérogation : un plan local d'urbanisme (PLU) doit toujours être compatible avec le schéma de cohérence territoriale (SCOT) qui s'impose à lui. Toutefois, l'obligation de compatibilité est moins forte que celle de conformité dès lors qu'elle n'impose pas le respect de l'instrument supérieur dans tous ses éléments, mais seulement dans sa globalité. En conséquence, le juge procède alors à un contrôle moins détaillé, en confrontant la norme inférieure aux orientations générales résultant de la norme supérieure sans vérifier l'adéquation à chaque disposition

134. CE, Ass., 22 février 1974, *Sieur Adam*, n° 91848, Rec. p. 145.
135. CE, Sect., 17 décembre 1982, *Chambre d'agriculture de l'Indre*, n° 38517, Rec. p. 433.

particulière. Selon les conclusions du rapporteur public Gaëlle Dumortier sur une décision *Société Davalex*[136], si la notion de compatibilité est « *moins rigide que celle de conformité* » et « *autorise des appréciations d'espèce, plus justes, moins aveugles* », « *il ne s'en déduit pas que la compatibilité relèverait d'un « droit mou » par lequel autorité et juge administratif seraient invités au laxisme et au « doigt mouillé ». La caractéristique majeure du contrôle de compatibilité, du moins en droit de l'urbanisme, est qu'il doit être effectué à un niveau global. Il faut, pour reprendre l'expression du Président Bonichot, « changer de focale », se placer à l'échelle de l'ensemble du territoire couvert et de l'ensemble des prescriptions du document, pour pouvoir mesurer si l'acte contrôlé est ou non compatible* ».

L'existence d'une gradation au sein même des normes constitutionnelles

Il est intéressant de relever qu'il existe aussi une gradation de la normativité au sein même des normes constitutionnelles. En effet, si toutes les dispositions de la Charte de l'environnement ou du Préambule de la Constitution ont valeur constitutionnelle[137], le Conseil constitutionnel ne reconnaît pas la même portée à tous les principes dont il assure le respect. En matière sociale, le Conseil a jugé que le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 imposait la mise en œuvre de politiques de solidarité nationale en faveur de la famille, de l'accès aux soins et des personnes défavorisées[138] ; toutefois, il reconnaît au législateur une grande marge d'appréciation quant aux modalités de leur mise en œuvre ; par exemple, il convient seulement d'éviter que la participation forfaitaire laissée à la charge des assurés pour les actes et consultations couverts par l'assurance-maladie soit fixée à un niveau tel que le principe constitutionnel serait dénaturé. La normativité des objectifs de valeur constitutionnelle (OVC) est encore plus limitée[139]. Si le Conseil a reconnu le caractère constitutionnel d'objectifs tels que la sauvegarde de l'ordre public, la lutte contre la fraude fiscale, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent ou l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi, qui s'imposent aux pouvoirs publics, il incombe au législateur et au Gouvernement d'en déterminer les modalités de mise en œuvre[140]. La principale portée des OVC est de permettre au législateur d'assurer leur conciliation avec d'autres normes constitutionnelles : le législateur peut ainsi, pour atteindre l'objectif relatif au logement décent, « *apporter au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires (…) à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés* »[141].

Le travail de définition qui vient d'être opéré permet d'opérer une classification des différents instruments rencontrés dans cette étude selon cette échelle de normativité graduée.

136. CE, 12 décembre 2012, *Société Davalex*, n° 353496, Tables au Rec.
137. Décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*, Cons. 18 ; CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931, Rec. p. 322 ; CE, Ass., 12 juillet 2013, *Fédération nationale de la pêche en France*, n° 344522, à publier au Rec., < *ArianeWeb* >.
138. Cf. décisions n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, n° 2004-504 DC du 12 août 2004 et n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009.
139. Cf. P. de Montalivet, « Les objectifs de valeur constitutionnelle », *in Cahiers du Conseil constitutionne*l, n° 20, juin 2006.
140. Décision n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Loi relative à la diversité de l'habitat*.
141. Décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*.

Échelle de normativité graduée : du droit souple au droit dur

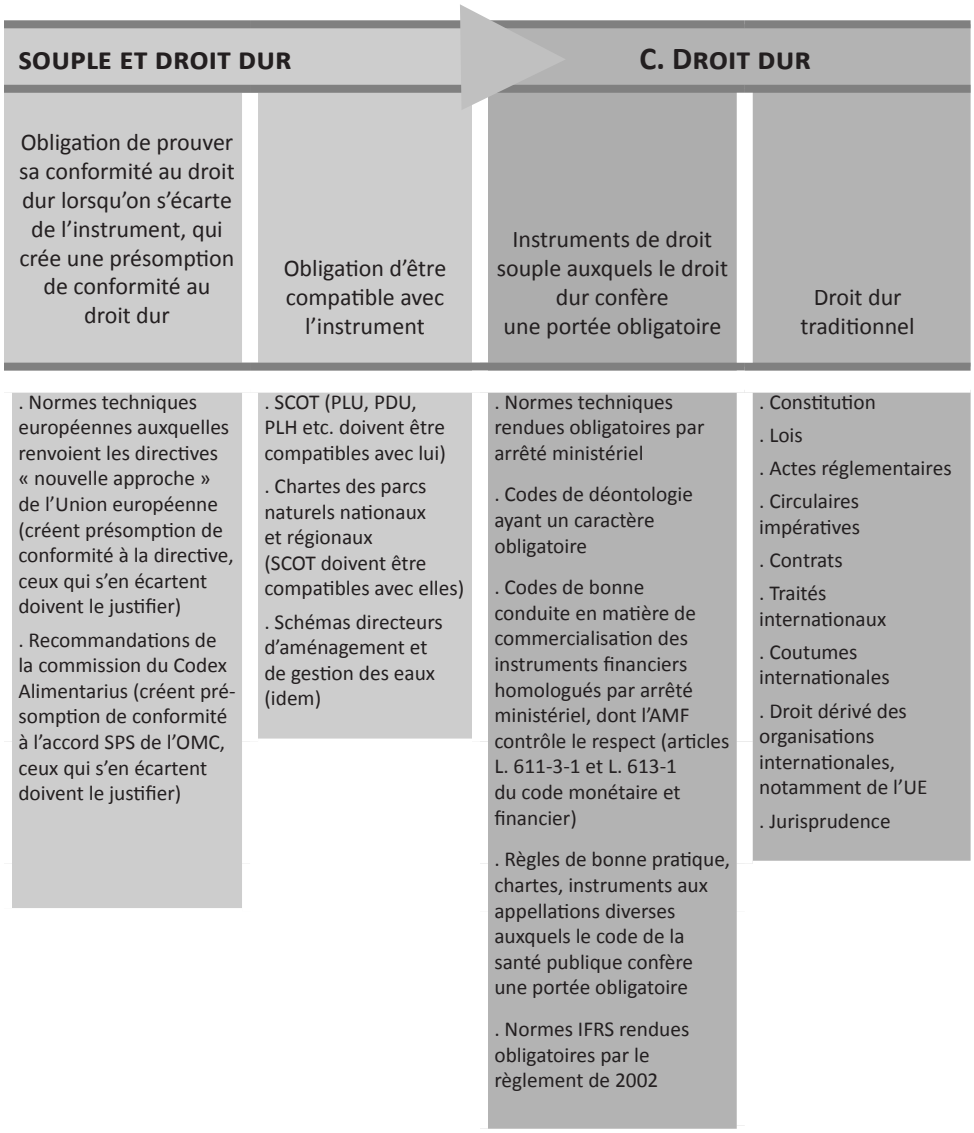
A. Droit souple ***ne crée pas directement d'obligation***	Droit souple non reconnu par le droit dur
	Droit souple bénéficiant sous diverses formes d'une reconnaissance par le droit dur (prévu par un texte, homologué par une autorité publique, susceptible de recours devant le juge, pris en compte par le juge) n'allant pas jusqu'à leur conférer une portée obligatoire
B. Entre droit souple et droit dur ***existe une gamme d'instruments à portée normative graduée***	Obligation de justifier les écarts par rapport à l'instrument
	Obligation de prouver sa conformité au droit dur lorsque l'on s'écarte de l'instrument, qui crée une présomption de conformité
	Obligation d'être compatible avec l'instrument
C. Droit dur ***crée des obligations de conformité***	Instruments de droit souple auxquels le droit dur confère une portée obligatoire
	Droit dur traditionnel

normativité graduée ↓

ÉCHELLE DE NORMATIVITÉ

A. Droit souple		B. Entre droit
Droit souple non reconnu par le droit dur	Droit souple bénéficiant sous diverses formes d'une reconnaissance par le droit dur (prévu par un texte, homologué par une autorité publique, susceptible de recours devant le juge, pris en compte par le juge) n'allant pas jusqu'à leur conférer une portée obligatoire	Obligation de justifier les écarts par rapport à l'instrument
. *Memorandums of agreement* (MoU) . Club de Paris . Normes du comité de Bâle . Conventions-types de l'OCDE . Recommandations du GAFI . Compromis de Ioannina Accords précoces dans le cadre la procédure législative de l'UE . Méthode ouverte de coordination (MOC) . Contrats de performance conclus entre services de l'État . Chartes de déontologie . Chartes à destination des administrés (charte du contribuable de 2005, charte de la laïcité dans les services publics, charte de la personne hospitalisée) . Standards de responsabilité sociale des entreprises ou d'investissement socialement responsable . Codes de bonne conduite des entreprises . Contrats-types proposés par des fédérations professionnelles . Recommandations des conférences de consensus . Circulaires non impératives	. Résolutions de l'Assemblée générale des Nations unies (prévues par la Charte) . Recommandations des organisations internationales (prévues par les traités constitutifs) . Décisions des organes de contrôle non juridictionnels de certaines conventions internationales : BIT, CEDS, comités des conventions relatives aux droits de l'homme des Nations unies (prévues par les traités constitutifs) . Commentaires accompagnant certaines conventions internationales : principes directeurs du HCR, explications de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (prévus par les traités constitutifs et parfois pris en compte par le juge) . Contrats de plan État-région (prévus par la loi de 1982) . Lois de programmation (prévues par la Constitution) . ONDAM, en ce qui concerne les soins de ville (prévu par la loi organique relative aux LFSS) . Rapports annexés aux lois de finances et aux LFSS (prévus par les lois organiques) . Recommandations des AAI (prévues par les lois les instituant) . Recommandations de bonnes pratiques médicales de la HAS (prévues par la loi et susceptibles de recours devant le juge) . Accords en matière de fonction publique (prévus par la loi de 1983 modifiée) . Normes techniques homologuées par l'Afnor (susceptibles de recours) . CCAG et CCTG des marchés publics (approuvés par arrêté, susceptibles de recours pour les CCAG)	. Recommandations de la Commission au Conseil dans le cadre du « semestre européen » . Code de gouvernement d'entreprise AFEP-MEDEF . Directives au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France* . Lignes directrices de la Commission ou de l'Autorité de la concurrence exposant les modalités d'exercice de leur pouvoir d'appréciation . Instructions générales d'action publique aux magistrats du ministère public (article 30 du CPP, que le projet de loi sur les attributions du garde des sceaux renomme instructions générales de politique pénale) . Schémas régionaux de cohérence écologique (obligation de « prise en compte » par les SCOT)

GRADUÉE


SOUPLE ET DROIT DUR
C. DROIT DUR
Obligation de prouver sa conformité au droit dur lorsqu'on s'écarte de l'instrument, qui crée une présomption de conformité au droit dur
Obligation d'être compatible avec l'instrument
Instruments de droit souple auxquels le droit dur confère une portée obligatoire
Droit dur traditionnel
. Normes techniques européennes auxquelles renvoient les directives « nouvelle approche » de l'Union européenne (créent présomption de conformité à la directive, ceux qui s'en écartent doivent le justifier)
. Recommandations de la commission du Codex Alimentarius (créent présomption de conformité à l'accord SPS de l'OMC, ceux qui s'en écartent doivent le justifier)
. SCOT (PLU, PDU, PLH etc. doivent être compatibles avec lui)
. Chartes des parcs naturels nationaux et régionaux (SCOT doivent être compatibles avec elles)
. Schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (idem)
. Normes techniques rendues obligatoires par arrêté ministériel
. Codes de déontologie ayant un caractère obligatoire
. Codes de bonne conduite en matière de commercialisation des instruments financiers homologués par arrêté ministériel, dont l'AMF contrôle le respect (articles L. 611-3-1 et L. 613-1 du code monétaire et financier)
. Règles de bonne pratique, chartes, instruments aux appellations diverses auxquels le code de la santé publique confère une portée obligatoire
. Normes IFRS rendues obligatoires par le règlement de 2002
. Constitution
. Lois
. Actes réglementaires
. Circulaires impératives
. Contrats
. Traités internationaux
. Coutumes internationales
. Droit dérivé des organisations internationales, notamment de l'UE
. Jurisprudence

1.4. Le droit souple est imbriqué avec le droit dur bien plus qu'il ne lui est opposé

Le droit souple ainsi défini se distingue nettement du droit dur ; cela ne signifie pas qu'il n'entretient pas de relations avec lui. Droit dur et droit souple présentent au contraire une imbrication souvent étroite, selon différentes configurations.

1.4.1. Le droit dur peut prévoir l'existence du droit souple et être avec lui dans un rapport de délégation

Le droit souple est souvent associé à l'idée d'instruments innommés, non prévus par les systèmes juridiques mais nés en raison du besoin des protagonistes. Il est cependant fréquent que les textes de droit dur prévoient eux-mêmes l'existence des instruments de droit souple. Les textes constitutifs de nombreuses AAI prévoient explicitement, au niveau de la loi, leur capacité à émettre des avis ou des recommandations. L'article 34 de la Constitution permet l'adoption de lois de programmation qui « *déterminent les objectifs de l'action de l'État* » et l'article 34-1, de résolutions des assemblées parlementaires. Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) mentionne les avis et recommandations parmi les actes des institutions de l'Union. Il s'agit en quelque sorte de la forme la plus simple d'imbrication entre le droit dur et le droit souple. La place reconnue au droit souple par ces normes juridiques est un indice supplémentaire de ce que le droit souple est du droit ; une certaine autorité normative, qui n'est pas celle de la contrainte, lui est ainsi conférée. L'article 288 du TFUE souligne que les avis et recommandations sont une des modalités d'exercice des compétences de l'Union européenne. Le Conseil constitutionnel a pu parler, quant à lui, de « *valeur normative qui s'attache aux lois de programme* »[142].

Plus remarquable est la situation dans laquelle le droit dur prévoit non seulement l'existence du droit souple, mais lui confère un rôle dans la définition de ses règles d'application. Ce schéma peut sembler paradoxal, puisqu'il conduit à confier l'application de règles contraignantes à des instruments non contraignants. Plusieurs cas de figure d'une grande importance pratique, dont certains ont déjà été présentés (cf. 1.1.2), s'y inscrivent pourtant. Les directives « nouvelle approche » de l'Union européenne ne définissent que les exigences essentielles de santé et de sécurité que doivent respecter les produits qu'elles couvrent, et renvoient à des normes techniques le soin de définir les moyens de les atteindre. Une présomption de conformité aux exigences essentielles est conférée à la norme technique par la directive ; la norme ne perd pas pour autant son caractère non contraignant, puisqu'une entreprise peut attester de sa conformité à la directive par d'autres moyens. Le schéma résultant de l'accord de l'OMC sur les produits sanitaires et phyotsanitaires (accord SPS) est identique, ce qui n'est sans doute pas un hasard puisqu'il s'agit comme pour les directives « nouvelle approche »

142. Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, cons. 21. Il s'agissait des lois de programme dont l'existence était prévue par l'article 1er de l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances, qui permettaient d'établir une programmation indicative des crédits dans un domaine d'action publique particulier.

de favoriser le commerce international en surmontant les obstacles liés aux réglementations sanitaires des États. L'accord SPS accorde une présomption de compatibilité aux mesures conformes aux recommandations de la commission du *Codex alimentarius*, qui est un organe consultatif mixte de l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et de l'Organisation mondiale de la santé (OMS).

Le schéma du « *comply or explain* », tel qu'organisé par les articles L. 225-37 et L. 225-68 du code de commerce, est différent. En effet, ces dispositions législatives ne fixent aucune norme de fond, et imposent seulement aux entreprises une obligation procédurale de se référer au « *code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises* » ou d'expliquer les raisons conduisant à ne pas le faire. Le résultat est cependant similaire : l'instrument de droit souple, sans perdre son caractère non contraignant, est reconnu par la règle de droit comme ayant une valeur de référence. Une forme de privilège est accordée à ceux qui s'y conforment, puisqu'ils sont dispensés de produire d'autres justifications.

1.4.2. Le droit souple peut se transformer en droit dur

La possibilité de la transformation d'un instrument de droit souple en règle de droit dur, d'un durcissement du droit souple, sans changement de son contenu, est la manifestation la plus directe de la parenté entre ces deux formes de normes juridiques.

Bien que cette affirmation puisse sembler à première vue provocatrice, il est possible de soutenir qu'en France les constitutions ont longtemps été des instruments emblématiques du droit souple. C'est la position défendue par Charles Einsenmann[143] et le doyen Georges Vedel, selon lesquels sans justice constitutionnelle, une Constitution est un texte à forte valeur morale et politique, mais dont aucune voie de droit ne peut imposer le respect au législateur. Au sein des normes constitutionnelles, les préambules des constitutions de 1946 et 1958 et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ont basculé du droit souple au droit dur par les décisions *Dehaene* et *Amicale des Annamites de Paris* du Conseil d'État[144] et les décisions *Liberté d'association* et *Loi de finances pour 1974* du Conseil constitutionnel[145]. Selon la formule du comité de réflexion sur le préambule de la Constitution présidé par Simone Veil, « *c'est seulement lorsque le Conseil constitutionnel a conféré valeur constitutionnelle aux dispositions de la Déclaration de 1789 et à celles du Préambule de 1946 que les droits et libertés énoncés dans ces textes (…) et réduits jusqu'alors à l'état de demi-sommeil juridique ont fait partie intégrante de la vie de nos concitoyens* ».

Dans l'ordre international, d'autres déclarations de droits ont suivi la même évolution, certaines par un changement direct de nature juridique sans réécriture

143. C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, 1928 (réédition Economica, préf. G. Vedel, 1986).
144. CE, Ass., 7 juillet 1950, n° 01645, Rec. p. 426, et CE, Ass., 11 juillet 1956, n° 26638, Rec. p. 317.
145. Décisions n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 et n° 73-51 DC du 27 décembre 1973.

(Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne rendue contraignante par le traité de Lisbonne), d'autres par la transcription dans une ou plusieurs conventions internationales (Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, qui a inspiré les deux pactes des Nations unies de 1966 ; déclaration des droits de l'enfant votée par l'Assemblée générale des Nations unies le 20 novembre 1959, qui inspire la convention internationale adoptée trente ans plus tard).

À un niveau moindre de la hiérarchie des normes, mais non dénué d'enjeux pratiques, certains systèmes organisent la transformation du droit souple en droit dur par des mécanismes d'homologation. L'article 17 du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation dispose que les normes techniques peuvent être rendues obligatoires par arrêté ministériel. En matière financière, l'ordonnance n° 2008-1271 du 5 décembre 2008 a créé une procédure d'homologation par le ministre de l'économie de codes de bonne conduite élaborés par des organisations professionnelles représentatives en matière de commercialisation de produits financiers ou d'assurance[146]. L'Autorité des marchés financiers et la Commission bancaire sont chargées de veiller au respect de ces codes de bonne conduite.

1.5. Le droit souple est appréhendé par le juge

Le juge ne pouvait rester indifférent à cette omniprésence du droit souple. Si, en principe, le droit souple n'est pas appliqué par le juge comme le serait une règle de droit, il peut être appréhendé par ce dernier sous plusieurs angles. Il arrive que le juge admette la recevabilité de recours dirigés contre des instruments de droit souple, en dépit de leur caractère non contraignant. Une invocabilité est parfois reconnue. Le juge peut également s'appuyer sur le droit souple comme moyen d'interprétation auxiliaire de la règle de droit. Les exemples qui suivent, tirés des jurisprudences administratives et judiciaires françaises ainsi que de celles de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) et de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) illustrent ces différentes configurations.

1.5.1. La jurisprudence administrative

Ainsi qu'il a déjà été rappelé, le critère traditionnel et encore largement dominant de la jurisprudence administrative pour admettre la recevabilité d'un recours contre un acte est celui de la modification apportée à l'ordonnancement juridique, c'est-à-dire la création de droits ou obligations dans le chef d'une ou plusieurs personnes morales.

Un certain nombre d'exceptions se rencontrent cependant, que l'on peut regrouper en quatre domaines principaux : les contrats-types ; les normes techniques ; les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes ou d'organismes tels que le Conseil national de l'ordre des médecins ; les directives au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*.

146. Cf. article L. 611-3-1 du code monétaire et financier.

Comme en droit privé, un contrat-type administratif n'est qu'un modèle que les parties concernées ne sont pas tenues de reprendre. Il ne modifie donc pas par lui-même l'ordonnancement juridique. Le Conseil d'État admet cependant de connaître de recours dirigés contre eux lorsque l'adhésion à ces contrats entraîne l'application d'un régime juridique particulier[147]. Ce fut longtemps le cas des cahiers des charges-types des concessions de service public, qui, dans l'état du droit antérieur aux lois de décentralisation, avaient « *valeur de préjugé pour l'autorité qui serait chargée d'approuver les concessions et constituaient en réalité une modalité d'exercice du pouvoir de tutelle* », selon la formule du président Braibant dans ses conclusions[148] ; elles permettaient l'application d'une procédure simplifiée d'approbation par le préfet. Il y a en réalité dans ce cas de figure une modification indirecte de l'ordonnancement juridique : les personnes concernées par le contrat-type ne sont pas tenues de s'y conformer, mais si elles le font, il s'ensuit nécessairement des conséquences juridiques particulières. Plus remarquable est le cas des cahiers des clauses administratives générales (CCAG) des marchés publics. Ceux-ci sont en effet de simples références, auxquelles les parties peuvent toujours déroger, sans que ce choix affecte d'une quelconque manière le régime juridique du contrat. Le Conseil d'État juge pourtant recevables les recours dirigés contre ces contrats (CE, 2 juillet 1982, *Conseil national de l'ordre des architectes*, n° 16692, Rec. p. 255). Comme le relevait Catherine Bergeal dans ses conclusions sur l'arrêt *Société d'assurances La Nantaise et l'Angevine réunies*[149], la circonstance que les CCAG soient approuvés, hier par décret et aujourd'hui par arrêté ministériel, n'apparaît pas déterminante dans ce choix jurisprudentiel. Si l'on se réfère aux conclusions du commissaire du gouvernement Jean-Marie Pauti sur la décision *Conseil national de l'ordre des architectes*, celui-ci a plutôt été fondé sur sa valeur de référence, dont l'approbation par décret n'est qu'un indice parmi d'autres, et sur un souci de « *bonne administration de la justice* », consistant à « *censurer* ab initio *s'il y a lieu les stipulations illégales d'un tel acte ne serait-ce que pour éviter des contestations ultérieures à l'occasion de nombreux marchés et donc un contentieux plus abondant qui peut être utilement prévenu* ». Le Conseil d'État a d'ailleurs refusé de connaître de recours dirigés contre les cahiers des clauses techniques générales (CCTG), dont le régime juridique est en tous points identique à celui des CCAG mais dont la portée pratique est bien moindre[150]. Cette jurisprudence apparaît donc dictée par des considérations de pragmatisme.

La jurisprudence admet également la recevabilité des recours contre les décisions d'homologation des normes prises par l'AFNOR, qui ont un caractère réglementaire[151]. Comme il a été vu précédemment (cf. 1.1.4), les normes homologuées ne sont pourtant pas obligatoires ; elles peuvent seulement le devenir en vertu d'un arrêté ministériel. La décision n'est pas très explicite sur les

147. Conclusions sur CE, 16 février 1977, *Sieur Galoziaux*, n° 99509, Rec. p. 920.

148. CE, Ass., 5 mai 1961, *Ville de Lyon*, Rec. p. 294 et CE, Sect., 6 mai 1955, *Chambre syndicale des entrepreneurs concessionnaires des services des pompes funèbres*, Rec. p. 240.

149. CE, Sect., 27 mars 1998, *Société d'assurances La Nantaise et l'Angevine réunies*, n° 144240, Rec. p. 109 ; « *À cet égard, peu importe que l'acte ait été approuvé par un acte réglementaire, décret ou le plus souvent arrêté* ».

150. CE, 30 décembre 2009, *Société Aquitaine Bio Teste*, n° 319343, Rec. p. 839, 878.

151. CE, 14 octobre 1991, *Section régionale « Normandie-Mer du Nord » du comité interprofessionnel de conchyliculture*, n° 90260, Rec. p. 777.

motifs de cette solution : il est seulement indiqué que cette décision présente un caractère réglementaire « *en raison des effets qui y sont attachés* ». La décision *Société Textron*[152], rendue l'année suivante, et qui refuse la recevabilité de recours contre des normes seulement enregistrées et non homologuées, donne des indications par *a contrario* : « *à la différence d'une norme homologuée, une norme enregistrée résulte d'une simple décision du directeur général de l'association française de normalisation, ne peut être rendue obligatoire et ne peut faire l'objet d'une sanction de conformité par l'apposition de la marque nationale dite NF dont l'association française de normalisation est habilitée à accorder le bénéfice* ». C'est donc un faisceau de considérations, tenant aussi bien au mode d'élaboration et d'adoption qu'à la transformation potentielle en règle obligatoire et aux effets pratiques liés à l'apposition de la marque NF, qui est pris en compte. Il faut souligner en outre qu'à la date de ces décisions, l'application des normes homologuées était en principe obligatoire dans les marchés publics de l'État et des collectivités territoriales (article 13 du décret du 26 janvier 1984 portant statut de la normalisation). Le Conseil d'État n'a pas encore eu l'occasion de décider si l'abrogation de cette obligation par le nouveau décret du 16 juin 2009 devait entraîner une évolution de la jurisprudence.

L'exercice par des autorités administratives indépendantes de leur rôle de régulation à travers des instruments de droit souple, tels que des avis et des recommandations, a donné lieu à une série de décisions du Conseil d'État. Dès 1980, le Conseil d'État avait eu l'occasion de juger que l'exercice par plusieurs AAI de leurs pouvoirs de recommandation ne pouvait donner prise à des recours pour excès de pouvoir[153]. À la suite de l'arrêt *Duvignères*[154] sur la recevabilité des recours contre les circulaires, des solutions plus nuancées ont cependant été retenues dans les années 2000. Dans la jurisprudence antérieure, issue de la décision *Notre-Dame du Kreisker* (CE, Ass., 29 janvier 1954, Rec. p. 64), une circulaire ne pouvait faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir que si elle ajoutait à l'état du droit. La décision *Duvignères* a abandonné ce critère du caractère réglementaire pour retenir celui de la formulation impérative. Une circulaire qui réitère en des termes impératifs des dispositions législatives et réglementaires et qui ne modifie donc pas l'ordonnancement juridique peut donc désormais être contestée. Bien que la problématique des AAI ne soit pas identique, la circulaire étant le plus souvent l'expression d'un pouvoir hiérarchique dont ces dernières sont dépourvues, le critère de la formulation impérative a été transposé dans des affaires concernant plusieurs AAI. Le principe de l'irrecevabilité des recours contre les avis et recommandations est maintenu, mais sous réserve du cas où il s'agirait de « *recommandations de portée générale, qui seraient rédigées de façon impérative* ». Selon les espèces, l'application de ce critère a donné lieu à des solutions diverses : le Conseil d'État a admis la recevabilité de recours dirigés contre une recommandation de bonnes pratiques de l'Agence nationale d'accréditation

152. CE, *Société Textron,* 17 février 1992, n° 73230, Rec. p. 66.
153. CE, Ass., 10 juillet 1981, *Retail*, n° 5130, Rec. p. 303, pour le refus du Médiateur de la République de donner suite à une réclamation et CE, 27 mai 1987, *SA Laboratoires Goupil*, n° 83292, Rec. p. 181 pour un avis de la Commission de sécurité des consommateurs.
154. CE, Sect., *Mme Duvignères*, 18 décembre 2002, n° 233618, Rec. p. 463.

et d'évaluation en santé[155] en matière d'accès aux informations concernant la santé d'une personne (CE, 26 septembre 2005, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 270234, Rec. p. 395) ou contre une délibération de la Commission de régulation de l'énergie relative aux modalités d'une expérimentation concernant « *l'effacement diffus* » de consommations d'électricité (CE, 3 mai 2011, *Société Voltalis*, n° 331858, Rec. p. 723, 748, 755, 948). À l'inverse, un recours contre une recommandation de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) adressée à une entreprise a été rejeté (CE, 13 juillet 2007, *Société Editions Tissot*, n° 294195, Rec. p. 335).

Comme le relève une chronique de X. Domino et A. Bretonneau[156], le critère de la formulation impérative a parfois été combiné avec une prise en compte des pouvoirs de l'organisme auteur de l'avis ou de la recommandation. En effet, l'AAI ou l'organisme auteur de l'instrument de droit souple sont souvent dotés par ailleurs de pouvoirs de réglementation ou de sanction. Les prises de position contenues dans l'instrument de droit souple sont alors d'autant plus susceptibles d'influencer le comportement de ses destinataires, voire d'inspirer une décision contraignante ultérieure. Dans une décision *Syndicat français des ostéopathes* (CE, 17 novembre 2010, n° 332771, Rec. p. 886, 954), le Conseil d'État a ainsi jugé recevable un recours contre un rapport du Conseil national de l'ordre des médecins indiquant que l'association d'ostéopathes aux maisons de santé serait contraire à la déontologie médicale, « *eu égard à sa formulation impérative et au rôle confié au Conseil national de l'ordre des médecins pour l'application des principes de déontologie médicale* ». De même, s'agissant des avis rendus par l'Autorité de la concurrence, si les prises de position et recommandations qu'elle y formule ne constituent pas des décisions faisant grief, il en va différemment « *si elles revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou de prescriptions individuelles dont l'Autorité pourrait ultérieurement censurer la méconnaissance* »[157]. En l'espèce, la décision se fonde pour écarter la recevabilité notamment sur le fait que les recommandations ne sont à appliquer par le groupe Casino que si « *ce dernier le souhaite* ». Selon les conclusions de Claire Legras sur ces arrêts, pour qu'il y ait recevabilité du recours, il faut à la fois une formulation impérative et un « *contexte juridique particulier* ».

Particulièrement remarquable, au sein de cette série, est la décision *Formindep* (CE, 27 avril 2011, n° 334396, Rec. p. 168), rendue au sujet des recommandations de bonnes pratiques médicales adoptées par la Haute Autorité de santé (HAS). D'une part, elle ne procède pas à un examen sémantique du caractère impératif de la formulation et d'autre part, elle se fonde non sur les pouvoirs de la HAS mais sur la prise en compte potentielle de ses recommandations dans l'appréciation de la déontologie des professionnels de santé : celles-ci doivent être regardées comme des décisions faisant grief « *eu égard à l'obligation déontologique, incombant aux professionnels de santé en vertu des dispositions du code de la santé publique qui leur sont applicables, d'assurer au patient des soins fondés sur les données acquises*

155. Prédécesseure de la Haute Autorité de santé.

156. X. Domino et A. Bretonneau, « Miscellanées contentieuses », Chronique générale de jurisprudence administrative française, *AJDA*, 2012, p. 2373.

157. CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon et Société ITM Entreprises*, n° 357193 et 346378, à paraître au Rec., < *ArianeWeb* >.

de la science, telles qu'elles ressortent notamment de ces recommandations de bonnes pratiques ». Les recommandations de la HAS sont en effet susceptibles d'être prises en compte par de multiples acteurs, qu'il s'agisse des professionnels de santé libéraux ou hospitaliers, des ordres professionnels ou de l'assurance-maladie. Outre cette question de recevabilité, la décision *Formindep* illustre sur le fond l'intérêt que peut avoir le contrôle contentieux de ce type d'instrument : la recommandation attaquée, qui concernait le traitement médicamenteux du diabète, a été annulée au motif que la HAS n'avait pas justifié que tous les experts ayant participé à son élaboration avaient produit les déclarations d'intérêts requises par la loi. Elle a été d'autant plus remarquée qu'elle a été rendue dans un contexte de vifs débats sur l'impartialité des acteurs sanitaires, consécutifs à l'affaire du Mediator. Est ici vérifiée la prévision du professeur Gérard Timsit, selon laquelle le contrôle juridictionnel des nouvelles formes de normativité résultant de la production des AAI donnerait une importance particulière au respect des exigences procédurales « *de transparence, d'équité, etc. destinées à garantir l'existence et la qualité du dialogue qui doit précéder et accompagner l'édiction de la norme* »[158].

Les décisions précitées portent toutes sur la question de la recevabilité des recours contre des instruments de droit souple. Cette question ne se confond pas avec celle de l'invocabilité. Ainsi, si la jurisprudence *Duvignères* a étendu le champ des circulaires contestables, elle n'a pas modifié les solutions antérieures quant à l'invocabilité : selon les conclusions de Pascale Fombeur, « *soit la circulaire interprète inexactement l'état du droit, et elle est illégale (…), soit la circulaire donne l'exacte interprétation du droit, et il est inutile pour l'administration de l'opposer et pour l'administré de l'invoquer* ». En sens inverse, les directives au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France* sont invocables devant le juge, qu'il s'agisse pour la personne concernée de se prévaloir de leurs orientations ou d'exciper de leur illégalité, mais elles ne sont pas susceptibles d'un recours direct[159] du fait de leur absence de caractère impératif. L'argument de la prévention *ab initio* d'une illégalité susceptible d'être invoquée dans de multiples litiges individuels, qui a prévalu pour admettre la recevabilité des recours contre les CCAG, n'a donc pas été considéré comme déterminant pour les directives.

1.5.2. La jurisprudence judiciaire

Le refus de principe d'assimiler les instruments de droit souple à des règles de droit dont le juge sanctionnerait la violation est cependant commun aux deux ordres de juridiction. S'agissant en particulier des recommandations de la Commission des clauses abusives, la Cour de cassation juge qu'elles « *ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation* » (Cass, 1ère civ., 13 novembre 1996, Bull. n° 399). Le juge n'est pas lié par l'appréciation portée par la Commission sur le caractère abusif d'une clause[160] ; la Cour fait cependant parfois

158. G. Timsit, « Normativité et régulation », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21 (Dossier : la normativité), janvier 2007.

159. Cf. CE, 18 octobre 1991, *Union nationale de la propriété immobilière*, n° 75831, Rec. p. 338 et 3 mai 2004, *Comité anti-amiante Jussieu*, n° 254961, Rec. p. 193.

160. De même, le Conseil d'État juge que les recours contre les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas recevables, au motif qu'elle « *n'édicte pas des règles qui s'imposeraient*

référence, dans la motivation de ses arrêts, à ces recommandations (cf. Cass, 1ère civ, 10 février 1998, Bull. n° 53, par la mention « *rejoignant la recommandation no 91-09 du 7 juillet 1989 de la commission des clauses abusives* »). Selon la doctrine pénaliste, une circulaire du garde des Sceaux interprétant les dispositions d'une loi nouvelle peut constituer « *une source d'inspiration pour le juge pénal* », mais ne peut le lier ni créer aucun droit au bénéfice des justiciables[161].

Pour le reste, la jurisprudence judiciaire sur le droit souple ne présente pas les mêmes questions que celle du juge administratif. Le problème de la recevabilité des recours contre des actes, en particulier, y est beaucoup moins présent, le contentieux judiciaire n'étant pas structuré par la règle de la décision préalable comme l'est le contentieux administratif. La jurisprudence s'est en revanche développée en matière d'appréciation de la faute, de contrôle des contrats-types en matière de consommation ou de protection des libertés fondamentales lorsque celles-ci sont mises en cause par le droit souple.

Un terrain propice à la prise en compte d'instruments de droit souple est celui de la faute : les standards définis par eux peuvent servir, parmi d'autres éléments, à déterminer le caractère fautif d'un comportement. On peut certes soutenir que tout fait peut jouer ce rôle, mais le droit souple, par sa valeur de référence, a une certaine propension à le faire[162]. Selon P. Deumier, « *l'un des outils les plus accueillants pour le droit souple est évidemment l'article 1382 du code civil, (…) tout comme, plus largement, les références en d'autres matières à la notion de faute. Sa rencontre avec le droit souple est incontournable : parce que le droit souple a pour principal objet d'orienter les comportements en un sens déterminé, il entre en contact avec l'ordre juridique, qui exerce la police des comportements* »[163]. Le droit souple a même pu être pris en compte par le juge pénal pour apprécier le caractère délictuel de certains agissements : condamnant un ancien PDG du groupe Vinci, pour abus de pouvoir, la cour d'appel de Versailles s'est fondée parmi d'autres éléments, sur le fait que ses actes « *allaient à l'encontre des recommandations relatives à l'éthique des dirigeants d'entreprises* » (Versailles, 19 mai 2011) ; l'arrêt n'a pas été remis en cause par la Cour de cassation.

Le juge judiciaire peut également être dans une position de censeur du droit souple. Transposant une directive communautaire (il s'agit aujourd'hui de la directive n° 2009/22 du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs), le législateur[164] a ouvert aux associations de défense des consommateurs la possibilité de demander au juge la suppression d'une clause illicite ou abusive dans tout contrat-type proposé aux consommateurs. Les codes de bonne conduite peuvent être appréhendés, en cas

aux particuliers ou aux autorités publiques, mais se borne à inviter les professionnels concernés à supprimer ou modifier les clauses dont elle estime qu'elles présentent un caractère abusif » (CE, 16 janvier 2006, *Fédération du Crédit mutuel centre est Europe*, n° 274721, Rec. p. 995).

161. F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16e édition, 2009, n° 242.

162. Voir, pour une utilisation du droit souple en matière de responsabilité par le juge administratif, CE, 12 janvier 2005, *Kerkerian*, n° 256001 Rec. p. 20 (prise en compte d'une recommandation de bonne pratique pour apprécier l'existence d'un manquement à la déontologie médicale).

163. P. Deumier, « La réception du droit souple par l'ordre juridique », *in Le droit souple*, Association Henri Capitant, *op. cit.*

164. Article L. 421-6 du code de la consommation.

de non respect par l'entreprise de ses propres engagements, sous l'angle de la pratique commerciale trompeuse (Cass, Crim., 15 décembre 1992, Bull. n° 420). Cette jurisprudence n'est pas sans rappeler le fameux arrêt *Kasky c. Nike* de la Cour suprême de Californie[165] : celle-ci a jugé qu'un code de bonne conduite ne relevait pas de la protection de la liberté d'expression par le premier amendement de la Constitution, et qu'une entreprise formulant des considérations factuelles sur ses propres produits ou son activité, est astreinte à une obligation de vérité. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a conforté le lien entre ces instruments de droit souple et l'exigence de sincérité commerciale, en inscrivant, parmi une liste de pratiques commerciales réputées trompeuses, le fait de se prétendre signataire d'un code de conduite, d'afficher un label de qualité sans en avoir obtenu l'autorisation ou d'affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas[166].

Les codes de bonne conduite ont également été appréhendés sous l'angle de la protection des droits fondamentaux des salariés. Dans une affaire *Dassault Systèmes* (Cass, Soc., 8 décembre 2009, n° 0817191), la Cour de cassation avait été saisie d'un litige mettant en cause un code de conduite de la société Dassault, qui définissait notamment des règles applicables à la diffusion des informations à usage interne et organisait un système d'alerte professionnelle. La Cour a jugé que « *les informations à usage interne dont la divulgation est soumise à autorisation préalable par le code de conduite de la société Dassault systèmes ne faisaient pas l'objet d'une définition précise, de sorte qu'il était impossible de vérifier que cette restriction à la liberté d'expression était justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché et, d'autre part, que l'exercice du droit d'expression directe et collective des salariés pouvait impliquer l'utilisation de certaines de ces informations* ». Elle a ainsi montré que le droit souple pouvait être annulé par le juge lorsqu'il porte atteinte aux libertés fondamentales.

Sans avoir dégagé à ce jour de solution générale, la jurisprudence judiciaire montre que plusieurs catégories d'instruments de droit souple (codes de bonne conduite, contrats-types) sont susceptibles d'un contrôle juridictionnel, notamment dans le but de protéger les intérêts des consommateurs et des salariés.

1.5.3. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

La jurisprudence de la CJUE sur le droit souple présente une certaine densité, sans doute à la mesure de l'ampleur et de l'ancienneté de son utilisation par les institutions de l'Union. Plusieurs de ses solutions paraissent assez voisines de celles retenues par la jurisprudence administrative française. Ainsi, saisie de recours contre des communications de la Commission, la CJUE examine s'il s'agit d'une simple communication interprétative, « *qui se contente d'expliciter les dispositions du traité* » ou sa propre jurisprudence, auquel cas le recours ne sera pas recevable, ou si elle « *vise à produire des effets juridiques propres, distincts de ceux déjà prévus par le traité* » (CJCE 20 mars 1997, *France c/ Commission*, C-57/95 ; pour une

165. *Kasky v. Nike*, Inc., 45 P. 3d 243, 301 (Cal. Sup. Ct 2002).
166. Article L. 121-1-1 du code de la consommation.

application récente, TPI 20 mai 2010, *Allemagne c/ Commission*, T-258/06). Comme dans l'ancienne jurisprudence *Notre-Dame du Kreisker*, la CJUE est ainsi conduite à examiner le contenu de l'acte attaqué pour se prononcer sur la recevabilité du recours. À la différence de la jurisprudence *Duvignères*, si le caractère impératif des formulations retenues est pris en compte, c'est seulement comme un indice du fait que l'acte attaqué ajoute à l'état du droit et non comme le fondement de la recevabilité.

Le vocabulaire de l'Union européenne en matière de droit souple

L'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui énumère les catégories d'actes juridiques de l'Union, mentionne, à côté des règlements, des directives et des décisions, qui relèvent du droit dur, les recommandations et les avis, qui « *ne lient pas* » leurs destinataires. Le terme de recommandation est également employé dans certains contextes spécifiques, comme celui de l'Union économique et monétaire (article 121 du TFUE).

Les institutions de l'Union européenne emploient cependant d'autres appellations que celles d'avis ou de recommandations pour désigner leurs instruments de droit souple, sans que cela n'entraîne de différence quant aux effets de l'instrument. En matière de concurrence, la Commission adopte souvent des « lignes directrices », qui définissent la manière dont elle entend exercer ses pouvoirs de décision. Le terme de « communication » est également très employé, et recouvre des réalités diverses : il s'agit parfois d'une interprétation du droit de l'Union européenne, parfois de lignes directrices au sens indiqué ci-dessus, parfois de simples documents de consultation.

Certaines formes de droit souple ont existé sans fondement dans le traité avant que celui-ci ne les consacre. C'est le cas des accords interinstitutionnels, qui ont été introduits à l'article 295 du TFUE par le traité de Lisbonne ; celui-ci prévoit que ces accords « *peuvent revêtir un caractère contraignant* », ce qui implique qu'ils peuvent également relever du droit souple.

On peut enfin relever que le terme de « *memorandum* » utilisé pour qualifier les accords passés entre l'Union européenne et les pays placés ces dernières années sous assistance financière (Grèce, Portugal et Irlande) ne doit pas tromper sur leur nature juridique : il s'agit de textes contraignants, le respect des engagements pris par l'État étant périodiquement vérifié et sanctionné par la suspension du versement de l'assistance financière.

De manière similaire à la jurisprudence *Crédit foncier de France*, la CJUE reconnaît la capacité des institutions de l'Union et en particulier de la Commission à « *s'imposer des orientations pour l'exercice de ses pouvoirs d'appréciation par des actes tels que les lignes directrices, dans la mesure où ces actes contiennent des règles indicatives sur l'orientation à suivre par cette institution et qu'ils ne s'écartent pas des normes du traité* » (CJCE 5 octobre 2000, *Allemagne c/ Commission*, C-288/96). Lorsque les institutions s'autolimitent de la sorte, elles « *énoncent toutefois une règle de conduite indicative de la pratique à suivre dont [elles ne peuvent] s'écarter, dans un cas*

particulier, sans donner des raisons qui soient compatibles avec le principe d'égalité de traitement » (CJCE, Gde chambre, 28 juin 2005, *Dansk Rorindustri*, C-189/02). La formulation de la Cour, sans doute marquée par la force du principe de confiance légitime en droit de l'Union européenne, peut apparaître plus contraignante pour l'administration que la jurisprudence du Conseil d'État sur les directives au sens de la décision *Crédit foncier de France*. Elle n'est pourtant pas substantiellement différente : en France, l'administration peut s'écarter des orientations fixées par une directive en raison de la particularité d'une situation ou d'un motif d'intérêt général, ce qui montre que c'est là encore le respect du principe d'égalité qui est en jeu. Plusieurs auteurs ont souligné la proximité entre les deux jurisprudences[167].

La CJUE reconnaît cependant une portée plus importante à ces lignes directrices en matière de concurrence. La Commission bénéficie en effet, en vertu du traité, de pouvoirs particulièrement étendus dans ce domaine : selon la Cour, « *la Commission jouit, pour l'application de l'article 87, paragraphe 3, CE, [aujourd'hui 107.3] d'un large pouvoir d'appréciation dont l'exercice implique des évaluations d'ordre économique et social qui doivent être effectuées dans un contexte communautaire* », et la Cour n'exerce sur cette appréciation qu'un contrôle de l'erreur manifeste (CJCE, 7 mars 2002, *République italienne c/ Commission*, C-310/99). C'est dans ce contexte juridique particulier que la CJUE admet que des lignes directrices puissent fonder directement une décision constatant l'incompatibilité d'une aide d'État avec le marché intérieur (CJCE, 22 mars 2001, *France c. Commission*, C-17/99 ; voir point 49, « *la Commission était fondée, en l'absence d'un plan de restructuration crédible, à refuser l'autorisation des aides litigieuses en application des lignes directrices* »), même si c'est bien entendu sous réserve que ces lignes directrices soient conformes au traité. La Cour a également considéré qu'un changement des lignes directrices de la Commission relatives au calcul des amendes prononcées par elle devait respecter l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[168] sur la non-rétroactivité des peines, comme s'il s'agissait d'une véritable règle de droit (arrêt *Dansk Rorindustri* précité).

La Cour admet également que des instruments de droit souple puissent servir de moyen auxiliaire d'interprétation du droit de l'Union. Tout en prenant soin de ne jamais se fonder exclusivement sur de telles sources, elle les prend en compte pour conforter son raisonnement. Le style de rédaction des arrêts de la Cour, qui s'attache à développer l'ensemble des arguments pris en compte par elle-même lorsque certains d'entre eux ne sont pas déterminants, se prête à ce type de mention. Des conclusions récentes de l'avocat général Juliane Kokott exposent la pratique de la Cour en la matière : « *Certes, les orientations du comité de la TVA ne sont pas juridiquement contraignantes. Cependant, l'article 398, paragraphe 4, de la directive TVA charge expressément ledit comité d'examiner les questions portant sur l'application des dispositions du droit de l'Union en matière de TVA. Tôt déjà, dans le domaine de la réglementation douanière, la Cour a qualifié les avis du comité de la nomenclature du tarif douanier commun, qui avait une fonction analogue, de moyens importants pour assurer une application uniforme du tarif douanier commun,*

167. M. Long et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz ; G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Sirey.

168. Intégré dans l'ordre juridique communautaire sous la forme d'un principe général du droit communautaire.

bien qu'ils n'aient pas de force obligatoire en droit. C'est sur cela qu'est fondée la jurisprudence constante de la Cour, selon laquelle les notes explicatives élaborées par la Commission, désormais en collaboration avec le comité de la nomenclature du tarif douanier commun, contribuent de façon importante à l'interprétation de la portée des différentes positions tarifaires sans toutefois avoir force obligatoire de droit. Il n'y a plus de raison pour ne pas reconnaître une fonction analogue aux orientations du comité de la TVA. »[169].

La Cour s'attache cependant à faire prévaloir en toutes circonstances les traités et le droit dérivé. Dans les premières années de fonctionnement de la Communauté économique européenne, elle a jugé à plusieurs reprises que des résolutions du Conseil ne pouvaient modifier les exigences découlant du traité et en particulier leur calendrier d'entrée en vigueur (cf. CJCE, 3 février 1976, *Manghera*, C-59/76, sur la mise en conformité des monopoles d'importation et 8 avril 1976, *Defrenne c/ Sabena*, C-43/75, sur le principe d'égalité des rémunérations entre les hommes et les femmes). Des conclusions du Conseil exprimant une « *volonté de nature politique* », telles que celles adoptées dans le cadre du groupe « code de conduite » chargé de faire évoluer les pratiques fiscales dommageables des États, ne peuvent créer de confiance légitime et lier ainsi la Commission dans l'exercice de ses compétences (CJCE, 22 juin 2006, *Royaume de Belgique c/ Commission*, C-182/03).

1.5.4. La jurisprudence de la CEDH

La jurisprudence de la CEDH illustre principalement la possibilité d'utiliser le droit souple comme moyen auxiliaire d'interprétation de la convention et de ses protocoles. La Cour s'appuie aussi bien sur le droit souple émanant d'organes internes au Conseil de l'Europe, notamment l'Assemblée parlementaire et le Comité des ministres, ou encore le Comité européen des droits sociaux chargé de contrôler le respect de la Charte sociale européenne, que sur celui produit par d'autres institutions internationales, par exemple l'Organisation internationale du travail. Ainsi, dans un arrêt de Grande chambre *Leyla Sahin c/ Turquie* (10 novembre 2005, n° 44774/98), la Cour s'est appuyée sur la recommandation n° R(98)3 du Comité des ministres sur l'accès à l'enseignement supérieur pour juger que le droit à l'instruction garanti par l'article 2 du protocole additionnel à la convention impliquait le droit à l'accès à l'enseignement supérieur.

Le vocabulaire du Conseil de l'Europe en matière de droit souple

L'article 15 du statut du Conseil de l'Europe prévoit que le Comité des ministres peut adresser des « *recommandations aux gouvernements* » et « *inviter ceux-ci à lui faire connaître la suite* » qu'ils leur ont donnée. Quant à l'Assemblée consultative, elle peut sous la forme de « *résolutions* » adopter des recommandations sur toute question entrant dans les buts du Conseil de l'Europe (article 23), notamment des recommandations adressées au Comité des ministres (article 29).D'autres instruments de droit souple ne sont pas expressément prévus par le statut du Conseil de l'Europe, comme les « plans d'action » adoptés dans le cadre des « conférences de haut niveau » sur l'avenir de la CEDH (cf. *infra*).

169. Conclusions du 31/1/2013 sur l'affaire *Minister Finansów c/ RR Donnelley Global Turnkey Solutions Poland*, C-155/12.

Quelques années plus tard, dans un autre arrêt de Grande chambre (12 novembre 2008, *Demir et Baykara c/ Turquie*, n° 34503/97), la CEDH a exposé de manière complète et systématique sa jurisprudence sur la prise en compte d'instruments non contraignants pour l'interprétation de la convention. Celle-ci se fonde sur le principe, constamment réaffirmé, selon lequel la convention est un instrument « *vivant* » à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles, mais aussi « *de l'évolution des normes de droit national et international* ». La Cour prend donc en considération « *toute règle et tout principe de droit international applicables aux relations entre les Parties contractantes* », ce qui la rend réceptive aux instruments de droit souple accompagnant ces normes. Elle rappelle également qu'elle a utilisé à plusieurs reprises « *des textes intrinsèquement non contraignants des organes du Conseil de l'Europe, notamment des recommandations et des résolutions du Comité des Ministres et de l'Assemblée parlementaire* », mais aussi « *d'autres organes du Conseil de l'Europe, dépourvus quant à eux de toute fonction de représentation des États parties à la Convention, qu'il s'agisse d'organes de surveillance ou d'organes experts* », tels que la commission pour la démocratie par le droit, dite commission de Venise.

Le droit souple joue également un rôle dans les relations interinstitutionnelles entre Comité des ministres et Cour ; il a permis notamment d'apporter des réponses au problème constant de l'engorgement de la Cour, de manière plus efficace que par une modification du règlement de procédure qui requiert l'unanimité des 47 États. C'est en s'appuyant sur la résolution n° (2004)3 du Comité des ministres, qui « *l'invitait* » à le faire, que la Cour a dégagé dans son arrêt *Broniowski c/ Pologne* du 22 juin 2004 la notion de « *défaillance structurelle* » d'un État. Désormais, lorsque la Cour est saisie d'une série d'affaires répétitives révélant un dysfonctionnement structurel, elle peut par un « arrêt-pilote » identifier « *le problème systémique et donner au gouvernement concerné des indications claires sur les mesures de redressement qu'il doit prendre pour y remédier* ». Elle peut alors ajourner l'examen des requêtes relevant de la même série pour laisser le temps à l'État concerné de remédier à son problème structurel, tout en gardant la faculté de le reprendre si l'intérêt de la justice l'exige. Dans le même esprit, depuis 2010, trois conférences de haut niveau (Interlaken, Brighton et Izmir) ont donné lieu à des déclarations de principe et à des plans d'action, tendant à faire évoluer la pratique de la Cour sur des questions comme celle de la recevabilité des requêtes.

Des fonctions utiles, une efficacité conditionnelle, des risques réels

Le pouvoir exercé par les auteurs du droit souple appelle nécessairement deux grandes interrogations, celle de son efficacité et celle de sa légitimité. Compte tenu de l'objet du droit souple, qui est de modifier les comportements, l'efficacité équivaut largement à l'effectivité : le droit souple atteint son but si ses prescriptions sont suivies. Cette question de l'effectivité est au cœur du mystère et de la séduction exercée par le droit souple : il n'est pas contraignant, et pourtant il est appliqué ; ou du moins il peut l'être, car l'effectivité n'est pas toujours au rendez-vous. Les développements qui vont suivre ont pour objet d'identifier les mécanismes qui font que le droit souple est ou n'est pas appliqué. Quant à la question de la légitimité, elle se pose notamment pour le droit souple produit par les acteurs privés, pour lesquels la fonction normatrice n'est pas habituelle, mais aussi pour celui émanant des acteurs publics, lorsqu'il n'emprunte pas les voies qui font la légitimité du droit dur, en particulier la délibération parlementaire. Les deux questions ne se confondent pas : lorsque la légitimité du droit souple est incertaine, le problème est d'autant plus aigu que son effectivité est importante. Avant d'en venir aux propositions exposées dans la troisième partie, il est indispensable de répondre à ces deux questions, afin de tracer la voie, la seule qui puisse être souhaitable, d'un droit souple à la fois effectif et légitime.

Il sera montré ici que si le droit souple remplit des fonctions utiles, il n'est efficace que dans certaines conditions et présente des risques d'illégitimité et d'insécurité juridique qui doivent être prévenus.

2.1. Des fonctions qui attestent de l'utilité du droit souple

Au terme de la première partie, qui a pris acte de l'omniprésence du droit souple, une évidence s'impose : le droit souple n'aurait pas connu une telle extension s'il n'avait pas une utilité, s'il ne remplissait pas certaines fonctions. Celles-ci ayant déjà été rencontrées au fil des exemples présentés dans la première partie, le but est ici d'en donner une vision plus systématique. Le droit souple peut jouer quatre grands rôles assez différents, sans pour autant être exclusifs l'un de l'autre.

2.1.1. Se substituer au droit dur lorsque le recours à celui-ci n'est pas envisageable

Dans l'ordre interne, l'utilisation du droit dur n'est parfois pas envisageable pour des raisons juridiques. Dans l'ordre international, ce sont souvent les caractéristiques de la société internationale en construction, qui n'est pas dotée d'une autorité centrale susceptible d'imposer sa volonté à ses membres, et qui voit coexister les États et d'autres producteurs de normes, qui empêchent d'y recourir. Le droit souple permet alors d'agir en dépit de l'impossibilité de recourir au droit dur.

Le droit souple utile, dans l'ordre interne, pour pallier l'impossibilité juridique de souscrire des engagements contraignants

Dans l'ordre interne, il n'existe pas d'impossibilité juridique pour les pouvoirs publics de prendre des actes unilatéraux, dès lors qu'ils respectent le principe de légalité. En revanche, il peut arriver que plusieurs acteurs n'aient pas la capacité de souscrire entre eux un véritable engagement contractuel emportant des droits et obligations réciproques. C'est le cas de deux services d'une personne morale, notamment au sein de l'État, qui peuvent cependant souhaiter, compte tenu de leur autonomie administrative, prendre des engagements mutuels, comme dans les contrats de performance conclus à partir des années 1990 entre la direction du budget et des directions du ministère des finances et du ministère de l'équipement. Plus récemment, le ministère de la ville a lancé la conclusion d'une série de conventions avec les autres ministères, qui visent à répondre à un problème récurrent de la politique de la ville, celui de la mobilisation des moyens dits de « droit commun » en faveur des quartiers concernés. Le ministre de la ville gère en effet des dispositifs spécifiques, mais il est important que ceux-ci s'ajoutent et ne se substituent pas aux moyens habituels des politiques d'emploi, de sécurité ou de santé. Par exemple, la « convention d'objectifs pour les quartiers prioritaires 2013-2015 » conclue le 25 avril 2013 avec le ministre de l'emploi, qui fixe des objectifs d'accès des habitants des zones urbaines sensibles aux différents dispositifs de la politique de l'emploi et prévoit de renforcer dans ces quartiers la présence de Pôle emploi et des missions locales pour les jeunes.

Une autre configuration est celle où l'État passe une convention avec une autre personne morale représentant certains acteurs sans avoir de capacité juridique à les engager. En effet, en vertu du principe de l'effet relatif des contrats énoncé

par l'article 1165 du code civil[170], un contrat n'emporte pas d'obligations pour les tiers ; une fédération professionnelle, ou toute personne morale représentant une catégorie d'acteurs, n'a donc pas en principe de capacité à engager juridiquement ses mandants. Une disposition législative peut conférer un tel pouvoir à une organisation, comme c'est le cas pour les conventions collectives[171] ou, dans un domaine plus circonscrit, de la convention dite « AERAS »[172] permettant aux personnes gravement malades ou handicapées d'accéder aux assurances décès ou invalidité auxquelles sont souvent conditionnés les crédits bancaires[173]. En dehors de ces exceptions, de telles conventions ne peuvent avoir de portée autre que politique. Il en va ainsi de toutes les conventions conclues par l'État avec les associations de collectivités territoriales, auxquelles la loi ne reconnaît pas de prérogative particulière et dont l'existence n'est d'ailleurs pas mentionnée par le code général des collectivités territoriales. Pour assurer la mise en œuvre du dispositif des « emplois d'avenir », le Gouvernement a conclu avec les associations représentant les différents niveaux de collectivités territoriales des « conventions d'engagements » : celle signée avec l'Assemblée des départements de France le 30 octobre 2012 prévoit que l'ADF s'engage à « *inciter les départements à favoriser le recrutement de 7000 emplois d'avenir en 2013 au sein de leurs services* ». De manière similaire, un « protocole relatif à la protection des mineurs isolés étrangers a été conclu le 31 mai 2013 entre l'ADF et les ministres de la justice, des affaires sociales et de l'intérieur, afin d'organiser la prise en charge de ces mineurs en la répartissant entre l'État et les départements ainsi qu'entre les départements. De telles conventions visent à engager politiquement leurs signataires sans pouvoir les contraindre juridiquement.

Le droit souple utile pour agir compte tenu des caractéristiques de la société internationale

Dans les relations internationales, il est plus facile de recueillir l'assentiment des États lorsque les engagements pris ne sont pas juridiquement contraignants. L'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE), adopté le 1er août 1975 par les 35 chefs d'État et de gouvernement réunis à Helsinki, l'illustre bien. Il aurait sans doute été très difficile de recueillir l'accord de 35 pays, dont l'Union soviétique, les États-Unis et les deux Allemagnes, sur un traité juridiquement contraignant couvrant un domaine aussi vaste que celui des trois « corbeilles » constituant l'ordre du jour de la Conférence : sécurité en Europe, coopération en matière d'économie, de sciences et techniques et d'environnement, coopération humanitaire et dans d'autres domaines. L'absence d'effet juridiquement contraignant est énoncée de manière discrète mais non équivoque par une clause finale selon laquelle le texte de l'Acte « *n'est pas éligible*

170. Qui prévaut également pour les contrats administratifs, à l'exception de leurs clauses réglementaires : cf. CE, 11 janvier 1961, *Barbaro* et *de la Marnière*, n° 23677 et 41893, Rec. p. 25.

171. Article L. 2262-1 du code du travail : « *Sans préjudice des effets attachés à l'extension ou à l'élargissement, l'application des conventions et accords est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires* ».

172. « S'assurer et emprunter avec un risque aggravé de santé », appellation qui a succédé en 2006 à celle de « convention Bélorgey ».

173. Article L. 1141-2 du code de la santé publique : « T*oute personne présentant, du fait de son état de santé ou de son handicap, un risque aggravé bénéficie de plein droit de cette convention* ».

à l'enregistrement dans le cadre de l'article 102 de la Charte des nations unies », lequel stipule que « *tout traité ou accord international conclu par un Membre des Nations Unies après l'entrée en vigueur de la présente Charte sera, le plus tôt possible, enregistré au Secrétariat et publié par lui* ». Bien qu'il ne s'agisse pas d'un traité, l'Acte final d'Helsinki a eu dans les relations internationales une influence importante. Il comporte des engagements précis sur les « mesures de construction de la confiance », telles que la notification préalable des manœuvres militaires et l'envoi d'observateurs assistant à celles-ci ; ce qui a été perdu en caractère juridiquement contraignant a donc peut-être été gagné en précision. Il a contribué à un processus d'apaisement des tensions en Europe, rendant possible quinze ans plus tard la réunification allemande[174]. Comme souvent avec le droit souple, cette effectivité (cf. *infra* 2.2) s'explique sans doute par les conditions d'élaboration et au suivi de la mise en œuvre : la négociation a duré deux ans, un processus d'une ampleur sans précédent durant la Guerre froide ; l'Acte prévoit l'organisation de rencontres régulières de suivi. Si ce droit souple a par la suite été durci, la CSCE étant transformée en 1994 en une véritable organisation internationale, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), le processus avait à cette date accompli la plus grande partie de sa mission historique.

L'Organisation internationale du travail : une action renouvelée par le recours au droit souple

L'OIT a été confrontée au cours des années 1990 à l'essoufflement de son mode d'action traditionnel qui accordait une place centrale à ses conventions internationales. Elle avait constitué au fil des décennies un imposant corpus normatif composé des conventions adoptées par les sessions successives de la Conférence internationale du travail. Cependant, le nombre de ratifications des conventions avait chuté de manière importante à partir des années 1980, ne dépassant pas une vingtaine sur plus de 180 États membres. Le système de contrôle, reposant sur les rapports d'application des États et leur examen par la commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, était engorgé.

L'OIT a tiré deux conséquences de cette situation. Elle a d'abord, dans sa propre doctrine d'action, remis en question la supériorité supposée des conventions sur les recommandations. Selon un rapport de son directeur général intitulé *L'action normative de l'OIT à l'heure de la mondialisation*[175], « *il importe de se rendre compte qu'une convention n'est pas, par essence, supérieure à une recommandation* » ; « *si une convention crée des obligations, il est toutefois possible en certains domaines qu'une norme susceptible d'être largement acceptée comme telle soit beaucoup plus efficace, en pratique, que des obligations dont il est probable qu'elles ne pourront être assumées aussi largement* ». L'OIT conclut que « la recommandation ne doit plus être considérée comme la parente pauvre de la convention ». Mieux vaut, en d'autres termes, une recommandation suscitant l'adhésion des États qu'une convention peu ratifiée et inefficacement contrôlée.

174. Cf. le discours du chancelier Helmut Kohl lors du sommet des chefs d'État et de gouvernement de la CSCE de Paris, les 19-21 novembre 1990 : « (…) *without the foundation laid 15 years ago for a peaceful order encompassing the whole of Europe, it would not have been possible today to accomplish German unity and to restore the historical unity of our continent* (…) ».

175. Rapport à la 85e conférence internationale du travail, 1997.

La deuxième conséquence a été l'adoption en 1998 de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et aux droits fondamentaux au travail. Celle-ci définit quatre droits fondamentaux dont tous les États membres doivent respecter les principes, du seul fait de leur appartenance à l'OIT[176] et même s'ils n'ont pas ratifié les conventions correspondantes : la liberté d'association et la reconnaissance effective du droit de négociation collective, l'élimination de toute forme de travail forcé ou obligatoire, l'abolition effective du travail des enfants et l'élimination de la discrimination en matière d'emploi et de profession. La Déclaration ne définit pas de règle de droit nouvelle, elle n'a qu'une valeur recognitive des obligations qui incombent aux États du fait de leur adhésion à l'OIT. La Déclaration est complétée par des mécanismes de suivi et un programme de coopération technique destiné à soutenir les États dans la mise en œuvre des droits fondamentaux.

Plusieurs effets positifs de la Déclaration ont pu être observés[177]. Les ratifications des sept conventions correspondant aux droits fondamentaux ont été relancées, attestant du caractère « promotionnel » de la Déclaration, selon l'expression de la professeure canadienne Isabelle Duplessis[178]. La Déclaration sert de document de référence dans la coopération entre l'OIT et d'autres organisations internationales, comme l'OMC ou la Banque mondiale. Cette dernière s'est engagée en 2006 à soutenir le respect des droits fondamentaux du travail, tels qu'énoncés dans la Déclaration, dans tous les projets d'infrastructure qu'elle finance.

L'OIT utilise également le droit souple en matière de sécurité et de santé au travail. Elle produit des « recueils de directives pratiques », qui définissent des orientations à l'attention des pouvoirs publics et des acteurs professionnels, dans les différents secteurs d'activité (construction, mines, sidérurgie, etc.). Le droit souple sert ici à l'OIT pour traduire les grands principes de son corpus juridique dans des documents à usage opérationnel destinés aux acteurs concernés.

Aujourd'hui, dans un monde souvent qualifié de « multipolaire », caractérisé par l'existence de grandes puissances plus nombreuses et plus diverses que par le passé du fait de l'importance croissante des pays émergents, la conclusion d'accords contraignants semble devenue encore plus difficile, plusieurs analyses évoquant une « crise du multilatéralisme »[179]. Le cycle de négociations sur le commerce international lancé en 2001, dit « cycle de Doha », n'a pas été conclu à ce jour, ce qui fait qu'aucun nouvel accord n'a été conclu depuis ceux de Marrakech en 1994, il y a près de vingt ans. En matière de lutte contre le changement climatique, la conférence de Copenhague de 2009 n'a pu parvenir à l'objectif initialement fixé d'un accord étendant à l'ensemble des principaux pays émetteurs, notamment

176. Ces principes sont considérés comme découlant de la Constitution de l'OIT, que tous les États membres sont par construction tenus de respecter.

177. Cf. O. Dutheillet de Lamothe, « La Déclaration de l'OIT de 1998, laboratoire de la dimension sociale de la mondialisation », intervention à la 5e rencontre du réseau « ID » franco-américain, collège de France, mars 2011.

178. I. Duplessis, « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2007.

179. Le Forum public annuel de l'OMC de 2012 avait ainsi pour thème « Le multilatéralisme est-il en crise ? ». Cf. également Z. Laïdi, « Le multilatéralisme en berne », *Télos*, mars 2013.

les États-Unis et la Chine, la logique du protocole de Kyoto[180], consistant dans la définition d'engagements quantifiés et juridiquement contraignants de réduction des émissions de gaz à effet de serre. Dans ce contexte, le recours au droit souple peut apparaître comme un autre mode de régulation, plus adapté selon certains aux fortes différences d'intérêts et parfois de valeurs entre les grands acteurs mondiaux. La conférence de Copenhague s'est ainsi conclue par l'adoption d'un accord entre les 28 principaux émetteurs, fixant un objectif général de limitation de la hausse des températures à 2° C et demandant à chaque pays de prendre des engagements volontaires de réduction de ses émissions. La conférence de Cancun tenue l'année suivante a entériné cette approche basée sur le volontarisme et l'absence de contrainte juridique, qualifiée d'approche ascendante ou *bottom-up* (les objectifs sont définis par les engagements volontaires de chaque État) par opposition à une approche descendante ou *top-down* (les objectifs sont définis en fonction de la nécessité constatée par les experts scientifiques et répartis entre les États en fonction de leur part dans les émissions)[181].

Pour autant, le multilatéralisme fondé sur des accords contraignants enregistre toujours des avancées. En 2011, la conférence de Durban a marqué le retour d'une approche fondée sur des engagements contraignants, avec la reconduction du protocole de Kyoto pour la période 2012-2020[182] et l'engagement de conclure, d'ici 2015, un accord juridique incluant l'ensemble des pays émetteurs et entrant en vigueur en 2020. Dans un autre domaine, l'adoption par l'Assemblée générale des Nations unies le 2 avril 2013 d'un traité sur le commerce des armes a montré que le multilatéralisme classique pouvait encore obtenir des résultats sur un sujet sensible. Cependant, face aux difficultés et à la lourdeur de ces processus, l'adoption d'accords de droit souple volontairement mis en œuvre par les États, que l'on observe en matière de climat, de régulation financière (cf. *supra* 1.1.1. sur le comité de Bâle) ou d'internet (cf. *infra* 2.1.2) apparaît aujourd'hui durablement installée comme approche complémentaire de la régulation mondiale.

La société internationale contemporaine est aussi marquée par le rôle majeur des entreprises multinationales qui, pour produire un droit applicable à l'ensemble de leurs salariés, ne peuvent passer que par le droit souple. Elles concluent notamment des accords collectifs, souvent dénommés « accords-cadres transnationaux » ou « accords d'entreprise transnationaux » (AET), qui abordent des thèmes tels que la santé et la sécurité, l'égalité professionnelle, la mobilité et l'anticipation et l'accompagnement des restructurations[183]. Après quelques accords pionniers comme ceux conclus par Danone en 1988 et Accor en 1995, les AET se sont développés

180. Conclu en 1997, il ne comporte d'engagements de réduction des émissions que pour les pays développés, principalement l'Union européenne, le Canada, la Russie, le Japon et l'Australie ; les pays en développement sont dispensés d'engagements ; quant aux États-Unis, ils ont signé le protocole mais ne l'ont pas ratifié. Entré en vigueur en 2004, il fixe des engagements pour la période 2008-2012.

181. Cf. Centre d'analyse stratégique, Où vont les négociations climatiques internationales, novembre 2012, et B. Deflesselles et J. Lambert, Rapport d'information sur les négociations internationales relatives au changement climatique, commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale, novembre 2012.

182. Seuls l'Union européenne, l'Australie et quelques autres États, qui représentent que 13 % des émissions de gaz à effet de serre, ont toutefois accepté d'y souscrire.

183. A. Dufresne, « Les accords d'entreprises transnationaux. Un moyen de relancer la négociation collective européenne ? », *Les notes de l'Institut européen du salariat*, n° 11, mars 2010.

de manière importante dans les années 2000, et la Commission européenne en dénombre aujourd'hui 224, concernant 144 entreprises majoritairement européennes et couvrant plus de 10 millions de salariés[184]. Si le signataire patronal est en règle générale la société-mère du groupe, les interlocuteurs représentant les salariés sont divers : fédérations syndicales européennes ou internationales, comités d'entreprise européens, syndicats nationaux des pays d'implantation de l'entreprise. La portée juridique de ces accords est pour le moins incertaine. La société-mère n'a pas la capacité d'engager juridiquement ses filiales. Les instances habilitées à engager juridiquement les salariés sont variables selon les systèmes nationaux : certains pays confèrent ce rôle aux organisations syndicales représentatives, tandis que d'autres l'attribuent aux comités d'entreprise ; les fédérations syndicales européennes et internationales, qui sont souvent les acteurs centraux de la négociation, n'ont jamais de prérogatives reconnues par les systèmes nationaux. La Confédération européenne des syndicats revendique d'ailleurs depuis 2005 la mise en place d'un cadre européen, seul à même de définir les conditions de négociation et la valeur juridique de ces accords dans chaque État. L'organisation patronale *BusinessEurope* soutient au contraire qu'un tel cadre entraverait le développement connu jusqu'ici par les accords transnationaux. À ce stade, que l'on considère ou non cette situation comme satisfaisante, les AET ne peuvent avoir d'autre portée que celle du droit souple. Pour autant, les AET et plus largement les engagements pris par les entreprises dans le cadre de la RSE jouent un rôle utile : ils permettent d'affirmer une forme de responsabilité de la société-mère à l'égard de ses filiales et de promouvoir le respect de certains standards sociaux ou environnementaux dans des pays dont la législation dans ces domaines est très limitée.

2.1.2. Préparer le recours au droit dur, notamment face à des phénomènes émergents

Le droit souple permet d'appréhender les phénomènes émergents qui se multiplient dans le monde contemporain, soit en raison d'évolutions technologiques, soit de mutations sociétales. Plus aisé à faire évoluer, ne formulant pas de règles générales insusceptibles de dérogation, il s'avère souvent plus adapté que le droit dur pour traiter de phénomènes qui ne sont pas tout à fait bien cernés. Ouvrant une phase d'expérimentation, il peut préparer le recours ultérieur au droit dur.

Le droit souple pour appréhender des évolutions technologiques

La gouvernance d'internet illustre par excellence l'utilité du droit souple pour réguler un phénomène nouveau et en évolution rapide, et préparer dans certains cas l'adoption ultérieure de textes contraignants, même si en la matière l'intervention des pouvoirs publics fait l'objet de débats de principe (cf. *infra* 2.1.4). Elle ne ressemble sans doute à celle d'aucun autre domaine et se caractérise par un curieux mélange d'autorégulation par des acteurs privés et d'emprise du gouvernement américain, de complexité institutionnelle et d'absence globale d'encadrement centralisé, de technicité des problématiques et de multiplicité des enjeux, à la fois économiques, sociétaux et politiques. Ceci s'explique par

184. Commission européenne, « Transnational company agreements: realising the potential of social dialogue », SWD (2012) 264, septembre 2012.

la croissance exponentielle du réseau : le projet de recherche développé dans les années 1960 sous l'égide de la *Defense Advanced Research Projects Agency* (DARPA), une agence du Pentagone, n'impliquant jusque dans les années 1980 qu'une communauté assez limitée d'utilisateurs, est devenu en l'espace de deux décennies une « *ressource publique mondiale* », pour reprendre les termes de la déclaration de principes de Genève du Sommet mondial sur la société de l'information[185]. La gouvernance d'internet résulte aujourd'hui de la superposition de plusieurs architectures traitant de ses différents aspects, dans laquelle des instruments à la « *normativité très assourdie*[186] » jouent un rôle prédominant.

La gouvernance d'internet, un système complexe dans lequel le droit souple joue un rôle prédominant

Pour être très décentralisée, l'organisation d'internet n'a pas le caractère d'une anarchie. Elle résulte de la superposition d'instances traitant de différents aspects, qui ont en commun le fait de ne pas relever d'une régulation intergouvernementale classique et d'agir principalement par la production de droit souple. Ces instances peuvent être regroupées selon les thématiques traitées en trois catégories : la gestion des noms de domaines, la définition des standards techniques et la prise en compte des enjeux politiques et sociétaux.

Le système de gestion des noms de domaines (*Domain Name System* ou DNS) est sans doute l'aspect le plus structuré de cette gouvernance, en raison de la nécessité de gérer une ressource limitée. Pour créer un site internet, il faut se voir attribuer un nom de domaine ; lorsque celui-ci est attribué, il ne peut plus être utilisé par quiconque dans le monde entier. Depuis 1998, la coordination du système est assurée par une société de droit californien, l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*, opérant sur le fondement d'un « *memorandum of understanding* » avec le ministère du commerce des États-Unis[187]. Les extensions nationales (sites en *.fr* pour la France, *.de* pour l'Allemagne, *.cn* pour la Chine, etc.) sont gérées de manière autonome par des « registres » nationaux, choisis par leur État et qui définissent leurs propres règles d'attribution des noms de domaine ; les registres nationaux sont toutefois techniquement dépendants de l'ICANN. En revanche, les extensions dites génériques (telles que *.com*, *.org*, etc.) sont organisées par l'ICANN, qui décide notamment de la création de nouvelles extensions. Les gouvernements sont seulement représentés auprès de l'ICANN dans un comité consultatif, le *Government Advisory Committe* (GAC).

Le Sommet mondial de la société de l'information (SMSI), a marqué la volonté des États de se ressaisir des multiples enjeux liés à l'expansion d'internet, tels que la contribution de celui-ci au développement des pays pauvres et la réduction de la « fracture numérique », la lutte contre la cybercriminalité ou encore les investissements requis pour le développement des réseaux. Il

185. Sommet convoqué à l'initiative de l'Assemblée générale des Nations unies, qui s'est tenu en deux phases, la première à Genève en 2003 et la seconde à Tunis en 2005.
186. P. Jacob, « La gouvernance de l'Internet du point de vue du droit international public », in *Annuaire français du droit international*, n° 56, 2010, p. 546-563.
187. Remplacé le 30 septembre 2009 par un « *affirmation of commitments* » du ministère du commerce et de l'ICANN.

a décidé de la création d'un Forum pour la gouvernance de l'internet (FGI), instance multipartite dans laquelle sont représentées l'ensemble des parties prenantes (gouvernements, secteur privé, société civile et organisations intergouvernementales). Le rôle du FGI est toutefois limité par le fait qu'il se borne strictement à un rôle de forum, c'est-à-dire de lieu de discussion entre les acteurs qui ne produit pas de prise de position commune. Il n'a pas non plus d'exclusivité dans la réflexion sur les problématiques globales liées à internet ; ce rôle est également joué par l'*Internet Society*, association de droit américain mais « *à vocation mondiale* », qui a pour objet de représenter la diversité des utilisateurs du net.

En dépit de cette prévalence du droit souple, le passage vers le droit dur se fait pour certains aspects de la régulation d'internet. C'est le cas en France de l'attribution des noms de domaine, selon un processus qui a connu trois étapes. La première étape a été caractérisée par un fonctionnement très informel. L'Institut national de recherche en automatique et en informatique (INRIA), qui est un établissement public, s'est vu confier en 1986 par le prédécesseur de l'ICANN la gestion du « registre » du *.fr*. Il a établi en 1996 une « charte du nommage », définissant les règles d'ouverture et de retrait des noms de domaine, en dehors de tout cadre juridique. Ce n'est qu'en 2004 que le législateur est intervenu, en disposant que le ministre chargé des communications électroniques est compétent pour désigner, après consultation publique, les organismes « *chargés d'attribuer et de gérer les noms de domaine* » de l'extension *.fr*[188]. L'Association française pour le nommage internet en coopération (AFNIC), association créée en 1998 par l'État et l'INRIA pour reprendre la mission de gestion du *.fr* jusqu'alors exercée par ce dernier, s'est vue confirmée sur le fondement de ce nouveau cadre légal par un arrêté du 19 février 2010. Par une décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, le Conseil constitutionnel a ouvert une troisième étape impliquant un encadrement législatif plus précis : il a jugé « *qu'en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services dans la vie économique et sociale, notamment pour ceux qui exercent leur activité en ligne, l'encadrement, tant pour les particuliers que pour les entreprises, du choix et de l'usage des noms de domaine sur internet affecte les droits de la propriété intellectuelle, la liberté de communication et la liberté d'entreprendre* » et en a déduit que la loi était entachée d'incompétence négative, car elle avait « *entièrement délégué le pouvoir d'encadrer les conditions dans lesquelles les noms de domaine sont attribués ou peuvent être renouvelés, refusés ou retirés* ». Au terme de cette évolution, l'attribution des noms de domaine est régie par des dispositions plus détaillées issues d'une loi du 22 mars 2011, qui énoncent désormais les principes présidant à l'attribution (règle du « premier arrivé, premier servi », attribution sur la base des déclarations faites par le demandeur et sous sa responsabilité). Le droit souple a ainsi permis d'accompagner le développement d'internet et de ne passer au droit dur que lorsque le phénomène et la réflexion à son sujet avaient acquis une maturité suffisante.

188. Article L. 45 du code des postes et des communications électroniques, issu de la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

Une évolution similaire pourrait advenir concernant ce qu'il est convenu d'appeler le principe de « neutralité de l'internet ». Les opérateurs des réseaux électroniques ont fonctionné historiquement en respectant le principe dénommé, selon l'expression consacrée, de *best effort* : tous les utilisateurs du réseau sont traités de manière égale quel que soit le contenu de leur communication, sans priorité des uns par rapport aux autres, mais sans garantie de qualité. Certains acteurs, notamment des opérateurs de réseaux[189] ou des fournisseurs de contenu, souhaiteraient avoir la possibilité de mettre en place un traitement différencié, avec une qualité garantie dans le cadre d'une convention entre le fournisseur de contenu et l'opérateur, moyennant rémunération. Les tenants de la neutralité du net s'opposent à une telle évolution, qui remettrait en cause selon eux l'égalité des utilisateurs et serait un frein à l'innovation[190]. Selon le président du Conseil national du numérique, « *la neutralité de l'internet, (…) c'est le principe d'égalité adapté au réseau et au monde numérique et connecté dans lequel nous vivons désormais* »[191]. Le principe de neutralité n'étant inscrit dans aucune règle de droit, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) est intervenue par voie de recommandations formulées en septembre 2010[192] ; selon l'ARCEP, les mesures de « gestion de trafic » dérogeant à l'égal traitement des flux ne peuvent être admises que si elles répondent à des critères de pertinence, de proportionnalité, d'efficacité, de non-discrimination des acteurs et de transparence. Cette première approche fondée sur le droit souple a permis d'engager une concertation avec les acteurs et de mettre en place des mécanismes de suivi et d'évaluation. Elle témoigne de ce que le droit souple peut être, face à des phénomènes évolutifs et aux enjeux lourds, une voie médiane entre l'inaction des pouvoirs publics et une intervention législative prématurée, dont les conséquences n'auraient pas été suffisamment pesées et qui peut être difficilement réversible. Les pouvoirs publics disposent aujourd'hui, s'ils souhaitent intervenir par la voie législative, d'un grand nombre de travaux d'expertise[193], de deux propositions de loi[194] et d'un certain recul sur la mise en œuvre des recommandations de l'ARCEP et l'expérience des pays étrangers, ce qui n'était pas le cas en 2010.

Si l'on considère plus largement les nouvelles technologies, au-delà d'internet *stricto sensu*, l'activité de la CNIL et de ses homologues des autres pays européens, réunis au sein du « G29[195] », témoigne régulièrement de l'utilité du droit souple pour permettre une intervention publique en temps utile. Ainsi, le développement très rapide des « smartphones » soulève des problèmes quant à la protection des

189. Cette position a notamment été défendue par les opérateurs téléphoniques regroupés dans l'*European Telecommunications Network Operators' Association* (ETNO).

190. Cf. par exemple le rapport du Conseil national du numérique du 1er mars 2013 pour un exposé des arguments en faveur de la neutralité.

191. Interview de B. Thieulin, président du Conseil national du numérique, par le site PC Inpact, 19 avril 2013, http://www.pcinpact.com/dossier/669-interview-de-benoit-thieulin-president-du-cnnum/1.htm.

192. ARCEP, *Neutralité de l'Internet et des réseaux. Propositions et recommandations*, septembre 2010.

193. Outre le rapport précité du Conseil national du numérique, un rapport du Conseil général de l'industrie, de l'énergie et des technologies (CGIET) de mars 2010 et un rapport d'une mission d'information de l'Assemblée nationale d'avril 2011.

194. Proposition de loi du 20 décembre 2010 relative à la neutralité de l'internet, présentée par MM. Jean-Marc Ayrault et Christian Paul ; proposition de loi du 12 septembre 2012 relative à la neutralité de l'internet, présentée par Mme Laure de la Raudière.

195. Dénommé ainsi en raison de l'article 29 de la directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, qui prévoit son existence.

données personnelles, les « applications » pouvant être installées sur ces appareils collectant et communiquant de nombreuses informations sur leurs utilisateurs sans que ceux-ci en soient toujours bien informés. Le « G29 » a émis un avis le 14 mars 2013, qui énonce plusieurs principes, notamment à l'intention des développeurs d'application : limitation au strict nécessaire des données collectées, transparence à l'égard des utilisateurs et attention particulière aux données sensibles, par exemple informant de la situation financière de la personne. Compte tenu du rythme de progression de l'utilisation des « smartphones », qui augmente à un rythme de 40 % par an, il paraît clair que les processus d'élaboration du droit dur, *a fortiori* au niveau européen, ne permettraient pas d'agir avec la célérité nécessaire. Autre illustration, la CNIL a annoncé en octobre 2012 l'ouverture d'une réflexion sur l'usage des drones, susceptible de se développer au-delà du domaine militaire en matière de sécurité intérieure ou de loisirs des particuliers, et les problèmes posés pour la protection de la vie privée en raison de la capacité de ces aéronefs à prendre des photographies. Dans ces domaine prospectifs, le droit souple peut être considéré comme plus approprié pour donner de premières orientations.

Le droit souple pour répondre à des mutations sociétales

Deux sujets peuvent illustrer l'utilité du droit souple pour répondre à des mutations sociétales : la prévention des conflits d'intérêt en matière d'expertise et la régulation des nouvelles formes de rassemblements festifs.

Les dernières années ont vu se renforcer les attentes de la société à l'égard de la lutte contre les conflits d'intérêt, notamment en matière d'expertise[196]. Des controverses se sont développées sur l'impartialité d'experts dans trois domaines, auxquelles le droit souple a permis d'apporter de premières réponses, sous la forme de chartes de déontologie :

- À la suite du Grenelle de l'environnement, une « charte nationale de l'expertise scientifique et technologique » a été approuvée par le ministre chargé de la recherche en mars 2010, que tous les organismes de recherche sont invités à décliner en adoptant leur propre charte. Elle prévoit notamment une obligation de publication des déclarations d'intérêt et de traitement systématique des alertes émises en leur sein concernant un risque sanitaire ou environnemental.

- Dans le domaine économique, la crise financière a suscité des controverses sur l'indépendance des économistes tant aux États-Unis qu'en France, conduisant dans notre pays plusieurs organismes (OFCE, École d'économie de Toulouse, Conseil d'analyse économique[197]) à se doter de codes de conduite ou de

- En matière sanitaire, une charte de l'expertise sanitaire a été adoptée, d'abord par la seule HAS en 2006, puis par la direction générale de la santé et l'ensemble des agences publiques agissant dans ce domaine (HAS, AFSSAPS, INVS, etc.) en 2009.

Les prescriptions initialement fixées par des instruments de droit souple ont

196. Elles n'étaient cependant pas entièrement nouvelles : une obligation de publication des déclarations d'intérêt avait ainsi été instaurée dès la création de l'Agence du médicament dans les années 1990, pour les experts siégeant dans ses commissions.

197. Le CAE a en outre, lors de la refonte de sa composition en novembre 2012, donné un statut particulier aux économistes travaillant pour des institutions financières : ceux-ci ne peuvent plus être membres du CAE mais seulement correspondants.

ensuite été reprises en tout ou partie, pour plusieurs de ces exemples, dans des règles de droit dur. La loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire des produits de santé a fait de la charte de l'expertise sanitaire un dispositif contraignant, approuvé par décret en Conseil d'État ; le décret n° 2013-413 du 21 mai 2013 reprend largement le contenu de la charte adoptée en 2009. Sur un champ plus large, la loi du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte consacre le droit d'alerte et crée une Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement, chargée de veiller aux règles déontologiques s'appliquant à l'expertise scientifique. Les organismes de recherche continuent à adopter leurs propres codes de conduite mais doivent le soumettre à l'avis préalable de la Commission nationale.

Le droit souple a également permis d'apporter de premières réponses aux problèmes d'ordre public et de santé publique posés par les nouvelles formes de rassemblements festifs. Au cours des vingt dernières années, les phénomènes de consommation massive d'alcool (qualifiée selon l'expression anglaise de *binge drinking*) ou de stupéfiants dans des contextes festifs se sont en effet développés et diversifiés (*rave parties*, soirées étudiantes, « apéritifs Facebook », etc.)[198]. Ils ne se laissent pas aisément appréhender par les autorités en raison de leurs modalités d'organisation (lieu tenu secret jusqu'au dernier moment pour les *free parties*, convocation dans un délai extrêmement rapide par l'intermédiaire des réseaux sociaux, etc.). Les rassemblements de personnes peuvent être très importants : le 5 novembre 2012, 20 000 personnes auraient assisté au Trocadéro à un spectacle du chanteur coréen Psy, sur une invitation lancée quelques heures auparavant par un animateur de radio sur un réseau social.

Si c'est le droit dur qui a été choisi pour traiter du sujet des *rave parties*[199], il n'a en revanche pas paru possible jusqu'ici de procéder de même pour d'autres formes de rassemblement, notamment parce que dans l'hypothèse d'une convocation par les réseaux sociaux, il est très difficile d'identifier des organisateurs. On constate de ce fait le développement d'approches fondées sur la prévention et la promotion de comportements responsables, qui passent notamment par des instruments de droit souple. De nombreuses villes, telles que Lyon, Toulouse, Strasbourg, Nantes ou Grenoble, ont suscité des « chartes de la vie nocturne », visant à concilier les activités festives et la tranquillité des riverains. Une « charte des bonnes pratiques sur les conduites addictives et comportements à risques en milieu étudiant » a été signée par la conférence des grandes écoles et les bureaux nationaux des élèves ingénieurs et des élèves d'écoles de commerce pour limiter les risques dans les soirées étudiantes. Ces initiatives, qui ne préjugent pas d'une intervention ultérieure plus contraignante si elles s'avéraient insuffisantes, permettent de poser les premiers jalons d'une action publique régulatrice.

198. Cf. A. Reichardt et C. Bouchoux, *Rassemblements festifs et ordre public*, rapport d'information du Sénat, octobre 2012.
199. Loi relative à la sécurité quotidienne du 15 novembre 2001.

2.1.3. Accompagner la mise en œuvre du droit dur

Le droit souple peut également trouver une utilité dans un rapport de complémentarité avec le droit dur. Le cas de délégation du droit dur au droit souple a déjà été présenté dans la première partie : il permet aux pouvoirs publics de ne pas rentrer dans un trop grand degré de détail et de confier l'élaboration des spécifications techniques de la mise en œuvre du droit dur aux acteurs concernés, tout en gardant la maîtrise de la définition des exigences essentielles. D'autres rapports de complémentarité peuvent exister, notamment l'explicitation et la promotion de l'application du droit dur.

Accompagner la mise en œuvre du droit dur par les administrations

Le droit souple peut contribuer à faire connaître le droit dur (a), à rendre plus explicites ses implications concrètes (b) ou encore à rendre plus prévisible l'application du droit dur par l'administration (c).

(a) Il est aujourd'hui bien admis que la rigueur de l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* », qui a pour conséquence que nul ne peut exciper de son ignorance de la règle de droit pour écarter son application, doit être tempérée par l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi[200] et par des actions des pouvoirs publics destinées à assurer sa mise en œuvre. Parmi d'autres instruments, notamment la codification et le service public de la diffusion du droit (Légifrance), le droit souple peut contribuer à l'accessibilité du droit. Cette fonction est connue de longue date à travers la circulaire, dans sa dimension explicative, destinée à faciliter la compréhension de la portée d'une réglementation à l'attention des agents chargés de l'appliquer. Elle prend aujourd'hui de nouvelles formes, dont témoigne notamment la tendance, que certains qualifient de mode[201], au développement des chartes : charte du patient hospitalisé créée en 1995 et remplacée en 2007 par la charte de la personne hospitalisée, charte du contribuable[202] de 2005, charte Marianne de l'accueil dans les services publics de 2005 également, charte de la laïcité dans les services publics adoptée en 2006 sur la base d'un avis du Haut Conseil de l'intégration, charte de la laïcité dans les établissements scolaires envisagée par le ministre de l'éducation en décembre 2012, etc. Ces chartes n'ont pas pour objet de créer de nouvelles règles de droit mais de favoriser la bonne application du droit existant. Destinées à la fois aux agents et aux usagers des services publics, elles visent à assurer une pédagogie du droit, selon des modalités adaptées à leur lectorat. Ainsi, selon le ministre de l'éducation nationale, la charte de la laïcité envisagée dans les établissements scolaires « *devra notamment s'attacher, par des définitions simples et courtes, à expliciter des notions de laïcité, de République, de citoyenneté de manière compréhensible pour les élèves* »[203]. Les chartes de

200. Reconnu pour la première fois par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 99-421 DC du 16 novembre 1999, *Loi habilitant le gouvernement à procéder par voie d'ordonnances à l'adoption de certains codes*.

201. V. Blehaut-Dubois, « À "l'école des chartes" », *AJDA*, 2004, p. 2431.

202. On ne traite pas ici de la charte du contribuable vérifié, qui est opposable à l'administration. Sur les différences de portée juridique entre les deux chartes et les risques de confusion qui en découlent, cf. *infra* 2.4.

203. « V. Peillon veut une charte de la laïcité dans les établissements scolaires », *Le Monde*, 12 décembre 2012.

déontologie, présentées précédemment (cf. 1.1.3), vont souvent jusqu'à décrire les implications concrètes, le cas échéant dans des cas pratiques, des grands principes de neutralité, de réserve ou de prévention des conflits d'intérêt que doivent respecter les fonctionnaires. Afin de se traduire aussi pleinement que possible dans les comportements des agents et dans les processus des administrations, la charte Marianne a été prolongée en 2008 par un « label Marianne », attestant du respect d'un référentiel mesuré par un organisme de certification indépendant. Au-delà de cette dimension pédagogique, la charte revêt une portée symbolique. Elle se prête à l'affichage dans les locaux des services publics concernés. Délivrée avec le livret d'accueil lors de l'admission dans l'établissement, la charte de la personne hospitalisée participe de « l'humanisation » de la prise en charge.

(b) Le droit souple permet d'aller beaucoup plus loin que le droit dur dans la définition des implications concrètes d'une règle juridique. Il n'est d'ailleurs pas souhaitable que le droit dur rentre dans un trop grand degré de détail, au risque d'une rigidité excessive dans l'application. On peut mentionner ici les Règles pénitentiaires européennes (RPE) définies par le Conseil de l'Europe depuis 1973, la version actuelle datant de 2006. Inspirées par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les autres grandes conventions internationales relatives aux droits de l'homme, les RPE visent à les traduire dans le fonctionnement pratique des administrations pénitentiaires. Elles traitent de questions comme les conditions de détention des mineurs, les modalités de transfèrement d'une cellule à une autre ou le régime alimentaire des détenus. Le Conseil de l'Europe décrit en ces termes leur portée : « *bien que les règles n'aient pas de pouvoir contraignant en droit international, elles ont largement valeur de code de déontologie pour l'administration et le traitement pénitentiaires* » ; « *leur poids juridique est tel que, sous une forme ou une autre, elles exercent une influence importante sur les normes morales et pratiques qui régissent l'administration pénitentiaire* »[204].

(c) Enfin, les directives au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France* illustrent bien le rôle que peut jouer le droit souple pour rendre plus prévisible l'application du droit dur par les administrations. Celles-ci y définissent les critères entrant en ligne de compte dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation.

Le droit souple revêt dans ces trois cas de figure un rôle de médiation entre la règle de droit et les personnes auxquelles elle s'applique. Guy Braibant a estimé à propos de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, à un moment où elle n'avait pas encore de portée contraignante, que « *l'essentiel, pour un document comme la charte, ce n'est pas, tout au moins au début de son existence, qu'il entre dans les textes, mais dans les têtes* »[205]. On pourrait écrire, pour le paraphraser, que le droit souple a ici pour fonction de faire entrer les textes dans les têtes.

204. Exposé des motifs des RPE de 1986.
205. G. Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, coll. Points, 2001.

Accompagner la mise en œuvre du droit dur dans les entreprises, en suscitant des « démarches de conformité »

Le droit souple peut non seulement expliciter la règle de droit mais aussi inviter les entreprises à aller au-delà de leurs obligations juridiques strictement entendues. On observe en ce sens un important développement des démarches dites « de conformité » dans les entreprises[206], que certaines AAI s'emploient à encourager et à accompagner. L'idée même d'une « démarche de conformité » peut surprendre le juriste, pour qui il est naturel que la réglementation doive être appliquée. Elle traduit un changement de perspective : il ne s'agit plus de considérer la norme en elle-même, qui s'impose en vertu du système juridique auquel elle appartient, mais les actions que l'entreprise doit mettre en place pour garantir en toutes circonstances le respect de la norme, ou du moins limiter les risques de méconnaissance. La démarche de conformité prend acte de ce que face à la complexité du droit, à la diversité des environnements juridiques au sein desquels une entreprise évolue, à la multiplicité des centres de décision en son sein et aux conflits potentiels entre la législation et les objectifs poursuivis par l'entreprise, l'application de la loi ne se fait pas spontanément. Le concept de conformité est issu du monde de l'assurance qualité, et partage avec lui l'idée d'amélioration continue : la conformité, c'est l'assurance qualité en termes de respect du droit, qui implique une mobilisation à tous les niveaux de l'entreprise pour prévenir tous les risques de méconnaissance. Les démarches de conformité se sont développées dans les entreprises européennes à la faveur de la loi américaine Sarbanes-Oxley du 30 juillet 2002, qui impose à toutes les sociétés cotées aux États-Unis de mettre en place des mécanismes d'audit interne destinés à assurer le respect de la nouvelle réglementation – c'est notamment suite à cette loi que l'on a vu se multiplier dans les entreprises les fonctions de *compliance officer*, c'est-à-dire de responsable de la conformité. Les recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) de l'OCDE en matière de lutte contre le blanchiment ont également contribué à ce développement. Les démarches de conformité s'étendent aujourd'hui à bien d'autres domaines que la législation financière, tels que le droit de la concurrence, le droit du travail ou le droit de l'environnement.

Dans le cadre de ces démarches de conformité, le droit souple joue pleinement son rôle de médiation. Afin de mobiliser l'ensemble de ses composantes dans le respect de la réglementation, l'entreprise produit des codes de conduite, des référentiels, des chartes, qui opèrent une traduction du droit dans le langage interne de la firme et le mettent en rapport avec sa stratégie. Elle inscrit la surveillance du respect des obligations juridiques dans ses mécanismes de contrôle interne tels que l'audit ou les dispositifs d'alerte. L'entreprise peut chercher dans cette optique à aller plus loin que le strict respect des dispositions législatives et réglementaires, celles-ci ne fixant en matière de droit du travail ou de l'environnement que des obligations minimales. Selon Christophe Roquilly, « *plusieurs raisons peuvent pousser les entreprises à dépasser le niveau d'exigence fixé par la réglementation ; il peut s'agir de raisons stratégiques (création d'un avantage concurrentiel et modification de la norme juridique dans un sens favorable à l'entreprise ; réponse à des pressions*

206. C. Collard et al., « La conformité réglementaire et les programmes de compliance », *Cahiers du droit de l'entreprise*, n° 2, mars 2010.

sociales externes et préservation de la réputation de l'entreprise ; volonté de développer une culture de la conformité fondée sur des valeurs partagées au sein de l'entreprise ; gestion du risque d'interprétation de la norme juridique)...»[207].

Plusieurs AAI ont vu le parti qu'elles pouvaient tirer de cette dynamique pour promouvoir l'application de la législation dont elles ont la responsabilité, dans le cadre de leur rôle de régulation. L'Autorité de la concurrence a publié en février 2012 un « *document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de la concurrence* ». Il s'agit pour l'Autorité d'accompagner les entreprises dans la mise en place de tels programmes en leur indiquant ce qui constitue selon elle les conditions d'un programme efficace, dans le but de développer une « *culture orientée vers le respect des règles* ». Quant à la CNIL, elle présente aujourd'hui « *l'accompagnement des acteurs dans leur démarche de conformité* » comme un des axes principaux de son action[208], et dispose à cette fin de plusieurs instruments, notamment des recommandations, des guides et des fiches pratiques réalisées sur des thèmes comme celui des données personnelles au travail. Les labels, prévus par l'article 11 de la loi du 6 janvier 1978, distinguent des organismes se soumettant à un référentiel élaboré par la CNIL plus exigeant que la stricte application des dispositions légales.

2.1.4. Offrir une alternative pérenne au droit dur

Les fonctions présentées jusqu'à présent sont celles d'un droit souple choisi faute de pouvoir recourir au droit dur, pour préparer l'élaboration de celui-ci ou pour accompagner sa mise en œuvre ; il s'agit toujours d'un droit souple auxiliaire, qui ne remet pas en cause la centralité du droit dur mais vise seulement à le compléter. Mais il existe aussi un droit souple qui se présente comme ayant un objet différent, celui d'offrir une alternative pérenne, préférable au droit dur en raison des caractéristiques du domaine concerné. Cela ne signifie pas que le droit dur ne pourra jamais intervenir, mais seulement que le droit souple, en ces domaines, se suffit à lui-même. On présentera ici quelques manifestations de ce droit souple alternatif et des arguments en sa faveur, choisies dans trois domaines : en matière sanitaire, où il s'agit de concilier liberté de prescription et prise en compte des données de la science ; dans la matière économique, illustrée par le cas de la publicité, où le droit souple est défendu en raison d'une préférence pour l'autorégulation ; s'agissant d'internet, dont de nombreux acteurs préconisent de pérenniser le mode actuel de gouvernance.

En matière de santé, l'utilisation du droit souple, sous la forme de recommandations de bonnes pratiques médicales, permet d'accompagner le médecin dans son obligation de se fonder sur les données acquises de la science tout en respectant sa liberté d'exercice. L'obligation faite aux médecins de donner des soins « *conformes aux données acquises de la science* » n'est pas récente, puisqu'elle a été énoncée par l'arrêt *Mercier* de la Cour de cassation du 20 mai 1936[209]. Elle a

207. C. Roquilly, « De la conformité réglementaire à la performance : pour une approche multidimensionnelle du risque juridique », Cahiers du droit de l'entreprise, n° 6, novembre 2009.
208. Cf. son rapport d'activité 2012.
209. Elle est reprise depuis 1995 dans le code de déontologie médicale, et figure aujourd'hui à l'article

pris toutefois une force de plus en plus importante avec le mouvement en faveur de l'*Evidence-Based Medicine*, en français « médecine fondée sur les preuves » ou « médecine factuelle » [210]. Les recommandations de bonnes pratiques émanant de sociétés savantes ou d'agences sanitaires se sont multipliées, afin de donner aux professionnels une présentation structurée de données de plus en plus abondantes et en évolution rapide. Cette préoccupation a recoupé en France celle de « maîtrise médicalisée des dépenses de santé », apparue dans les années 1990, dont la finalité à caractère financier est différente mais qui pousse également à une plus grande standardisation des soins. La recherche de standardisation doit cependant se concilier avec la nécessité d'adapter le traitement aux spécificités de chaque patient. La liberté de prescription du médecin est d'ailleurs garantie par les textes, notamment l'article L. 162-2 du code de la sécurité sociale, qui reprend les principes énoncés par la Charte de la médecine libérale de 1927, et le code de déontologie médicale qui s'applique à tous les médecins (article R. 4127-8 du code de la santé publique). Le médecin doit conserver la possibilité de s'écarter d'une recommandation lorsqu'il considère, en conscience, que la situation particulière du malade le justifie.

Dès lors, le recours au droit souple apparaît plus approprié que les règles générales du droit dur pour promouvoir la prise en compte des données acquises de la science et des connaissances médicales avérées. Il l'est d'autant plus que dans ce domaine, la recommandation doit, pour être légitime, émaner directement d'experts, que ceux-ci opèrent de manière autonome au sein de sociétés savantes ou dans le cadre de commissions mises en place par un organisme public. Le choix des pouvoirs publics de recourir principalement dans ce domaine au droit souple, notamment à travers les recommandations de bonnes pratiques médicales émanant de la Haute Autorité de santé ou de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, présente donc de solides arguments en sa faveur, même si les conditions de l'effectivité de ces recommandations continuent à faire débat (cf. *infra* 2.2.).

La seule tentative de mettre en place des recommandations dotées d'une portée obligatoire et assorties de sanctions, n'a d'ailleurs pas prospéré. Les références médicales opposables (RMO) ont été créées par la loi du n° 93-8 du 4 janvier 1993 relative aux relations entre les professions de santé et l'assurance maladie, dite « loi Teulade ». Elles avaient pour objet de sanctionner les comportements manifestement inappropriés, en complément des recommandations de bonnes pratiques qui devaient indiquer les comportements optimaux. Bien que des effets significatifs de certaines RMO aient pu être observés[211], l'instrument est tombé en désuétude dans les années 2000 et il n'y a plus aujourd'hui de production de

R. 4127-32 du code de la santé publique. La loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé a également énoncé le droit de toute personne de « *recevoir les soins les plus appropriés et de bénéficier des thérapeutiques dont l'efficacité est reconnue et qui garantissent la meilleure sécurité sanitaire au regard des connaissances médicales avérées* » (article L. 1110-5 du code de santé publique).

210. Cf. par exemple O. Obrecht, « Les recommandations de bonne pratique », *in* P.-L. Bras, G. de Pouvourville et D. Tabuteau (dir.), *Traité d'économie et de gestion de la santé*, Les Presses de Sciences-Po, 2009.

211. A. Le Pape et C. Sermet, « Les références médicales opposables sur le médicament : bilan de trois années d'application », *Questions d'économie de la santé*, CREDES, n° 14, octobre 1998.

nouvelles RMO, bien que leur cadre légal demeure en vigueur. Les explications données à cet échec sont diverses : certains auteurs mettent en avant les difficultés de contrôler le non-respect des références et de mettre en œuvre le dispositif de sanctions, ainsi par le conflit existant entre la logique répressive des RMO et la collaboration avec les médecins que l'assurance-maladie voulait développer par ailleurs[212] ; d'autres soulignent que l'inscription des RMO dans une logique financière de maîtrise des dépenses, plutôt que de santé publique, n'a pas contribué à leur acceptation. Toujours est-il que leur échec corrobore la thèse de la pérennité du modèle actuel.

Dans le domaine économique, les partisans de l'autorégulation mettent souvent en avant la vertu de règles définies par les acteurs concernés eux-mêmes, qui feraient appel à leur esprit de responsabilité, alors que les règles imposées par les pouvoirs publics susciteraient chez leurs destinataires une volonté de contournement. Selon la formule de Jean-Pierre Teyssier, ancien président de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP), « *quel meilleur moyen de se sentir responsable qu'en étant (…) appelé à définir soi-même le meilleur comportement dans son activité* ? »[213]. Le secteur de la publicité est en effet un cas ancien d'autorégulation. Celle-ci est assurée de longue date par un organisme émanant des professionnels du secteur (annonceurs, agences de publicité et médias de diffusion), autrefois dénommé Bureau de vérification de la publicité (BVP) et rebaptisé ARPP en 2008, ce changement s'accompagnant d'une ouverture plus grande à des parties extérieures comme les associations de consommateurs et de protection de l'environnement. L'ARPP assure l'élaboration des règles de déontologie et la surveillance de leur mise en œuvre, les médias concernés s'engageant, sans y être contraints juridiquement, à retirer les publicités considérées comme contraires à la déontologie. La logique mise en avant par la profession est celle de l'intérêt collectif à lutter contre les publicités mensongères ou choquant le public afin de maintenir la confiance de celui-ci. Ce modèle de régulation professionnelle apparaît dominant dans le secteur de la publicité en Europe : l'Alliance européenne pour l'éthique en publicité compte parmi ses membres 31 autorités d'autorégulation implantées dans 29 pays. Autre exemple de droit souple pérenne dans le domaine économique, la Chambre de commerce internationale, organisme de droit privé émanant des milieux d'affaires de chaque pays, assure de longue date la régulation des échanges internationaux, notamment par l'adoption de contrats-types comme les Incoterms (cf. *supra* 1.1.4).

En ce qui concerne internet, on a vu précédemment que le droit souple avait pu préparer le recours au droit dur dans la législation nationale. Ce passage apparaît en revanche plus problématique au niveau international. La Conférence mondiale des télécommunications internationales convoquée à Dubaï en décembre 2012, qui est la conférence des États parties à l'Union internationale des télécommunications (UIT), avait à son ordre du jour la révision du Règlement des télécommunications internationales (RTI). Adopté en 1988, à une époque où internet en était encore

212. A. Ogien, « Le système RMO, la maîtrise des dépenses de santé et les paradoxes du contrôle », *Revue française des affaires sociales*, 2001/4, n° 4.
213. J.-P. Teyssier, *La régulation professionnelle : des règles non étatiques pour mieux responsabiliser, Fondation pour l'innovation politique*, décembre 2011

à ses balbutiements, le règlement en vigueur ne comportait aucune disposition sur ce sujet. La révision du RTI aurait pu être le moment du basculement de la régulation par le droit souple vers une logique plus classique de réglementation par une organisation intergouvernementale, fondée en 1865 et représentant presque tous les États de la planète, agissant par la voie de son droit dérivé. Dans une étude de 1998, le Conseil d'État avait d'ailleurs plaidé pour une évolution de ce type, de nature à remédier au manque de légitimité du système des noms de domaine placé sous emprise américaine : il préconisait que « *l'organisme de régulation du DNS dispose d'une sorte de « mandat « international* » qui « *pourrait être accordé à l'organisme de régulation par une organisation internationale telle que l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle), l'UIT (Union Internationale des Télécommunications) ou toute organisation appropriée* » [214]. L'UIT, qui avait déjà été à l'initiative du Sommet mondial de la société de l'information, poussait en ce sens. La modification du RTI, allant dans le sens d'une extension des compétences de l'UIT à l'ensemble des communications électroniques dont celles passant par internet, s'est cependant heurtée à l'hostilité d'un grand nombre de parties prenantes. Si l'opposition des acteurs dominants du système actuel, notamment les États-Unis et l'*Internet Society*, n'était pas étonnante, celle de l'Union européenne, qui avait pu plaider dans le passé pour un rééquilibrage, était plus inattendue. Elle s'explique notamment par le fait que le nouveau règlement est apparu, du moins aux yeux des acteurs qui ont porté le sujet sur la place publique, comme un instrument de légitimation de pratiques restreignant la liberté d'expression dans des États comme la Russie et la Chine[215]. Le rejet du nouveau RTI par 55 États conduit en pratique à ce que la régulation d'internet par le droit souple demeure prédominante.

Au-delà de la crainte de légitimation des pratiques répressives de certains pays, les tenants du système actuel de régulation ont présenté des arguments de principe en faveur de sa pérennité. La contribution de l'*Internet Society* à la conférence[216] en résume les principaux : les processus internationaux, trop lourds, sont incapables de suivre la rapidité des évolutions technologiques ; les règles générales contenues dans un traité international ne pourraient s'adapter à la diversité des situations locales ; elles entraveraient les possibilités d'évolution du réseau et des services associés en les enfermant dans un cadre dont toutes les conséquences ne pourraient être anticipées. Il conviendrait donc de maintenir l'approche multipartite et fondée sur des standards ouverts qui a permis jusqu'à présent le développement d'internet. Si ces arguments sont présentés au nom de la spécificité d'internet (« *The Internet is different* », proclame l'*Internet Society*), ils ressemblent en fait beaucoup à ceux employés par les promoteurs du droit souple dans bien des domaines de la vie sociale.

214. Conseil d'État, Étude, *Internet et les réseaux numériques*, La documentation Française, 1998, 266p., disponible à <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/984001519/index.shtml >.

215. Ceux-ci avaient d'ailleurs, avec le Tadjikistan et l'Ouzbékistan, soumis aux Nations unies en septembre 2011 une proposition de « Code international de conduite pour la sécurité de l'information », exprimant leur position commune.

216. « I*nternet Society. ITU World Conference on International Telecommunications Regulations (WCIT-12)* », octobre 2012.

2.2. Une effectivité conditionnelle

Quelle que soit sa fonction, le droit souple ne peut être utile que s'il est effectif. Le souci de l'effectivité existe également pour le droit dur, mais ne présente pas pour lui un caractère existentiel : le droit dur a une réponse à opposer à sa méconnaissance, qui est celle de la sanction ou du moins de l'engagement de la responsabilité de celui qui le viole. Les interdictions de vendre du tabac aux mineurs ou de consommer du cannabis ont beau être fréquemment transgressées, elles revêtent une signification sociale forte et exposent les contrevenants à des conséquences. Le droit souple, lui, n'existe vraiment que dans la mesure où il est appliqué, c'est-à-dire s'il parvient à modifier les comportements de ses destinataires dans le sens souhaité par ses auteurs ; le droit souple ignoré ne présente guère d'intérêt.

Or, si l'effectivité du droit souple est souvent mise en avant, et est incontestable dans un certain nombre de cas, elle ne saurait être présumée. La compréhension des mécanismes qui conduisent les destinataires d'un instrument de droit souple à s'y conformer est un préalable à un recours judicieux à celui-ci. L'hypothèse formulée ici est que le droit souple ne peut s'imposer que s'il suscite une dynamique en sa faveur parmi ses destinataires. Deux cas de figure seront analysés dans lesquels cette dynamique peut être forte : lorsque le droit souple acquiert un caractère de standard et lorsque, sans pouvoir être sanctionné directement, il intervient dans un environnement où la possibilité d'une sanction existe. Les facteurs fragilisant l'effectivité du droit souple seront ensuite étudiés.

2.2.1. Les conditions d'une dynamique d'adhésion au droit souple

Le droit souple ayant une valeur de standard ou de référence

Le droit souple jouit d'une forte effectivité lorsqu'il a une valeur de standard ou de référence. Il peut même ce faisant contribuer à la standardisation des pratiques des acteurs concernés.

Des instruments de droit souple sont ainsi rédigés sous la forme de modèles repris par les différents acteurs. Les Incoterms (abréviation de *International Commercial Terms*) sont des contrats-types élaborés par la Chambre de commerce internationale (CCI), organisme de droit privé. Ils définissent les obligations des parties à un contrat de ventes de marchandises internationales, en termes de partage des frais (transport, livraison, assurances, etc.) et de lieu du transfert des risques, c'est-à-dire le moment à partir duquel c'est l'acheteur qui supporte le coût d'une avarie. Bien que dépourvus de valeur contraignante, ils sont presque systématiquement utilisés dans les échanges internationaux. Ils fournissent en effet un langage commun à des parties pouvant être situées dans des pays très éloignés, relevant de systèmes juridiques différents, et leur évitent des coûts d'élaboration d'un contrat qui pourraient être considérables s'il n'existait aucune référence. Ils procurent en outre un certain degré de sécurité juridique, leur caractère de

référence commune favorisant une relative homogénéité de la jurisprudence des juridictions et des arbitres quant à leur interprétation[217].

Le recours au droit souple au motif qu'il constitue un standard de référence peut également se rencontrer dans la sphère publique. En matière de commande publique, le code des marchés publics (CMP) dispose que les cahiers des clauses administratives générales (CCAG), qui sont des contrats-types approuvés par arrêté interministériel, sont applicables aux contrats qui s'y réfèrent, sans que ce renvoi ne présente de caractère obligatoire. On constate pourtant que la grande majorité des acheteurs régis par le CMP (État et ses établissements publics administratifs, collectivités territoriales et leurs établissements publics) s'y réfèrent, sans doute principalement par commodité : ils permettent à ceux-ci de s'épargner les coûts de l'élaboration et de la négociation d'un contrat. Ils apportent une sécurité juridique d'autant plus importante que le Conseil d'État assure l'homogénéité de leur interprétation en exerçant sur celle-ci, en tant que juge de cassation, un contrôle de l'erreur de droit (CE, Sect., 27 mars 1998, *Société l'Angevine et la Nantaise réunies*, n° 144240, Rec. p. 109).

Dans les relations internationales, le modèle de convention fiscale de l'OCDE est une référence tant pour les États qui concluent les conventions que pour les juges qui les interprètent. Il s'agit d'une convention-type pour les conventions bilatérales destinées à éviter la double imposition du revenu et de la fortune. Sa première version a été établie par l'OCDE en 1963 et elle fait l'objet de révisions périodiques, la dernière étant intervenue en 2010. Ce modèle de convention fiscale est repris non seulement dans les conventions bilatérales entre États membres de l'OCDE mais aussi entre États membres et États tiers, voire entre États tiers. Là encore, c'est sans doute la diminution des coûts de négociation résultant de cette reprise qui en explique la fréquence. En outre, les commentaires qui accompagnent le modèle renforcent la sécurité juridique en favorisant l'unification de la jurisprudence. Des arrêts de la Cour constitutionnelle belge, de la Cour suprême (Tribunal Supremo) espagnole et de la Cour fédérale des finances (Bundesfinanzhof) allemande s'appuient ainsi sur le modèle et ses commentaires pour interpréter les conventions bilatérales[218].

La normalisation technique est sans doute le modèle le plus abouti de droit souple ayant acquis une valeur de référence, à tel point qu'il est l'instrument de la standardisation des produits ou des services fournis par les entreprises. Il existe une abondante littérature économique sur l'intérêt que peuvent trouver les entreprises à participer à des processus de standardisation et à appliquer les normes qui en sont issues[219]. La standardisation donne confiance aux consommateurs, elle réduit les coûts de transaction et permet de réaliser des économies d'échelle en réduisant la diversité des produits fabriqués. Lorsqu'un standard devient prédominant sur un marché donné, les entreprises concernées n'ont souvent guère d'autre choix que de s'y conformer.

217. E. Jolivet, Les Incoterms. Etude d'une norme du commerce international, Litec, 2003.
218. Cf. notamment Cour constitutionnelle belge, arrêt n° 117/2011 ; TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, décision du 13/4/2011, RJ 2011\3210) ; BFH Urteil vom 27/10/2011, 1 R 26/11.
219. Cf. par exemple G. M. Peter Swann, « *The Economics of Standardization. Final Report for Standards and Technical Regulations Directorate, Department of Trade and Industry* », Manchester Business School, 2000.

Il est intéressant de noter que le nouveau mécanisme de régulation des loyers mis en place par le projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové repose sur cette force attendue de la référence. Il est prévu que le préfet fixe chaque année dans les zones tendues, sur la base des travaux d'un observatoire des loyers, un loyer médian de référence. Le loyer d'un logement ne pourra excéder ce loyer de référence majoré de 20 % , sauf à justifier de caractéristiques particulières, notamment de localisation et de confort. Ce dispositif relève ainsi de la zone intermédiaire entre droit dur et droit souple définie en première partie (cf. 1.3.4) : les bailleurs peuvent dépasser le seuil de référence, mais sont alors tenus de se justifier. La réforme s'inspire de l'expérience allemande, qui semble avoir rencontré un certain succès[220].

Le droit souple renforcé par l'ombre portée de la sanction

La méconnaissance d'un instrument de droit souple ne peut par elle-même servir de fondement à une sanction. Il suffit cependant que le droit souple soit susceptible d'être pris en compte dans une sanction, ou plus largement dans une décision aux conséquences défavorables pour la personne concernée, pour que son effectivité en soit renforcée. Une telle configuration peut être observée tant pour les AAI dotées de pouvoirs de recommandation et de sanctions (a) que pour les chartes de déontologie (b), l'évolution de l'encadrement des dépenses de l'assurance-maladie (c) ou celle de la gouvernance économique de l'Union européenne (d). Ces exemples illustrent comment la perspective, sous une forme ou sous une autre, de conséquences défavorables de la méconnaissance renforce l'effectivité du droit souple. Des sanctions d'une nature non juridique, telles que la réprobation des pairs, la désaffection des consommateurs ou la fuite des investisseurs peuvent avoir le même effet.

(a) Les autorités de régulation illustrent le cas d'instances agissant à la fois par la voie du droit souple et par l'adoption de sanctions ou d'autres décisions défavorables aux personnes concernées. Lorsque l'Autorité de la concurrence ou la Commission établissent des lignes directrices sur la manière dont elles apprécient l'existence d'une entente ou d'un abus de position dominante, les entreprises savent qu'elles prendront leurs décisions en se fondant sur ces lignes directrices et les appréhendent donc comme si elles avaient une valeur réglementaire, même si en cas de litige, le juge n'est pas tenu par ces documents. Le constat selon lequel les recommandations de l'AMF sont observées par les acteurs des marchés financiers et sont « *ressenties* » comme étant obligatoires est largement partagé[221]. L'attribution de pouvoirs de sanction à la CNIL par la loi du 6 août 2004 ainsi que le renforcement de ses moyens de contrôle ont sans doute accru la portée de ses recommandations. Même si la CNIL ne pourrait fonder une sanction sur la seule méconnaissance d'une recommandation, l'article 45 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée ne mentionnant que le non-respect « *des obligations découlant de la présente loi* », les responsables de traitement de données savent que les recommandations sont porteuses de l'interprétation de la loi effectuée par la CNIL et qu'ils ont donc tout intérêt à s'y conformer.

220. Cf. Conseil d'État, Rapport public 2009, *Droit au logement, droit du logement,* La documentation Française, 2009, 460 p.

221. Cf. par ex. A. Ballot-Léna, *Les actes non décisoires de l'AMF. Quand le droit mou s'endurcit*, Travaux du CEDCACE, 2004, 17 p., disponible à < http://www.glose.org/CEDCACE1.pdf >

(b) Il en va de même pour les codes et chartes de déontologie n'ayant pas de valeur contraignante, présentés dans la première partie (cf. 1.1.3). Certes, ceux-ci ne peuvent fonder par eux-mêmes une sanction disciplinaire, à la différence des codes de déontologie contraignants comme ceux de la police nationale ou de l'administration pénitentiaire. Pour autant, ils sont susceptibles d'être pris en compte par l'administration : dès lors qu'il n'existe pas de définition a priori de ce qui constitue une faute disciplinaire, l'administration dispose sous le contrôle du juge d'un pouvoir d'appréciation important, dans le cadre duquel une charte de déontologie peut la guider. En outre, les comportements non conformes à une charte de déontologie peuvent aussi donner lieu à d'autres conséquences défavorables, notamment dans l'appréciation de la manière de servir des agents publics et les décisions qui en découlent (calcul des primes, avancement, etc.). Les agents en sont conscients et peuvent donc percevoir une charte de déontologie comme étant en pratique presque aussi contraignante que si elle était juridiquement obligatoire.

(c) S'agissant de l'assurance-maladie ou de la gouvernance économique européenne, les conséquences attachées à la méconnaissance des instruments de droit souple étaient au départ très limitées, mais se sont progressivement renforcées. La portée de l'objectif national des dépenses d'assurance-maladie (ONDAM) a notamment été renforcée par trois mesures. La loi du 13 août 2004 a créé un « comité d'alerte », chargé d'alerter les pouvoirs publics et les caisses nationales d'assurance-maladie en cas de risque de dépassement en cours d'année. Lorsque le comité considère qu'il existe un risque sérieux de dépassement, la loi impose aux caisses nationales de proposer des mesures de redressement. Depuis la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2008, en cas de risque de dépassement constaté par le comité imputable aux soins de ville, l'entrée en vigueur des mesures de revalorisation des honoraires prévues par les conventions conclues entre l'assurance-maladie et les professionnels de santé est suspendue[222]. Enfin, suite aux recommandations du groupe de travail présidé par M. Raoul Briet, la loi de programmation pluriannuelle des finances publiques prévoit la mise en réserve chaque année en début d'exercice d'une partie des dotations de l'assurance-maladie (en pratique celles qui sont destinées aux hôpitaux). Ces mesures qui complètent l'ONDAM conduisent à ce que soient attachées des conséquences juridiques à son dépassement. Elles ne sont sans doute pas sans lien avec l'amélioration observée quant au respect de l'ONDAM : alors que celui-ci avait été systématiquement dépassé depuis 1997, il a été respecté durant trois années consécutives entre 2010 et 2012, avec même un écart positif de 800 millions d'euros en 2012.

(d) Au sein de l'Union européenne, la coordination des politiques économiques a été instaurée par le traité de Maastricht du 7 février 1992 pour compléter la surveillance des déficits publics ; à la différence de celle-ci, elle n'est cependant pas susceptible d'entraîner le prononcé d'une sanction à l'encontre de l'État contrevenant. Le Conseil adopte, sous la forme d'une recommandation, des « *grandes orientations de politique économique* » (GOPE), dont il surveille ensuite la mise en œuvre par les États sur la base de rapports de la Commission. Lorsqu'il constate que la politique économique suivie par un État n'est pas conforme

222. Article L. 162-14-1-1 du code de la sécurité sociale.

aux GOPE, il lui adresse une recommandation qu'il peut rendre publique. Des processus analogues de droit souple, reposant sur des recommandations et le suivi de leur mise en œuvre, ont ensuite été mis en place en matière d'emploi puis dans une optique intégrant les questions économiques et sociales dans le cadre de la stratégie de Lisbonne.

Le bilan de la stratégie de Lisbonne, dont les objectifs étaient fixés à l'horizon 2010, a montré une effectivité mitigée de ces instruments. Certes, une influence sur les agendas politiques nationaux a pu être observée. L'objectif de développement du taux d'emploi, notamment des femmes et des seniors, a disqualifié les politiques favorisant le retrait du marché du travail pour lutter contre le chômage, telles que les préretraites. Des concepts comme la « flexisécurité » ont été repris à leur compte par de nombreux États à la faveur de la MOC. Cependant, il est difficile d'affirmer que ces processus ont été un facteur déterminant dans la conduite des politiques nationales. Une étude comparative a montré que la mobilisation des gouvernements, l'implication des parlements nationaux et la visibilité médiatique des exercices liés à la stratégie de Lisbonne étaient souvent faibles, à l'exception des nouveaux États membres entrés dans l'Union européenne en 2004[223].

La crise économique et financière que connaît l'Europe depuis 2008 a abouti à de profondes modifications de ces processus. D'une part, l'Union européenne a introduit, pour les seuls États membres de la zone euro, la possibilité d'une sanction en matière de politique économique, dans le cadre de la procédure de « *surveillance des déséquilibres macroéconomiques* » ; comportant un volet préventif et un volet correctif, elle permet au Conseil d'infliger une amende allant jusqu'à 0,1 % du PIB à un État qui n'appliquerait pas les mesures correctives des déséquilibres qui lui ont été prescrites[224]. D'autre part, la coordination des politiques économiques et d'emploi a été rapprochée de la surveillance des déséquilibres budgétaires, au sein d'un processus unifié qualifié de « *semestre européen ».* La Commission propose désormais, à l'issue de ce processus, des recommandations spécifiques par pays qui peuvent donner des indications détaillées sur les réformes préconisées.

Du fait de ces évolutions, la coordination des politiques économiques au sein de l'Union européenne a acquis une toute autre portée. Un indice fort est l'attention beaucoup plus grande que lui portent les médias. Alors que les processus liés à la stratégie de Lisbonne suscitaient une indifférence à peu près complète dans notre pays, de nombreux articles se font l'écho des étapes du semestre européen et soulignent leur influence sur les décisions des autorités nationales[225]. Les recommandations de la Commission adoptées le 29 mai 2013[226] à destination de

223. J. Pisani-Ferry et A. Sapir, « Last exit to Lisbon », *Bruegel Policy Contribution*, mars 2006.

224. L'Union a d'ailleurs fait preuve d'une certaine audace en instaurant ce dispositif, car l'article 121 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), inchangé depuis le traité de Maastricht, ne prévoit aucune sanction en matière de coordination des politiques économiques. Le règlement n° 1174/2011 du 16 novembre 2011 qui crée les sanctions se fonde sur une combinaison de l'article 121 et de l'article 136, issu du traité de Lisbonne, qui permet au Conseil d'adopter des mesures spécifiques aux États membres de la zone euro pour renforcer la coordination, sans en préciser la nature.

225. Cf. par exemple « France : les trois réformes exigées par Bruxelles », *Le Monde*, 9 mai 2013.

226. Il s'agit en fait de recommandations de recommandations du Conseil, qui est en vertu du règlement n° 1176/2011 sur la prévention et la correction des déséquilibres macroéconomiques est l'institution compétente pour formuler des recommandations aux États. Elles sont cependant souvent regardées comme les recommandations de la Commission aux États.

la France et des autres États membres ont suscité de nombreuses réactions de personnalités politiques. Ces recommandations ne pourront servir directement de fondement à une sanction, la mécanique mise en place par le règlement n° 1174/2011 du 16 novembre 2011 comportant de multiples étapes[227]. Mais la perspective éventuelle d'une sanction, au terme du processus, et l'imbrication de la coordination des politiques économiques avec la surveillance des politiques budgétaires, qui a elle-même été renforcée, ont donné une coloration beaucoup plus dissuasive à ces recommandations.

Les évolutions de la gouvernance économique européenne : d'un droit souple ignoré à un droit souple craint

Les évolutions de la gouvernance économique de l'Union européenne peuvent être décrites en trois grandes étapes. Elles vont dans le sens d'une structuration de plus en plus forte, tout en restant dans un cadre où le droit souple demeure prédominant.

La première étape a été celle de l'inscription des fondements juridiques de cette gouvernance dans les traités communautaires. Le traité de Maastricht du 7 février 1992 a prévu une coordination des politiques économiques (article 103, aujourd'hui article 121 du TFUE). Le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 a mis en place un système analogue en matière de politique de l'emploi (aujourd'hui article 148 du TFUE). Le Conseil adopte chaque année des « *lignes directrices* », dont les États « *tiennent compte dans leurs politiques de l'emploi* ». Il évalue leur mise en œuvre et peut adresser des recommandations aux États membres sur proposition de la Commission. Ces fondements juridiques sont restés inchangés.

La deuxième étape a vu l'intégration de ces processus en matière de politique économique et d'emploi dans le cadre d'une stratégie commune, dite « stratégie de Lisbonne », adoptée par le Conseil européen des 23 et 24 mars 2000. Les GOPE et les lignes directrices pour l'emploi (LDE) ont été réunies dans un document unique, les « lignes directrices intégrées » (LDI), les États rendant compte chaque année de la mise en œuvre des LDI dans des « programmes nationaux de réforme » (PNR), qui traitent à la fois de politique économique et de politique de l'emploi. La stratégie de Lisbonne et la méthode ouverte de coordination (MOC) qu'elle a définie ont donné un cadre plus structuré à la mise en œuvre des instruments de droit souple prévus par le traité que sont les GOPE et les LDE : elles les ont inscrits dans une stratégie globale, les ont assortis d'objectifs quantifiés et ont défini des processus de remise de rapports et d'évaluation par les pairs selon des calendriers périodiques. Si l'objectif donné par la stratégie de Lisbonne, consistant à faire de l'Union européenne à l'issue de la décennie « *l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde* », a acquis une certaine notoriété, son influence effective sur les politiques des États membres est restée mesurée.

227. En avril 2013, la Commission a considéré pour la première fois que deux États membres connaissaient des « *déséquilibres excessifs* ». Si le Conseil reprend à son compte cette qualification, les États concernés devront lui soumettre un « *plan de mesures correctives* ». Ce n'est que si le Conseil constate que le plan qu'il a avalisé n'a pas été respecté qu'il peut infliger une sanction.

La troisième étape a été franchie avec la crise. Celle-ci a conduit à inscrire dans des règles de droit dur, sous la forme de règlements, des processus d'élaboration du droit souple beaucoup plus structurés. A été mis en place un système de « *semestre européen* », lancé pour la première fois en 2011 sur une décision du Conseil du 7 septembre 2010 et consacré par le règlement n° 1175/2011 du 16 novembre 2011, l'un des six textes du « paquet de six » ou *six-pack*[228]. Lors de cet exercice, qui a lieu au premier semestre de chaque année civile, les États membres, après avoir pris connaissance des priorités définies, en janvier, par la Commission européenne dans son examen de croissance annuelle (EAC), transmettent, en avril, deux types de documents à la Commission européenne : d'une part, en application du Pacte de stabilité et de croissance, un programme de stabilité ou de convergence, qui définit leur trajectoire de retour à l'équilibre budgétaire et de réduction de la dette publique ; d'autre part, en application de la stratégie Europe 2020, qui a succédé à la stratégie de Lisbonne, un programme national de réformes, qui décrit les projets de réformes en matière économique, de marché du travail et de protection sociale.

La Commission européenne procède à une évaluation conjointe de ces documents sur le triple fondement de la surveillance des déficits publics, de la surveillance des déséquilibres macroéconomiques et du suivi de la stratégie « Europe 2020 ». Le semestre européen se clôt en juillet par l'envoi par le Conseil de l'Union européenne de recommandations de droit souple, spécifiques à chaque État. Établies sur la base de projets de recommandations de la Commission, elles concernent les trois fondements précités et qui peuvent porter aussi bien sur sa situation budgétaire que sur sa politique économique et sociale

Il est intéressant de relever que ces mutations importantes ont été décidées sans modification des fondements juridiques inscrits dans le traité. Ceci montre que l'influence du droit souple dépend de bien d'autres éléments que le cadre juridique dans lequel il intervient

Il faut enfin relever que les sanctions les plus efficaces ne sont pas forcément les sanctions juridiques. En ce qui concerne les États membres de l'Union européenne, l'efficacité nouvelle des mécanismes de coordination procède également de leur environnement économique et financier, désormais beaucoup plus attentif à la vulnérabilité des États européens ; le signal donné par une recommandation trop négative est craint par ces derniers. S'agissant des entreprises, ce n'est pas un hasard si les premières firmes à avoir adopté des codes de conduite se trouvaient dans le secteur de l'habillement et de la mode, très sensible à l'image de marque. Les entreprises vendant directement leurs produits aux consommateurs sont plus exposées que celles qui produisent pour d'autres entreprises. La pression des pairs

228. Le « paquet de six » ou *six-pack* est un ensemble de cinq règlements et une directive du Parlement européen et du Conseil adoptés le 16 novembre 2011 et ayant pour objet de renforcer la coordination et la surveillance des politiques économiques et budgétaires des États. Il a été suivi d'un « paquet de deux » ou *two pack*, comportant le règlement relatif au renforcement de la surveillance économique et budgétaire des États membres de la zone euro connaissant ou risquant de connaître de sérieuses difficultés du point de vue de leur stabilité financière (n°472/2013), et le règlement établissant des dispositions communes pour le suivi et l'évaluation des projets de plans budgétaires et pour la correction des déficits excessifs dans les États membres de la zone euro (n°473/2013), tous deux en date du 21 mai 2013.

peut également être très efficace : c'est sur elle seule que repose par exemple l'observation des décisions émanant de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité et de son jury de déontologie.

2.2.2. Les facteurs fragilisant l'effectivité du droit souple

Une attention parfois insuffisante à la mise en œuvre et à son évaluation

C'est là un des paradoxes du droit souple. Puisque celui-ci repose le plus souvent sur une libre adhésion de ses destinataires, on pourrait penser qu'il n'est pas nécessaire de mettre en place les mécanismes de contrôle qui, dans les systèmes de droit dur, permettent de déceler les manquements et d'appliquer les sanctions. Cependant, un droit souple qui ne porte pas une attention suffisante à sa mise en œuvre court le risque de n'être qu'un discours coupé des réalités, voire de se prêter à une instrumentalisation par des acteurs qui se prévalent de leur adhésion à l'instrument pour améliorer leur image. Ceci se vérifie tant dans le domaine économique, où la vérification du respect des engagements pris n'est pas toujours aisée, qu'en matière sanitaire où se pose la question de l'appropriation des recommandations de bonnes pratiques médicales par leurs destinataires.

Les débats sur l'impact de la RSE sur les pratiques effectives de l'entreprise sont aussi anciens que la RSE elle-même. Dès 1953, l'ouvrage de l'économiste Howard R. Bowen, *Social Responsibilites of the Businessman*, considéré comme fondateur du concept de la RSE, préconisait de mettre en place un audit social sur le modèle de l'audit financier réalisé par les commissaires aux comptes. Dans les années 1980 et 1990, les initiatives unilatérales d'entreprises mettant en place des codes de conduite pour réagir à des scandales ont donné prise à des accusations de n'être inspirées que par des préoccupations d'image, critique que résume le terme de *greenwashing*, qui peut être traduit par « écoblanchiment ». De nombreux acteurs se sont donc efforcés d'accompagner les instruments de la RSE de mécanismes destinés à évaluer leur mise en œuvre. L'OCDE, qui a adopté en 1976 des Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, a décidé en 2000 de susciter la création de « *points de contacts nationaux* » (PCN), chargés de promouvoir le respect des Principes dans leur pays et qui peuvent être saisis de plaintes concernant leur violation ; ils sont qualifiés par l'OCDE de « *bras armé* » des Principes[229]. L'un des standards de RSE les plus connus, la *Global Reporting Initiative* ou GRI, est centré sur les principes devant présider à la manière dont l'entreprise rend compte de la mise en œuvre de ses engagements et insiste notamment sur l'implication des parties prenantes. En France, la loi dite « Grenelle II » du 12 juillet 2010 et son décret d'application du 24 avril 2012 ont créé une obligation de « *vérification* » par un organisme tiers indépendant des rapports sociaux et environnementaux que doivent produire les sociétés cotées et les grandes entreprises non cotées.

Des travaux de recherche ont été conduits pour mesurer l'impact de la RSE. L'Union européenne a financé entre 2004 et 2007 un important projet sur les pratiques

229. OCDE, Rapport annuel 2012 sur les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales.

des entreprises transnationales européennes en matière de RSE, dénommé Ester. Ses conclusions sur l'effectivité de la RSE ne sont pas univoques : selon les termes de la coordinatrice du projet Isabelle Daugareilh, l'entreprise « *s'est prêtée au jeu de la RSE par conviction parfois, par opportunité souvent, et à l'occasion, par nécessité* ». Elle souligne que la RSE est un terrain de confrontation de plusieurs logiques, « *celle des entreprises qui recherchent des légitimations sociales, des réductions des risques réputationnels et qui cèdent parfois à la tentation d'en rester au registre du marketing éthique et de la communication d'entreprise* », et celle des acteurs sociaux (syndicats, ONG), « *pour lesquels la RSE est un terrain d'intervention sociale* ». Plus récemment, une enquête de l'INSEE a montré une influence significative de la RSE sur les pratiques des entreprises : celles qui déclarent connaître la RSE et être inscrites dans une telle démarche sont plus nombreuses à conduire de nombreuses actions, telles que demander à leurs fournisseurs de respecter des clauses de RSE (+ 32 % par rapport aux autres entreprises), mettre en œuvre une politique de lutte contre les discriminations liées à l'origine (+ 18 %) ou s'efforcer de réduire leurs émissions de gaz à effet de serre (+ 33 %)[230].

La notation sociale et l'investissement socialement responsable, vecteurs de renforcement du droit souple de la RSE

Les pratiques de la « notation sociale » ou de « l'investissement socialement responsable » renforcent l'efficacité du droit souple de la RSE : elles permettent d'attacher des conséquences, notamment financières, à l'absence d'engagements dans ce domaine ou à leur méconnaissance.

La notation sociale et environnementale, parfois qualifiée de notation des performances « ESG » (pour environnementales, sociales et de gouvernance) s'est développée en arguant de l'insuffisance des seuls indicateurs financiers pour apprécier la performance durable d'une entreprise. Il s'agit donc moins d'introduire des critères moraux ou politiques dans l'évaluation des entreprises (même si certains organismes pratiquent, pour ces motifs, l'exclusion de certains secteurs tels que l'armement ou le tabac) que d'avoir une vision plus complète de la performance économique. Une entreprise ayant de bonnes performances financières mais des pratiques sociales ou environnementales désastreuses s'expose en effet à des risques importants si un scandale la mettant en cause éclate[231]. La notation sociale s'adresse principalement aux investisseurs et c'est sur leur contribution (les investisseurs achètent les évaluations) que repose l'essentiel de ses financements[232].

L'investissement socialement responsable (ISR) peut être défini sommairement comme la pratique consistant à intégrer des critères « ESG » dans la définition d'une stratégie d'investissement. Comme pour la RSE, il existe plusieurs référentiels en matière d'ISR, dont les principes pour l'investissement

230. E. Ernst et Y. Honoré-Rougé, « La responsabilité sociétale des entreprises : une démarche déjà répandue », *INSEE Première*, n° 1421, novembre 2012.

231. Mme Nicole Notat, présidente de l'agence de notation Vigeo, souligne ainsi qu'avant l'accident de Fukushima, l'entreprise japonaise Tepco avait été mal notée par son agence, à cause du manque de clarté de sa gouvernance et de l'attention insuffisante à l'environnement. Cf. *Ce que je pense. L'entreprise responsable, une urgence*, Editions Dialogues, 2012.

232. Observatoire sur la responsabilité sociétale des entreprises (ORSE), Guide des organismes d'analyse sociale et environnementale, octobre 2012.

responsable des Nations unies. Parmi les types de démarches d'ISR, figure notamment celui de « l'engagement actionnarial » : l'investisseur ne se contente pas de sélectionner des entreprises sur la base de critères ESG, mais s'efforce de modifier leur comportement par un dialogue avec leur direction, notamment en déposant des résolutions lors des assemblées générales d'actionnaires.

Le développement des démarches d'ISR accroît l'incitation financière des entreprises à prendre des engagements en matière de RSE. Certains fonds d'investissement dotés d'un poids considérable, comme le Fonds de pension du gouvernement de Norvège (qui détient de l'ordre de 500 milliards d'euros d'actifs), sont engagés dans des démarches ISR. En France, ce sont notamment les investisseurs publics et les acteurs de l'épargne salariale qui mettent en œuvre des démarches d'ISR. Parmi les investisseurs publics, on peut mentionner le Fonds de réserve des retraites, l'Établissement de retraite additionnelle de la fonction publique et la Banque publique d'investissement, qui vient de faire connaître une doctrine d'intervention comprenant des engagements de ce type. Le comité intersyndical de l'épargne salariale (CIES) délivre quant à lui un label attestant que les offres d'épargne répondent aux critères fixés par un cahier des charges, qui impose notamment de se soumettre à une notation extra-financière

Il faut donc se garder de rejeter globalement la RSE comme une démarche de communication sans effet sur les pratiques de l'entreprise. On peut toutefois relever une tension entre le caractère volontaire de la démarche et l'exigence de suivi de la mise en œuvre. L'entreprise choisit le standard qu'elle applique et choisit les modalités de son évaluation. Même dans le cadre du décret du 24 avril 2012, si la vérification par un organisme tiers s'impose, le choix du standard, qui détermine largement ce que pourra être le travail de l'évaluateur, demeure libre. Il n'y a pas à ce jour de standard commun assorti d'une méthode de certification également commune qui permettrait de procéder à des comparaisons entre les entreprises.

La question du suivi de la mise en œuvre se pose également pour le code de gouvernement d'entreprise élaboré par l'AFEP et le MEDEF. Des progrès importants ont certes été réalisés au cours des dernières années. D'une part, les deux organisations patronales produisent depuis 2009 un rapport annuel sur la mise en œuvre de leur code par les 120 sociétés cotées les plus importantes (sociétés de l'indice SBF 120). D'autre part, une évaluation externe est assurée par l'AMF, qui sur le fondement de l'article L. 612-18-3 du code monétaire et financier produit chaque année un rapport sur le gouvernement d'entreprise et la rémunération des dirigeants des sociétés cotées, qui examine notamment la conformité des entreprises étudiées aux recommandations du code AFEP-MEDEF. Depuis 2012, les entreprises non conformes sont nommément mentionnées dans le rapport de l'AMF. L'Autorité considère, au sujet de la règle *comply or explain*, que « *pour que ce principe de « droit souple » (« soft law ») soit crédible et efficace, son application devrait être appréciée de manière rigoureuse* », et que le rôle qu'elle exerce répond à la préconisation de la Commission européenne[233], selon laquelle un organisme doit être habilité dans chaque État à vérifier l'exhaustivité et la qualité de l'information.

233. Commission européenne, Livre vert. Le cadre de la gouvernance d'entreprise dans l'UE, COM(2011) 164, avril 2011.

Certaines difficultés demeurent cependant. L'AMF constate que l'obligation de s'expliquer lorsqu'une entreprise ne se conforme pas au code AFEP-MEDEF n'est souvent mise en œuvre que de manière minimale, alors que l'esprit de cette règle voudrait que l'entreprise indique en quoi la solution retenue permet, compte tenu de ses caractéristiques particulières, d'assurer le respect des principes de bonne gouvernance. Par ailleurs, il est difficile de mesurer la portée de certains principes formulés en des termes très généraux, comme les principes « *d'équilibre, de cohérence et de mesure* » qui doivent régir selon le code les rémunérations des dirigeants mandataires sociaux. Afin d'éclairer les entreprises sur la manière d'appliquer ces principes dans un contexte de crise, l'AFEP et le MEDEF ont mis en place en avril 2009, à la demande des pouvoirs publics, un « comité des sages » qui peut être saisi pour avis par les entreprises recourant massivement au chômage partiel ou procédant à des licenciements collectifs. Le rôle de ce comité est toutefois limité par le fait qu'il ne peut s'autosaisir. Les avis du comité des sages n'étant pas en principe rendus publics et les rapports annuels de l'AFEP-MEDEF ne donnant pas d'indications sur son activité, il n'est pas aisé d'apprécier son rôle effectif. Une mission d'information récente de l'Assemblée nationale a considéré, au regard notamment du rôle de ce comité, que l'autorégulation par le code AFEP-MEDEF était « *dépourvue d'instruments de contrôle efficients* »[234].

Les évolutions intervenues dans la dernière version du code, datant de juin 2013, semblent de nature à répondre à ces difficultés. Le code précise désormais ce que doit être l'explication fournie lorsqu'une recommandation n'est pas appliquée, en soulignant notamment qu'elle doit être « *étayée et adaptée à la situation particulière de la société et indiquer, de manière convaincante, en quoi cette spécificité justifie la dérogation* ». En second lieu, il met en place un Haut comité chargé du suivi de la mise en œuvre, doté cette fois-ci d'une faculté d'autosaisine. Les sociétés qui ne suivront pas les recommandations du Haut Comité devront s'en justifier dans leur rapport annuel.

S'agissant des recommandations de bonnes pratiques médicales, le débat porte de manière récurrente sur leur appropriation par les médecins. Dans un rapport de 2002, M. Etienne Caniard estimait que « *le sentiment qui prévaut est que pour beaucoup d'acteurs, la production de recommandations suffit à assurer la bonne conscience du système sans qu'une attention suffisante soit portée à leur application et à leur évaluation* »[235] et préconisait de faire de la mise en œuvre une priorité, en mobilisant de multiples outils (formation médicale continue, contractualisation, accréditation, etc.). Cinq ans plus tard, un rapport de l'IGAS intitulé *L'information des médecins généralistes sur le médicament*[236] relevait le niveau élevé de crédibilité des agences sanitaires (86 % des médecins les jugeant objectives) mais pointait le caractère parfois peu adapté à la pratique des médecins de leurs recommandations. Selon le rapport, « *les experts de la HAS sont attachés à une argumentation nuancée,*

234. Assemblée nationale, Mission d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises, février 2013.

235. E. Caniard, *Les recommandations de bonnes pratiques : un outil de dialogue, de responsabilité et de diffusion de l'innovation*, rapport au ministre de la santé, avril 2002. M. Etienne Caniard est aujourd'hui président de la Fédération nationale de la mutualité française (FNMF).

236. P.-L. Bras, P. Ricordeau, B. Roussille et V. Saintoyant, *L'information des médecins généralistes sur le médicament*, IGAS, septembre 2007.

reflétant les incertitudes scientifiques. Néanmoins ce souci de prudence, conjugué à la culture du consensus, est difficile à concilier avec le besoin du praticien d'une information opérationnelle, adaptée à la pratique quotidienne ». Depuis quelques années, afin de répondre à ces critiques, la HAS produit des recommandations plus courtes et faisant mieux apparaître les principales conclusions à en retenir. En outre, le développement professionnel continu (DPC) créé par la loi du 21 juillet 2009 et entré en vigueur en 2012, dans le cadre duquel tous les professionnels de santé doivent suivre des actions chaque année pour évaluer leurs pratiques professionnelles et perfectionner leurs connaissances, est sans doute susceptible d'améliorer la connaissance des recommandations de bonnes pratiques ; il est cependant trop tôt pour en établir un bilan.

Les limites du droit souple devant la pression des logiques financières

L'efficacité du droit souple apparaît compromise lorsque les acteurs concernés sont financièrement incités à adopter un comportement contraire à celui prescrit par l'instrument. Plusieurs exemples de régulation par le droit souple, dans les domaines sanitaire et économique, semblent avoir rencontré sur ce point de réelles limites.

En matière sanitaire, la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance-maladie avait instauré une corégulation de la promotion des médicaments à l'attention des professionnels de santé, couramment qualifiée de « *visite médicale* ». En application de l'article L. 162-17-8 du code de la sécurité sociale, une charte de la visite médicale a été conclue le 22 décembre 2004 entre le comité économique des produits de santé (CEPS) et le syndicat représentatif des entreprises pharmaceutiques, le LEEM. La HAS a défini en juillet 2006 un référentiel pour la certification des entreprises promouvant la visite médicale. Dans le rapport précité de 2007, l'IGAS soulignait la contradiction entre le principe d'objectivité de l'information donnée aux médecins sur le médicament, énoncé par la charte, et la logique de promotion commerciale qui continue à être celle de la visite médicale[237]. Les visiteurs médicaux sont rémunérés en fonction de leurs résultats en termes de prescription par les médecins rencontrés ; le sujet des incitations financières et de leur influence sur l'objectivité n'est pas abordé par la charte. Dans un nouveau rapport publié en 2011 à la suite de l'affaire du Mediator, l'IGAS constatait l'échec de l'autorégulation et préconisait l'interdiction pure et simple de la visite médicale[238]. Sans aller jusqu'à l'interdiction, les Assises du médicament ont préconisé de donner à la HAS des moyens accrus de contrôle par la mise en place d'un réseau de « *médecins sentinelles* »[239]. La loi du 29 décembre 2011 a, à la suite de ces Assises, encadré la publicité pour les médicaments, en soumettant la publicité auprès des membres des professions de santé à une autorisation préalable de l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé[240] et en prévoyant à titre expérimental que,

237. « *En tout état de cause, la visite médicale comporte des biais structurels par rapport aux standards d'une information neutre. Tout d'abord, elle est effectuée dans une perspective commerciale par des visiteurs médicaux dont la rémunération est liée aux prescriptions du produit promu. On ne peut attendre dans ce contexte que l'information soit parfaitement neutre.* »

238. A.-C. Bensadon, E. Marie et A. Morelle, *Rapport sur la pharmacovigilance et gouvernance de la chaîne du médicament*, IGAS, juin 2011.

239. *Les Assises du médicament*, rapport de synthèse, juin 2011.

240. Article L. 5122-9 du code de la santé publique, qui ne prévoyait auparavant qu'un dépôt auprès de l'Agence.

dans les établissements de santé, la publicité en faveur de certains médicaments ne pourrait avoir lieu qu'en présence de plusieurs professionnels de santé[241]. Les limites du droit souple ont ainsi conduit à renforcer le droit dur.

S'agissant de la responsabilité sociale des entreprises, le tragique effondrement de l'immeuble Rana Plaza au Bangladesh le 24 avril 2013, cause de plus de 1 100 morts parmi les ouvriers de sous-traitants de l'industrie textile qui y travaillaient, a relancé les débats sur l'effectivité des engagements pris par les entreprises. Il avait d'ailleurs été précédé de plusieurs accidents similaires au Pakistan et au Bangladesh. Plusieurs ONG ont souligné la contradiction entre les engagements relevant de la RSE demandés par les donneurs d'ordres à leurs sous-traitants et les politiques d'achat, les coûts et les délais exigés étant peu compatibles avec l'amélioration des conditions de travail[242]. Les appels à des législations nationales contraignantes engageant la responsabilité des donneurs d'ordres du fait des violations des droits de l'homme commis par ses sous-traitants en on été relancés. Selon un responsable d'Amnesty International France, « *il faut en finir avec le droit mou des engagements volontaires et des chartes* »[243]

2.3. Des risques réels quant à la légitimité et la sécurité juridique

Parce qu'il est susceptible d'exercer une forte influence sur les comportements en dehors d'un cadre juridique déterminé, le droit souple pose la question de sa légitimité. Il convient d'abord de veiller à ce que les auteurs du droit souple restent dans le cadre de leurs compétences. La légitimité dépend ensuite des conditions d'élaboration, qui doit respecter des principes de transparence et d'implication des parties prenantes concernées. Enfin, une vigilance particulière doit être exercée quant à l'insécurité juridique et aux coûts subis par les destinataires du droit souple. Parce que le droit souple est susceptible de mettre en cause l'intérêt général et de porter atteinte à la souveraineté des États, les pouvoirs publics doivent veiller à la prévention de ces risques d'illégitimité et d'insécurité juridique, même lorsque le droit souple émane d'acteurs privés.

2.3.1. Une légitimité conditionnée par la compétence de l'auteur

Les personnes publiques doivent veiller, lorsqu'elles agissent par la voie du droit souple, à ne pas sortir de leur domaine de compétence et à ne pas empiéter sur les prérogatives du Parlement. En ce qui concerne les acteurs privés, il convient de veiller à ce que le droit souple qu'ils émettent n'emporte pas de conséquences excessives pour des tiers.

241. Article 30 de la loi.
242. Cf. par exemple *Clean Clothes Campaign et SOMO*, *Fatal Fashion*. *Analysis of recent factory fires in Pakistan and Bangladesh: a call to protect and respect garment workers' lives*, mars 2013.
243. A. Viscontini, interview dans le quotidien *Métro*, 16 mai 2013.

Le droit souple ne doit pas être un moyen pour les acteurs publics de s'affranchir des règles de compétence et de contourner la délibération parlementaire

Les acteurs publics n'étant fondés à agir que dans leur domaine de compétence, il y a dysfonctionnement lorsque le droit souple est utilisé pour empiéter sur les prérogatives d'une autre autorité publique ou pour la contourner. Ainsi, en matière de relations internationales, la circulaire du Premier ministre 30 mai 1997 indique que les arrangements administratifs, qui peuvent être conclus par un ministre sans que des pouvoirs de signature ne soient signés par le Président de la République ou le ministre des affaires étrangères, ne doivent être utilisés que dans la « *stricte limite* » des compétences du ministre, c'est-à-dire de son pouvoir d'organisation des services placés sous son autorité. Toutefois, ils semblent utilisés de manière plus large, une circulaire du 7 juin 2011 du secrétaire général du Gouvernement relevant que des accords ont été qualifiés d'arrangements administratifs alors qu'ils sont conclus « *au nom du Gouvernement français* » ou qu'ils traitent de matières relevant des attributions de plusieurs ministres. Le recours inapproprié à ces arrangements est susceptible en outre de méconnaître le pouvoir d'autorisation conféré au Parlement par l'article 53 de la Constitution, notamment pour des accords engageant les finances de l'État.

Au sein de l'Union européenne, la méthode ouverte de coordination (MOC) ou les processus analogues de coordination non contraignante ne posaient pas de difficultés tant qu'elle n'intervenait que dans des domaines où l'Union dispose de compétences « *pour appuyer, coordonner ou compléter l'action des États membres* », comme en matière sociale, dans les domaines prévus par le traité, ou d'éducation. La crise économique a toutefois conduit l'Union à intervenir par la voie d'instruments de droit souple sur la question de l'évolution des salaires, alors que l'article 153 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne stipule que celle-ci n'intervient pas en matière de rémunérations, même pour soutenir ou compléter l'action des États membres. Le « Pacte pour l'euro plus », adopté lors du Conseil européen des 24 et 25 mars 2011, définit des orientations précises en matière de politique salariale. Les rémunérations doivent évoluer en phase avec les gains de productivité, les pays souffrant d'un déficit de compétitivité devant être particulièrement attentifs à limiter leur progression. Les États sont invités à revoir leurs mécanismes de fixation des salaires, en modifiant si besoin le degré de centralisation des négociations et les règles d'indexation. Ils doivent également prendre en compte le rôle de signal joué par l'évolution des rémunérations du secteur public à l'égard du secteur privé.

Certes, le « Pacte pour l'euro plus » indique bien en préambule que les orientations énoncées relèvent des compétences des États. Toutefois, la mise en place d'un mécanisme de supervision fondé sur des objectifs précis, dans le contexte de renforcement de la surveillance des politiques économiques nationales qui a été décrit ci-dessus (cf. 2.2.1), constitue bien une action de l'Union européenne, qui n'est pas sans conséquences. Des évolutions dans les mécanismes de fixation des salaires sont d'ailleurs intervenues dans plusieurs pays, notamment l'Italie et l'Espagne qui ont accru les possibilités pour des accords d'entreprise de déroger

aux accords de branche ; les recommandations de la Commission tendant à la fin de l'indexation des salaires sur l'inflation en Belgique ont suscité d'importants débats dans ce pays. Dans une communication du 18 avril 2012, intitulée *Vers une reprise génératrice d'emplois*[244], la Commission européenne aborde explicitement la question du salaire minimum, en indiquant que « *la fixation de salaires minimaux adaptés peut aider à prévenir une augmentation du nombre de travailleurs pauvres et est importante pour garantir la qualité d'emplois décents* » et en plaidant pour des « *salaires minimaux différenciés* ». Il y a bien aujourd'hui une politique salariale de l'Union européenne ; sans qu'il s'agisse ici d'en discuter l'opportunité, force est de constater que ses fondements dans les traités sont fragiles.

Les évolutions de la gouvernance économique de l'Union européenne soulèvent également des questions en ce qui concerne le rôle des parlements nationaux et du Parlement européen. On a vu que dès 2007, le Parlement européen avait exprimé de vives préoccupations concernant le développement du droit souple (cf. *supra* 1.2.1). La résolution adoptée le 4 septembre 2007 soulignait notamment que la méthode ouverte de coordination souffrait d'un « *déficit démocratique* », du fait de la faible implication du Parlement, et qu'elle ne devait dès lors « *pas faire l'objet d'une utilisation abusive en se substituant aux compétences législatives de la Communauté qui font défaut et en imposant ainsi de fait aux États membres des obligations qui sont équivalentes à celles résultant de dispositions législatives, mais qui sont établies en dehors des procédures législatives prévues par le traité* ». Elle pointait aussi l'exemple d'une recommandation de la Commission de 2005 relative à la gestion transfrontalière du droit d'auteur dans le domaine des services licites de musique en ligne, en estimant que « *étant donné que son principal objectif est d'inciter à la mise en place d'un système de licence multiterritoriale et d'en recommander la méthode de réglementation, la Commission donne véritablement effet à des options politiques particulières par des moyens juridiques non contraignants* ».

Le renforcement de la coordination des politiques économiques nationales dans le cadre du « semestre européen » a pu raviver ces inquiétudes. Dans une résolution du 1er décembre 2011 sur le semestre européen pour la coordination des politiques économiques, adoptée au rapport de Mme Pervenche Bérès, le Parlement européen s'est inquiété de ce que « *la majorité des citoyens de l'Union ne connaît pas suffisamment les nouvelles procédures complexes de la législation européenne* » et que « *le manque de transparence des procédures décisionnelles et des processus de formation d'opinion, notamment au sein du Conseil européen et des conseils de ministres, effrite la confiance des citoyens dans l'intégration européenne et dans la dimension démocratique de l'Union européenne »* [245]. En France, l'Assemblée nationale a fait elle-même appel au droit souple en adoptant le 27 novembre 2012 une résolution sur le fondement de l'article 88-4 de la Constitution sur « *l'ancrage démocratique du gouvernement économique européen »,* qui demande notamment que le Parlement soit consulté par le Gouvernement aux principales étapes du semestre européen.

244. COM(2012) 173.
245. Résolution n° 2011/2071 (INI).

Les initiatives n'ont de fait pas manqué pour renforcer l'implication des parlements dans la nouvelle gouvernance économique. Le règlement n° 1175/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 novembre 2011, l'un des éléments du « paquet de six » (*six pack*), instaure un « *dialogue économique* » qui permet à la commission compétente du Parlement européen d'auditionner la Commission, le président du Conseil européen ou le président de l'Eurogroupe aux différentes étapes du semestre européen, ainsi qu'un État membre concerné par un projet de recommandation. En outre, l'article 13 du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (TSCG) signé le 2 mars 2012 prévoit la mise en place d'une conférence interparlementaire[246] réunissant les représentants des commissions concernées du Parlement européen et des parlements nationaux, « *afin de débattre des politiques budgétaires et d'autres questions régies par le présent traité* ». Une conférence des présidents des parlements de l'Union européenne tenue à Chypre en avril 2013 a confirmé la volonté d'organiser chaque semestre une conférence interparlementaire sur le fondement de l'article 13 du TSCG, la première conférence devant avoir lieu en Lituanie au second semestre 2013. Enfin, la question du renforcement de la légitimité démocratique est l'une des principales posées dans le cadre des réflexions sur l'avenir de l'Union européenne, comme en témoigne notamment le rapport du président du Conseil européen Herman Van Rompuy, *Vers une véritable Union économique et monétaire*, remis en décembre 2012.

Ces évolutions attestent de la difficulté de donner aux parlements un rôle satisfaisant en matière de droit souple, tant dans son élaboration que dans le contrôle de sa mise en œuvre. Le sujet est d'autant plus problématique que le droit souple de l'Union a acquis une grande importance, par l'ampleur des enjeux traités et par son influence effective sur les politiques nationales. Les parlements étant par nature des producteurs de droit dur, leur implication dans l'élaboration du droit souple soulève des questions inédites, rendues d'autant plus complexes que cette élaboration implique à la fois des instances européennes et nationales. Si la définition des évolutions institutionnelles souhaitables dépasse largement l'objet du présent rapport, on peut penser que deux voies sont envisageables. La première consiste à approfondir les mécanismes décrits ci-dessus, qui présentent un caractère essentiellement consultatif ; les parlements agiraient sur le droit souple en produisant leur propre droit souple, sous forme de résolutions. La seconde verrait le Parlement européen, comme cela a été le cas en ce qui concerne la production législative des communautés européennes puis de l'Union européenne, évoluer d'un rôle consultatif vers un rôle de codécision avec le Conseil.

Le droit souple émanant des acteurs privés ne doit pas emporter de conséquences excessives pour les tiers

Le problème de la compétence ne se pose pas dans les mêmes termes pour les personnes publiques et privées. Une personne privée n'a pas de domaine d'action délimité *a priori*. Cependant, cette liberté est contrebalancée par le fait qu'elle n'a pas en principe, à la différence des personnes publiques, de capacité juridique

246. Reprenant une possibilité ouverte par le protocole n° 1 au traité de Lisbonne sur le rôle des Parlements nationaux dans l'Union européenne, qui n'avait pas encore été mise en œuvre.

d'imposer sa volonté à d'autres personnes privées. Les personnes privées sont légitimes à régler leurs propres affaires, ou les affaires de leur catégorie lorsqu'elles se regroupent dans une organisation, par exemple une fédération professionnelle. Lorsque par la voie du droit souple, elles acquièrent la capacité d'influencer de manière importante la situation de personnes extérieures, la question de leur légitimité est posée.

Les problèmes posés par l'autorégulation des activités financières, en raison des conséquences de ces activités pour l'ensemble de l'économie, ce qu'on qualifie parfois de « risque systémique », illustrent bien cette difficulté. Le sujet se présente en particulier dans le fonctionnement des marchés de produits dérivés, moins réglementés que les marchés d'actions ou d'obligations. En mettant des acteurs privés en mesure de se prononcer sur l'existence d'une défaillance d'un État, l'autorégulation leur a conféré une influence excessive et illégitime.

Les contrats de couverture de défaillance, plus connus sous leur nom anglais de *Credit Default Swaps* (CDS), sont des contrats par lesquels une partie s'assure auprès d'un tiers du risque de non-remboursement d'un crédit. Ces contrats sont échangés sur des marchés de gré à gré, qui ne font l'objet d'aucune réglementation, y compris lorsqu'ils portent sur des dettes souveraines. L'*International Swaps and Derivatives Association* (ISDA), association de droit américain créée en 1985 et qui regroupe les principaux intervenants sur ces marchés[247], a développé des contrats-types très utilisés afin de promouvoir la standardisation des échanges. C'est elle qui définit ce qu'est un « événement de crédit » déclenchant la mise en œuvre des CDS ; aux termes de son contrat-type, les décisions de l'ISDA en la matière s'imposent aux parties au CDS. En 2009, l'ISDA a mis en place une procédure formalisée de décision sur les événements de crédit. Cinq « comités de détermination » (*Determination Committees*) ont été créés pour traiter des différentes régions du monde. Les comités de détermination, qui sont composés de représentants des intervenants sur les marchés de CDS, doivent prendre leurs décisions à une majorité d'au moins 80 % , ce qui doit garantir que leurs choix ne sont pas dictés par les intérêts d'une catégorie d'acteurs (les « acheteurs de protection » ou les « vendeurs de protection ») ayant intérêt au déclenchement ou au non-déclenchement d'un type particulier de CDS. Lorsque la majorité de 80 % n'est pas atteinte, la décision est renvoyée à un panel extérieur de trois experts, qui fonctionne à la manière d'un tribunal arbitral.

L'ISDA s'est ainsi trouvée en position, lorsque la question de l'acceptation par les créanciers de la Grèce d'une forte diminution de la valeur de leurs créances s'est posée en 2011, de déterminer si cela constituait ou non un défaut. La décision de l'ISDA avait pour conséquence le déclenchement des CDS, aux conséquences mal maîtrisées en raison de l'opacité des échanges sur ce marché. Cet exemple illustre à deux égards les problèmes de légitimité que peut poser le droit souple dans une telle situation. D'une part, il témoigne des risques systémiques majeurs qui peuvent être associés à l'autorégulation, fonctionnant par l'usage généralisé

247. Le conseil d'administration (*board of directors*) de l'ISDA comprend des représentants des principales banques d'affaires mondiales et de fonds d'investissement.

d'un contrat-type conférant des prérogatives considérables à une émanation des acteurs du marché. D'autre part, le processus de décision a été entouré, en dépit des garanties prévues par le contrat-type, d'une certaine opacité. Selon l'Autorité des marchés financiers, « *la gestion du défaut de la Grèce a également révélé les questions, voire l'opacité, entourant le processus de décision de l'ISDA s'agissant de la définition même d'un événement de crédit, et a alimenté les réflexions sur son mode de gouvernance* »[248].

L'autorégulation reposant sur des mécanismes de droit souple produit par des acteurs privés n'apparaît ainsi pas appropriée pour traiter d'enjeux présentant un fort risque systémique, ce qui est notamment le cas en matière financière. Au cours des dernières années, les États-Unis et l'Union européenne ont d'ailleurs renforcé de manière importante la réglementation des marchés des produits dérivés, ou sont en voie de le faire.

2.3.2. Une légitimité liée aux conditions d'élaboration

Parce que le droit souple repose sur l'adhésion volontaire de ses destinataires, sa légitimité dépend étroitement de l'implication des acteurs concernés dans son élaboration. Le dialogue social ou la mise en place d'un processus d'expertise contradictoire et transparent contribuent fortement à la légitimité du droit souple. À l'inverse, celle-ci est fragilisée par le manque de représentativité des acteurs impliqués dans l'élaboration.

La légitimité donnée par le dialogue social avec les acteurs représentatifs

Comme il a été vu dans la première partie, les accords négociés avec les syndicats de la fonction publique ne modifient pas par eux-mêmes le droit applicable aux fonctionnaires ; ils doivent pour ce faire être repris par le législateur ou le pouvoir réglementaire, qui ne sont pas liés par eux. Ils relèvent ainsi du droit souple. Ils revêtent pourtant, en raison de leur mode d'élaboration, une forte légitimité. Celle-ci a été confortée par les évolutions du cadre législatif, allant dans le sens d'une meilleure reconnaissance du rôle de la négociation et la définition de conditions de validité des accords en fonction de la représentativité de leurs signataires. Grâce à cette forte légitimité, ils sont le plus souvent repris dans les textes de droit dur.

Si la conclusion d'accords en matière de fonction publique a précédé l'intervention du législateur, celle-ci a consacré leur légitimité. La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires a fait de la négociation un préalable à la détermination de l'évolution des rémunérations. La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique a étendu de manière importante le champ de la négociation, qui couvre désormais des sujets tels que les conditions de travail, la formation ou l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. La même loi a défini des conditions de validité des accords, en s'inspirant de la logique retenue pour le secteur privé par la loi du

248. AMF, « Cartographie 2012 des risques et tendances sur les marchés financiers et pour l'épargne », Risques et tendances, n° 12, juillet 2012.

20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail. L'audience des syndicats de fonctionnaires est mesurée d'après leurs résultats aux élections professionnelles. Pour être valide, un accord doit réunir les signatures de syndicats représentant au moins 20 % des fonctionnaires et ne pas faire l'objet d'une opposition de syndicats représentant plus de 50 % ; à compter du 1er janvier 2014, l'accord devra réunir une majorité de plus de 50 % .

Il est remarquable que la loi ait pour la première fois défini les conditions de validité d'accords qui n'ont pas de force juridique, et plusieurs auteurs n'ont pas manqué de le relever[249]. Ce faisant, le législateur a reconnu le besoin de légitimité du droit souple : ce n'est pas parce que les accords en matière de fonction publique ne sont pas contraignants qu'il n'y a pas besoin de règles définissant leurs conditions de validité, et ce d'autant plus qu'ils le sont de fait très souvent transcrits dans le droit dur. Dans ses considérations générales de 2003, le Conseil d'État relevait qu'ils « *ont une forte portée morale et politique en ce sens qu'aucun gouvernement n'a jamais pris le risque de ne pas respecter un accord*[250].

La légitimité issue d'un processus d'expertise contradictoire et transparent

Dans les domaines comportant une forte dimension technique et scientifique, la notoriété des experts impliqués dans l'élaboration d'un instrument de droit souple est bien sûr un facteur puissant d'adhésion à celui-ci. Toutefois, il n'existe sans doute pas aujourd'hui de sujet sur lequel un expert ou une institution disposerait à lui seul d'une autorité incontestée. La qualité de l'expertise repose nécessairement sur son caractère collectif et délibératif, sur l'organisation d'un débat contradictoire entre les différents points de vue. Plusieurs exemples en témoignent. Les standards d'internet font l'objet, en dépit de leur caractère informel, d'un processus d'élaboration élaboration très structuré permettant à chaque stade de recueillir des commentaires et des propositions des communautés d'experts. L'IETF qualifie toutes ses productions, y compris les standards dans leur version finale, de *request for comments (RFC)*, c'est-à-dire « d'appel à commentaires », soulignant ainsi la dimension d'amélioration continue inhérente à ce processus.

Dans le domaine médical, les « conférences de consensus » ont pour objet de produire des recommandations sur les sujets les plus controversés. L'appellation de conférence de consensus fait référence à une méthodologie bien définie. Un comité d'organisation est chargé de définir un nombre limité de questions auxquelles devra répondre un jury. Celui-ci s'appuie sur une analyse systématique de la littérature existante, présentée lors d'une audition publique. Selon les recommandations[251] établies par le prédécesseur de la HAS, l'Agence nationale de l'accréditation et de l'évaluation en santé (ANAES), « *le déroulement de la séance publique tient à la fois de la conférence scientifique (avec établissement du degré de preuve scientifique des éléments de réponses), du débat démocratique durant*

249. Cf. E. Marc et Y. Struillou, « La loi du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique : une mutation inachevée du système de relations professionnelles », *Droit administratif*, novembre 2010 ; F. Melleray, « La loi relative à la rénovation du dialogue social dans la fonction publique. Première étape d'une réforme profonde », *AJDA*, 2010, p. 2045.

250. Conseil d'État, *Réflexions sur la fonction publique*, Rapport public de 2003.

251. ANAES, *Les conférences de consensus. Base méthodologique pour leur réalisation efficace*, 1999.

lequel chaque participant (les experts et l'auditoire présent) peut exprimer son point de vue, et du modèle judiciaire avec l'intervention d'un Jury ». Le jury, dont l'ANAES recommande qu'il soit pluridisciplinaire (comportant des médecins de différentes spécialités et modes d'exercice) et pluriprofessionnel (comportant également des chercheurs, des professionnels paramédicaux, des associations de malades, des journalistes, etc.) établit ensuite les recommandations à huis clos.

Des initiatives existent pour étendre la méthodologie des conférences de consensus à la réflexion sur les politiques publiques. Transposée en dehors du domaine médical, l'expression recouvre en réalité deux modèles. Le premier est celui de la déclinaison du modèle sanitaire, avec un jury de personnalités choisies en raison de leur expertise. Les conférences de consensus sur l'accès au logement des personnes sans-abri[252] et sur la prévention de la récidive[253], organisées respectivement en novembre 2007 et en février 2013, s'inscrivent dans ce schéma. Dans le second modèle, parfois dénommé « *conférence de citoyens* », le jury est composé, à la manière du jury d'assises, d'un panel de citoyens non experts, qui grâce à une formation et à un dialogue avec des experts va être mis en mesure de formuler des propositions. Inspiré des conférences organisées par le Conseil danois de la technologie, ce modèle a été notamment repris en France lors de la conférence organisée en 1998 par l'Office parlementaire de l'évaluation des choix scientifiques et technologiques (OPECST) sur les organismes génétiquement modifiés[254].

L'utilisation de la méthode des conférences de consensus répond à la volonté des développer des « politiques publiques basées sur les preuves » (*evidence-based policy*) à l'exemple de la « médecine basée sur les preuves » (*evidence-based medicine*). Selon les termes de Nicole Maestracci, présidente du comité d'organisation de la conférence de consensus sur la prévention de la récidive, l'ambition de la conférence de consensus « *repose sur l'idée qu'aucune politique publique ne peut s'installer dans la durée si elle ne s'appuie pas sur un socle de connaissances scientifiquement validées et sur des choix compris et partagés par le plus grand nombre* »[255]. Cette transposition ne va pas toutefois sans difficultés. Le choix des membres du jury, déjà délicat dans le domaine médical et plus encore depuis que l'affaire du Mediator a mis sur le devant de la scène la question des conflits d'intérêt, présente dans le domaine politique des difficultés particulières. Le comité d'organisation doit naviguer entre deux écueils, celui d'un regroupement de personnalités aux sensibilités trop voisines et celui de reproduire les divisions du débat politique au point de ne pouvoir parvenir au consensus. La participation d'experts étrangers peut cependant contribuer à ne pas reproduire les clivages usuels du débat national.

252. *Sortir de la rue*, rapport du jury de la conférence de consensus, décembre 2007.
253. Pour une nouvelle politique publique de prévention de la récidive. Principes d'action et méthodes, rapport du jury de consensus remis au Premier ministre, février 2013.
254. OPECST, De la connaissance des gènes à leur utilisation. L'utilisation des organismes génétiquement modifiés dans l'agriculture et l'alimentation, juillet 1998.
255. Discours prononcé lors de la conférence de consensus le 14 février 2013.

La légitimité fragilisée par le manque de transparence et l'insuffisante association des parties prenantes

A l'inverse, la légitimité du droit souple est fragilisée lorsqu'il est élaboré dans des conditions insuffisantes de transparence ou n'exprime le point de vue que d'une seule catégorie d'acteurs. Les exigences d'une « *administration délibérative* », que le Conseil d'État a appelée de ses vœux[256], telles que « *la transparence, l'ouverture, le débat, l'itération et le compte-rendu* », s'appliquent pleinement à l'élaboration du droit souple.

Au regard de ces principes, les différents instruments de droit souple étudiés jusqu'ici présentent des situations très variables. Les instances de régulation d'internet ou l'IFRS pour les normes comptables pratiquent une grande transparence dans leurs processus, les projets de normes étant rendus publics à différents stades de leur élaboration, ce qui est propice à l'expression des points de vue des parties prenantes. En revanche, l'AFEP et le MEDEF n'ont jusqu'à 2013 pas procédé à des consultations sur leurs projets de recommandation, du moins pas de manière publique et formalisée. Le code AFEP-MEDEF n'exprimait donc que le point de vue des entreprises et pas celui des investisseurs ou des salariés. Cette situation se distinguait de celle prévalant chez certains de nos voisins. Au Royaume-Uni, le code de gouvernance est élaboré par le *Financial Reporting Council*, instance composée de professionnels ayant exercé des responsabilités au sein d'entreprises, d'institutions financières ou d'organismes publics de régulation, mais où ne siègent pas en tant que tels des représentants d'entreprise. En Allemagne, il a été élaboré en 2001 par une commission constituée à l'initiative du gouvernement, la commission Cromme, regroupant des représentants des investisseurs, des fédérations professionnelles, des salariés, de la bourse, des commissaires aux comptes et d'universitaires[257]. Le nouveau code adopté par l'AFEP et le MEDEF en juin 2013 a fait sur ce point un progrès important : selon ses concepteurs, il a pour la première fois été le fruit d'une large consultation auprès des acteurs concernés, notamment l'Autorité des marchés financiers, l'État représenté par la direction générale du trésor et les investisseurs[258]. On peut cependant regretter que le processus de consultation n'ait pas été rendu public et que le code ne comporte pas la liste des acteurs sollicités, ce qui rend difficile l'appréciation de leur représentativité.

Même lorsqu'elle est prévue en principe, la représentation des parties prenantes n'est pas aisée à assurer. Se pose d'abord la question de la représentativité : en l'absence de système institutionnalisé, comment s'assurer que les acteurs participant au processus d'élaboration du droit souple sont les plus représentatifs de leur catégorie ? En matière de fonction publique, le législateur a été conduit à fixer des règles précises de représentativité des organisations syndicales et de validité des accords, alors que ceux-ci sont toujours dépourvus de force contraignante. Si la solution n'est pas transposable à tous les domaines, il est dans

256. Conseil d'État, Rapport public 2011, *Consulter autrement, participer effectivement*, La documentation française, 2012.
257. Assemblée nationale, 2013, *op. cit*.
258. Interview de Mme Laurence Parisot et M. Pierre Pringuet, quotidien *Les Echos*, 17 juin 2013.

la plupart des cas souhaitable que l'auteur de l'instrument du droit souple voulant associer d'autres acteurs à son élaboration puisse se référer à un système de reconnaissance qui lui soit extérieur ou à des critères objectifs. Une entreprise qui implique des associations de consommateurs ou de protection de l'environnement dans l'évaluation de ses engagements de RSE risque d'être accusée de choisir celles qui lui seraient les plus favorables ; elle pourra répondre plus facilement à ces accusations si elle choisit des associations agréées par les pouvoirs publics.

L'autre difficulté tient à l'inégalité des moyens entre les différentes catégories d'acteurs. Ainsi, en matière de normalisation, si les textes énoncent un principe d'implication des parties prenantes (l'article 1er du décret du 16 juin 2009 relatif à la normalisation dispose ainsi que « *la normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées* » et l'article 8 prévoit qu'un comité d'audit et d'évaluation « *vérifie en particulier la bonne association de toutes les parties intéressées dans les travaux des bureaux de normalisation, notamment les associations de consommateurs, les syndicats représentatifs de salariés et les petites et moyennes entreprises* »), les grandes entreprises sont cependant les mieux armées pour supporter le coût de la participation à des travaux de normalisation. L'Afnor a d'ailleurs pris acte de cette difficulté, la stratégie française de normalisation 2011-2105 fixant pour objectif un « *changement d'échelle dans la participation et l'appropriation des acteurs, TPE/PME, consommateurs et ONG* ». En matière d'implication des parties prenantes, les bonnes intentions ne suffisent donc pas : l'auteur de l'instrument de droit souple doit se doter d'une véritable politique de partenariat, reposant sur des critères de représentativité et des actions destinées à assurer une participation équilibrée.

Enfin, la légitimité est atteinte si la transparence sur les liens d'intérêt des experts n'est pas assurée. La décision du Conseil d'État *Formindep* du 27 avril 2011[259] a annulé une recommandation de bonnes pratiques de la HAS en raison de l'absence de production des déclarations d'intérêt de certains experts. La loi du 29 décembre 2011 sur la sécurité du médicament et celle du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte ont renforcé les exigences de publication des liens d'intérêt et de respect de chartes déontologiques dans les instances travaillant auprès des agences sanitaires. Cependant, il n'existe pas aujourd'hui de règle analogue pour les autres acteurs produisant de telles recommandations, comme les sociétés savantes ou l'Académie de médecine.

2.3.3. Une fréquente sous-estimation des risques d'insécurité juridique et des coûts

D'une légitimité parfois imparfaite, le droit souple n'est pas non plus sans risques pour ses auteurs ou ses destinataires. Il peut être générateur d'insécurité juridique et de coûts, en termes financiers ou de ressources humaines.

259. N° 334396, Inédit au Rec., < *ArianeWeb* >.

Une insécurité juridique alimentée par une incertitude sur les effets et une diffusion insuffisante

Un raisonnement rapide pourrait faire penser que puisque le droit souple ne produit aucun effet contraignant, il ne saurait créer d'insécurité juridique. L'analyse montre pourtant que celle-ci est souvent présente, notamment en raison des incertitudes sur la portée du droit souple. Elle peut affecter aussi bien les destinataires de l'instrument que son auteur. L'insécurité juridique n'est pas inhérente au droit souple, mais trois facteurs peuvent l'alimenter : l'incertitude sur la portée de l'instrument, les contradictions entre plusieurs instruments de droit souple et l'insuffisance de leur diffusion.

(a) L'incertitude sur la portée juridique de l'acte est dans certains cas entretenue par son émetteur. Le ministère des finances a rendu publique en octobre 2005 un document de droit souple, dénommé « Charte du contribuable », destinée à expliquer au public, sous une forme pédagogique, les droits et devoirs réciproques de l'administration et des contribuables. D'une trentaine de pages, elle est présentée en six parties, telles que « une administration qui vous simplifie la vie » et « un contribuable coopératif ». Sans doute dans le but de valoriser la charte, il a été annoncé, tant dans son préambule que dans un communiqué ministériel, que les contribuables pourraient s'en « *prévaloir auprès de l'ensemble des agents de l'administration fiscale* ». Dans un arrêt du 29 mai 2012, la cour administrative d'appel de Paris a jugé que « *la circonstance que, tant dans les propos liminaires de cette charte que par un communiqué de presse du 17 octobre 2005, le ministre délégué au budget et à la réforme de l'État ait indiqué que les contribuables pourraient se prévaloir de la charte auprès de l'ensemble des agents de l'administration fiscale et que son contenu engageait l'administration, ne saurait avoir eu pour effet, en l'absence de toute disposition constitutionnelle, législative ou réglementaire donnant compétence au ministre pour édicter de telles dispositions, de rendre ladite charte légalement opposable à l'administration fiscale* »[260]. Par les annonces faites ainsi que par la proximité sémantique avec la « charte du contribuable vérifié », dont la remise est obligatoire avant toute vérification et qui est elle opposable à l'administration en vertu de l'article L. 10 du livre des procédures fiscales[261], l'État a pu entretenir des espérances non fondées chez certains contribuables.

L'insécurité juridique peut également affecter l'auteur de l'instrument de droit souple, qui peut croire ne pas prendre d'engagement contraignant mais se voir opposer son acte si celui-ci est requalifié. Lorsqu'un employeur prend dans le cadre d'un code de conduite des engagements envers ses salariés allant au-delà de ses obligations légales et réglementaires, il peut être tenu de les respecter s'ils sont qualifiés par le juge d'usages répondant à des conditions de généralité, de constance et de fixité. Des parties peuvent croire avoir signé un pseudo-contrat insusceptible d'engager leur responsabilité, et voir le juge qualifier *a*

260. CAA Paris, 29 mai 2012, *M. Boiry,* n° 10PA05558, < *ArianeWeb* >.

261. La charte du contribuable se distingue également de la doctrine de l'administration sur l'interprétation de la loi fiscale, dont le contribuable peut se prévaloir en application de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales ; cf. dernièrement CE, Sect., 8 mars 2013, *Mme Monzani*, n° 353782, à paraître au Rec., < *ArianeWeb* >

posteriori l'accord de véritable contrat devant être appliqué. Si les contrats de projet État-région ne peuvent, compte tenu de leur fondement législatif, engager la responsabilité de leurs auteurs (CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Écologie*, n° 169557, Rec. p. 415), ce n'est pas le cas de tous les contrats prévoyant la réalisation de projets d'équipement, comme l'ont montré deux décisions du Conseil d'État portant sur la réalisation de la liaison ferroviaire Paris-Orléans-Limoges-Toulouse (CE 21/12/2007, *Région Limousin et autres*, n° 293260) et d'un barrage hydraulique (CE, 7 mars 2008, *Ministre de l'écologie et du développement durable*, n°s 290259, et 290260, Rec. p. 628, 802, 905). Les parties souhaitant conclure une déclaration d'intention sans effet de droit doivent donc prendre soin à sa rédaction pour écarter tout risque de requalification. La même remarque vaut dans l'ordre international pour les « *memorandums* d'entente » (cf. 1.1.1).

Une incertitude existe également lorsqu'un même instrument rassemble des éléments de nature juridique différente, sans les distinguer clairement. Parce qu'ils ne se situent pas d'emblée dans les catégories juridiques du droit français, les codes de conduite et les chartes éthiques ou de déontologie produits par les entreprises à l'intention de leurs salariés illustrent bien ce cas de l'entrecroisement. C'est une loi américaine, la loi Sarbanes-Oxley du 30 juillet 2002, qui a joué un rôle important dans leur développement, en suscitant la mise en place de tels instruments en matière de comptabilité, de contrôle interne et d'audit dans toutes les entreprises cotées à la bourse de New York quelle que soit la nationalité de leur société-mère, accompagnés d'un dispositif d'alerte professionnelle permettant aux salariés de dénoncer les manquements à ces codes. En outre, les entreprises ne raisonnent pas, lorsqu'elles les élaborent, en termes de règles juridiques applicables dans tel ou tel pays mais de prescription de comportements valables dans toutes leurs filiales. La requalification d'après les catégories juridiques françaises s'effectue donc *ex post*, avec toutes les incertitudes inhérentes à un tel exercice. Le rapport de MM. Paul-Henri Antonmattei et Philippe Vivien, remis en janvier 2007 au ministre du travail[262], fait état de la multiplicité des régimes juridiques susceptibles de s'entrecroiser dans un code de conduite : réitération de dispositions législatives et réglementaires sans portée juridique propre, adjonction au règlement intérieur au sens de l'article L. 1321-5 du code du travail[263], exercice du pouvoir de direction de l'employeur en dehors du domaine du règlement intérieur[264], orientations ou recommandations ne présentant pas de caractère impératif. En s'appuyant sur ce rapport, le directeur général du travail a édicté une circulaire destinée à aider les inspecteurs du travail à appréhender ces documents[265]. Le travail de qualification juridique est donc possible ; on mesure cependant que si le besoin d'une circulaire

262. P.-H. Antonmattei et P. Vivien, *Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives*, Rapport au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes, La documentation Française, janvier 2007, 44 p., disponible à < http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000335/0000.pdf >.

263. L'article L. 1321-5 du code du travail définit l'adjonction au règlement intérieur comme « *les notes de service ou tout autre document comportant des obligations générales et permanentes dans les matières mentionnées aux articles L. 1321-1 et L. 1321-2* », c'est-à-dire la santé et la sécurité au travail ainsi que la discipline.

264. Ce qui peut notamment être le cas en matière de déontologie : cf. CE, Sect., 11 juin 1999, *Mme Chicard*, n° 195706, Rec. p. 198.

265. Circulaire DGT 2008/22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur.

pour guider les inspecteurs du travail s'est fait ressentir, la compréhension de la portée de ces instruments par les salariés concernés ne doit pas être aisée. Faute de savoir ce qui dans les codes de conduite s'impose réellement à eux et ce qui ne constitue que des considérations générales poursuivant des objectifs de communication, les salariés peuvent être placés dans une certaine insécurité juridique.

(b) Les contradictions existant entre plusieurs instruments de droit souple sont source d'interrogations chez leurs destinataires. En effet, contrairement au droit dur pour lequel il existe des règles (hiérarchie des normes, dérogation de la règle spéciale à la règle générale, etc.) permettant de déterminer le droit applicable en cas de contradictions entre plusieurs normes, le droit souple implique d'accepter leur coexistence. Le cas peut notamment se rencontrer pour les recommandations de bonnes pratiques médicales, dont les auteurs sont multiples : sur un même sujet, on peut trouver des recommandations de plusieurs agences publiques (Haute Autorité de santé qui dispose d'une compétence générale, Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé lorsqu'est en cause l'usage d'un médicament[266], Agence de biomédecine et Institut national du cancer dans leurs domaines de spécialité), du Haut Conseil de la santé publique, de sociétés savantes ou encore de l'Académie de médecine. Le médecin qui, au titre de son obligation de soigner selon les données acquises de la science, peut voir sa responsabilité engagée pour s'être écarté des recommandations de bonne pratique, se trouve dans une situation délicate lorsque deux recommandations délivrent des messages différents. Si le juge peut déduire de cette discordance qu'il n'y a pas de consensus scientifique et écarter en conséquence la responsabilité du professionnel de santé, celui-ci n'a pas d'assurance à cet égard.

Un exemple de divergence a été donné récemment par la HAS et l'Académie de médecine, qui ont produit respectivement en novembre 2012 et en février 2013 des recommandations sur les contraceptifs oraux et le risque vasculaire. La HAS a adopté des conclusions fermes à l'encontre des contraceptifs de troisième génération (sa recommandation s'intitule « *Contraceptifs oraux estroprogestatifs : préférer les « pilules » de 1ère ou 2ème génération* ») et en recommande le déremboursement par la sécurité sociale, tandis que l'Académie de médecine était plus nuancée et déconseille ce déremboursement. Le message de santé publique destiné aux médecins a pu s'en trouver brouillé.

(c) L'insécurité juridique est enfin alimentée par l'absence ou l'insuffisance de la publicité des instruments de droit souple. Certains instruments font l'objet d'une publicité systématique : les avis et recommandations des autorités administratives indépendantes, les actes émanant des institutions de l'Union européenne ou encore les circulaires dont la publicité sur le site *www.circulaires.gouv.fr* est désormais garantie par le décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008. La publicité d'autres actes ne fait en revanche l'objet d'aucun encadrement et est souvent limitée : c'est par exemple le cas des codes de conduite des entreprises et branches professionnelles ou des normes techniques.

266. En vertu de l'article L. 161-39 du code de la sécurité sociale, la HAS joue cependant un rôle d'orientation à l'égard de l'ANSM dans sa production de recommandations de bonnes pratiques.

Des coûts induits qui ne sont pas toujours moindres que ceux du droit dur

Le droit dur est souvent critiqué pour les coûts qu'il engendre et assimilé à ce qui est couramment qualifié de « *bureaucratie* ». Force est de constater que celle-ci n'est pas forcément absente du droit souple, et que la volonté de l'alléger ne peut être rangée parmi les arguments en faveur de son développement. Le droit souple n'est pas toujours un droit léger. Les coûts induits sont de deux ordres : en termes de temps et de ressources humaines consacrées à l'élaboration du droit souple, mais aussi de coût financier direct.

Le droit souple est souvent vanté pour sa réactivité ; pourtant, sa nature même de droit nécessitant l'adhésion de ses destinataires pour être effectif implique de prendre le temps de la concertation (cf. *supra* 2.2.1). La préparation d'une recommandation de la HAS prend fréquemment un à deux ans et il en va de même des communications de la Commission européenne en matière de concurrence ; il est vrai que l'élaboration d'un règlement ou d'une directive est encore bien plus longue. Les schémas de cohérence territoriale (SCOT), qui relèvent de la zone intermédiaire entre droit dur et droit souple définie en première partie (cf. *supra* 1.3.4), font l'objet d'une procédure définie de manière détaillée par la loi : définition d'un périmètre, constitution d'un établissement public ou d'un syndicat mixte *ad hoc* sur ce périmètre, nombreuses consultations, etc. En matière sanitaire, il a fallu près de trois ans pour que les « projets régionaux de santé » créés par la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires soient tous adoptés par les 26 agences régionales de santé. Les documents produits au terme de ces procédures sont fréquemment longs de plusieurs centaines de pages.

Le problème du coût financier, qui ne concerne qu'une partie droit souple émis par les acteurs privés, vient du fait que le modèle économique de celui-ci n'est pas le même que celui de la réglementation publique. Le coût d'élaboration de celle-ci est toujours supporté par les contribuables. Certains acteurs privés font au contraire supporter les coûts de leur mission aux destinataires du droit souple, dans une logique marchande où celui qui souhaite adhérer à un instrument paie pour ce faire. Les coûts financiers du droit souple peuvent intervenir à trois stades. Dans le cadre de l'élaboration, il faut par exemple payer pour participer aux commissions de normalisation technique de l'Afnor. L'accès à la norme, notamment les normes techniques ou certaines normes de RSE, peut également être payant. Enfin, des coûts financiers peuvent intervenir au stade de la mise en œuvre, par exemple pour certifier la conformité à la norme. Ainsi, en remplaçant le système d'autorisation administrative par un système d'accréditation, la réforme de la biologie médicale prévue par l'ordonnance n° 2010-49 du 13 janvier 2010 a transféré le coût des contrôles de conformité à la réglementation du contribuable vers les laboratoires d'analyse. Le renvoi à des normes techniques pour définir les modalités de mise en œuvre d'une réglementation comporte donc un coût pour les acteurs concernés, dont les conséquences doivent être évaluées avant de procéder à ce choix.

2.3.4. La nécessité pour les pouvoirs publics de prévenir les risques d'illégitimité et d'insécurité juridique

Parce que le droit souple repose sur l'adhésion volontaire de ses destinataires, il n'y a pas de principe s'opposant de manière générale à sa production par des acteurs privés. L'élaboration d'un instrument de droit souple et le fait d'y adhérer ou non relèvent de libertés fondamentales : liberté d'association lorsque le droit souple émane d'un regroupement de personnes privées et s'adresse à ses adhérents, liberté d'expression, liberté individuelle ou encore liberté d'entreprendre. Chacun est libre de recommander des comportements et chacun est libre de suivre ou non cette recommandation.

Pour autant, lorsque le droit souple ainsi produit exerce une influence importante, lorsqu'un acteur privé joue de ce fait un véritable rôle normatif, les pouvoirs publics sont amenés à s'y intéresser, parce que ce rôle normatif exerce nécessairement une influence sur les intérêts publics dont ils ont la charge. Le Conseil d'État a ainsi jugé que le rôle joué par l'Afnor, association de droit privé, dans la normalisation technique, relevait, en dépit du caractère non contraignant de cette dernière, d'une mission de service public (CE, 17 février 1992, *Société Textron*, n° 73230, Rec. p. 66). Cette qualification se fondait certes en partie sur le contrôle exercé par l'État, contrôle qui ne se retrouve pas pour nombre d'émetteurs privés de droit souple. Mais le simple fait qu'un acteur privé soit en mesure de prescrire des comportements qui seront suivis par les personnes qui en sont destinataires confère un caractère d'intérêt général à son action, dont les pouvoirs publics ne peuvent entièrement se désintéresser.

Cette exigence d'intérêt ne doit pas conduire à remettre en cause le rôle joué par l'acteur privé, ni même forcément à chercher à l'encadrer. Elle implique en revanche, au minimum, de suivre cette production de droit souple et de veiller à ce que les conséquences en soient évaluées. Les pouvoirs publics doivent s'assurer que la régulation privée fonctionne de manière transparente et implique de manière satisfaisante les parties prenantes concernées. Ils sont toujours fondés à la remettre en cause lorsqu'elle s'avère défaillante et contraire à l'intérêt public ou à l'ordre public.

Même dans certains secteurs qui ont une forte tradition d'autorégulation, ce rôle de surveillance des pouvoirs publics doit s'exercer. Sur un secteur d'activité comme celui de la presse, l'intervention publique est certes nécessairement très en retrait, car la presse relève de l'exercice d'une liberté fondamentale et l'une de ses fonctions est précisément de permettre la critique sans entrave des pouvoirs publics. L'autorégulation par un organe émanant de la profession, souvent qualifié de « conseil de presse » chargé de définir les règles de déontologie et de les faire appliquer, est un modèle existant dans de nombreux États et promu par l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe[267] ; en France, il n'existe même pas d'autorégulation affirmée[268]. Cependant, une intervention publique

267. OSCE, Représentant pour la liberté des médias, *Le guide pratique de l'autorégulation des médias*, 2008.

268. S'il existe des documents de référence en matière de déontologie des journalistes, comme la

légitime existe, dès lors qu'elle est limitée. La Cour européenne des droits de l'homme admet les limitations apportées à la liberté d'expression dès lors qu'elles sont prévues par la loi, qu'elles poursuivent un objectif légitime et qu'elles sont nécessaires dans une société démocratique[269]. En France, la loi du 29 juillet 1881, qui affirme en son article 1er la liberté de la presse, réprime cependant les délits commis par voie de presse, tels que la provocation aux crimes et aux délits et la diffamation. Au Royaume-Uni, les scandales causés par la révélation des écoutes pratiquées par certains groupes de presse ont conduit le Premier ministre à missionner une commission présidée par un magistrat, Lord Leveson, pour préparer une réforme du système d'autorégulation dont l'inefficacité avait été mise en cause. La commission Leveson a proposé de remplacer la *Press Complaints Commission*, instance émanant du secteur de la presse, par un organisme indépendant tout à la fois des entreprises presse et du gouvernement, dont l'autorité en matière d'arbitrage serait reconnue par la loi[270]. Si ces propositions n'ont pas à ce jour été reprises, elles témoignent de ce que même en matière de presse, les pouvoirs publics sont toujours fondés à intervenir pour remédier à une autorégulation défaillante.

En ce qui concerne internet, les positions de principe défendant la supériorité de l'autorégulation privée sur l'intervention publique ont déjà été exposées. Le pragmatisme implique sans doute de prendre en compte les problèmes d'application des lois nationales causés par le caractère décentralisé d'internet, la difficulté de négocier des conventions internationales entre des pays partant de valeurs éloignées et la position acquise historiquement par les États-Unis, qu'il n'est pas aisé de remettre en cause. Il invite aussi à reconnaître les mérites de l'approche actuelle, qui a permis jusqu'ici un développement très rapide d'internet. Pour autant, ces arguments ne remettent pas en cause la nécessité pour les pouvoirs publics nationaux, ou l'Union européenne lorsqu'elle est compétente, d'intervenir afin de défendre les intérêts publics dont ils ont la charge, en adaptant leurs modalités d'intervention aux spécificités d'internet, y compris par la voie du droit dur. C'est ce qu'ils font déjà en matière de lutte contre la cybercriminalité, de protection des données personnelles où l'action coordonnée des autorités administratives indépendantes européennes réunies au sein du « G29 » permet d'agir plus efficacement face à des acteurs transnationaux, ou encore de fiscalité où la réflexion se développe désormais sur la taxation de la valeur créée par la commercialisation des données personnelles[271]. Si internet pose des questions spécifiques sur les modalités de l'action publique, il n'en soulève pas sur sa légitimité.

---

charte dite « de 1918 » sur l'éthique professionnelle des journalistes ou la charte européenne des devoirs et des droits des journalistes de 1971, dite de Munich, aucune instance n'est chargée d'en assurer le respect.

269. Arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 17488/90 du 27 mars 1996 ; plus récemment arrêt *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. c. Pays-Bas* n° 39315/06 du 22 novembre 2012.

270. *The Leveson Inquiry, An Inquiry into the Culture, Practices and Ethics of the Press*, novembre 2012.

271. N. Colin et P. Collin, Rapport au ministre de l'économie et des finances, au ministre du redressement productif, au ministre déléguée chargée des PME, de l'innovation et de l'économie numérique, *La fiscalité du secteur numérique*, janvier 2013, disponible à <http://www.economie.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique_2013.pdf >.

***

Pour procéder à une juste comparaison des mérites du droit dur et du droit souple, des considérations générales et hâtives ne peuvent suffire. Une analyse précise du domaine concerné et des rapports existant entre les acteurs est nécessaire. Cette deuxième partie a permis de saisir à quelles conditions le droit souple peut être efficace et légitime. C'est sur ce fondement que peut être proposée une doctrine de recours et d'emploi du droit souple.

Définir une doctrine de recours et d'emploi du droit souple

Le développement du droit souple est parfois regardé comme un symptôme de la dégradation de la norme et, ce faisant, de l'affaiblissement de l'État. Il peut au contraire, à condition de s'inscrire dans une doctrine de recours et d'emploi appropriée, contribuer au renouvellement de celui-ci, par un élargissement de la gamme des moyens d'action des pouvoirs publics, par une meilleure maîtrise des conditions d'effectivité de la norme et par une relation réfléchie à l'action normative des acteurs privés.

La définition d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple rencontre l'obligation de recherche d'alternatives à la réglementation énoncée par la loi organique du 15 avril 2009 : son article 8 dispose que les études d'impact des projets de loi « *recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles* ». En dépit de cette invitation, les alternatives à la réglementation sont rarement envisagées. Il est significatif que la notion même d'alternative à la réglementation soit peu usitée en France et n'ait pas connu la même faveur que celle de modes alternatifs de règlement des différends. Entre l'adoption d'une nouvelle règle de droit et l'inaction, il existe un vaste espace que la présente étude illustre abondamment, où l'on trouve les standards d'application facultative, les lignes directrices auxquelles il est possible de déroger en raison de circonstances particulières ou encore les recommandations suivies de rapports sur leur mise en œuvre. Les pouvoirs publics disposent d'autres manières d'agir sur leur environnement et d'orienter les comportements que la production de règles de droit dur ; qui plus est, ces autres modes d'action peuvent parfois être plus efficaces. Définir une doctrine d'emploi du droit souple, c'est aider les pouvoirs publics à en prendre conscience et à développer ainsi leur agilité normative.

Le droit dur n'a pas à craindre cette émulation. L'ignorance des alternatives à la réglementation n'est en effet pas propice à un bon usage de cette dernière. Parce que l'État croit n'avoir pas d'autre possibilité d'action que l'adoption d'une loi ou d'un décret, il y recourt sans toujours se soucier suffisamment de leur effectivité.

L'affaiblissement des capacités opérationnelles et financières de l'État, du fait de la décentralisation et de l'effort de maîtrise des dépenses publiques, a pu à certains égards aggraver cette tendance en entraînant un « surinvestissement » de ce qui peut passer pour le seul levier restant à sa disposition. S'il s'impose d'envisager pour tout sujet les deux branches de l'alternative entre droit dur et droit souple, l'État sera au contraire conduit à mettre en balance leur efficacité respective. Le développement d'un recours réfléchi au droit souple peut ainsi être le ferment d'une attention plus grande à l'effectivité, laquelle sera bénéfique à l'exercice de la réglementation classique.

La formulation d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple permettrait également de penser la relation des pouvoirs publics à l'activité normative des personnes privées. Elle doit permettre le développement d'une attitude qui ne relève ni du refus ni de l'insouciance. Le refus ne serait ni fondé, parce que la formulation de recommandations par les personnes privées relève de leur liberté d'expression (cf. *supra* 2.3.4), ni réaliste en raison de l'ampleur du phénomène et de l'impossibilité pour les personnes publiques de prétendre y mettre fin. L'insouciance serait dangereuse car le droit souple des personnes privées, lorsqu'il est influent, est susceptible de mettre en cause les intérêts publics. Pour les pouvoirs publics, l'attitude appropriée est une posture de veille, qui ne remette pas en cause *a priori* l'action normative des personnes privées mais se montre attentive à ses effets, notamment pour les tiers. Cette veille peut donner lieu, si besoin, à la promotion d'exigences de transparence et de bonne implication des parties prenantes dans le droit souple élaboré par les acteurs privés, voire entraîner l'intervention publique si l'autorégulation s'avère défaillante.

Proposer une doctrine de recours et d'emploi du droit souple, ce n'est en rien promouvoir un développement irréfléchi de ce dernier. C'est au contraire donner des instruments pour l'éviter. Ce n'est pas, en particulier, instiller la confusion avec le droit dur. Le droit souple partage avec le droit dur l'appartenance au droit (cf. *supra* 1.3.1) et il existe entre eux un continuum, au sein d'une échelle de normativité graduée. Pour autant, ce n'est pas parce qu'il existe entre le blanc et le noir plusieurs nuances de gris que le blanc et le noir sont identiques. Comme le Conseil d'État l'a écrit dans ses rapports publics de 1991 et de 2006 sur la sécurité juridique, il n'est pas souhaitable de voir se développer, dans les instruments de droit dur que sont les lois et les décrets, des énoncés qui relèvent en réalité du droit souple et ne sont pas normatifs au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Le droit dur a une fonction propre de commandement, qui est de permettre, de défendre ou d'ordonner, selon la formule de Portalis ; le droit souple, qui a une fonction différente d'inspiration et d'orientation, doit figurer dans des instruments distincts qui ne laissent pas de place à l'incertitude sur leur portée juridique.

Il ne saurait être question de privilégier un droit souple qui aurait vocation à reléguer le droit dur au rang de technique juridique désuète. Il est clair que le droit dur est le seul à pouvoir définir les garanties des libertés fondamentales, établir l'impôt, instaurer les droits sociaux ou assurer la répression des comportements que la société estime nécessaire de punir. Dans de telles matières, le droit souple ne peut jouer qu'un rôle auxiliaire, afin d'accompagner la mise en œuvre du droit

dur ou de promouvoir des comportements allant au-delà des exigences légales. Le rôle du droit dur produit par la puissance publique reste spécifique et indispensable pour assurer la légitimité démocratique, la protection des libertés, et la mise en œuvre de sanctions contraignantes. Plus largement, les matières que l'article 34 de la Constitution a confiées au législateur ne peuvent être déléguées par lui à une autre autorité ; la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui interdit des renvois trop larges au pouvoir réglementaire, s'oppose de même à ce qu'une place trop importante soit laissée au droit souple. Une doctrine de recours et d'emploi du droit souple comporte nécessairement l'énoncé de limites au rôle de ce dernier.

Elle doit également parer à ses excès quantitatifs. La facilité d'élaboration du droit souple peut devenir un inconvénient si elle conduit à une production surabondante. Plus encore que le droit dur, le droit souple peut être bavard, voire verbeux. Il n'est pas rare de voir, dans divers domaines, des « schémas » longs de plusieurs centaines de pages. Parce que les autorités en mesure de le produire sont plus nombreuses que pour le droit dur, le risque d'inflation normative liée au droit souple est démultiplié. Certes, il est plus facile d'ignorer le droit souple, puisque son application est volontaire. La prolifération de ses instruments n'est cependant pas sans conséquences négatives : elle peut dans certains domaines donner lieu à l'engagement de la responsabilité des acteurs concernés (une norme technique, par exemple, peut servir à apprécier les exigences de l'état de l'art), elle est consommatrice de ressources pour les personnes impliquées dans son élaboration ou sa mise en œuvre, et compromet *in fine* l'efficacité du droit souple. La doctrine d'emploi doit en promouvoir un usage raisonné.

C'est à ces conditions que le droit souple pourra répondre aux préoccupations contemporaines de lutte contre l'inflation normative et de simplification. Si celles-ci ne sont pas nouvelles, elles semblent avoir pris au cours des dernières années une plus grande ampleur et intéresser bien d'autres acteurs que les institutions juridictionnelles qui s'en étaient les premières émues : les entreprises et les collectivités territoriales, notamment, font aujourd'hui l'objet d'une attention particulière. L'inflation normative est dénoncée comme un obstacle à la compétitivité des entreprises (et qualifiée à cet égard « *d'impôt-papier* »), une charge insoutenable pour les collectivités au moment où leurs ressources se réduisent et une entrave à la construction des logements ainsi qu'à la réalisation des projets d'aménagement et d'équipement.

Le rapport d'une « mission de lutte contre l'inflation normative », confié à MM. Alain Lambert et Jean-Claude Boulard, a pu parler de « *délire normatif* »[272]. Bien utilisé, le droit souple peut être l'un des leviers d'un recentrage du droit dur sur ce qui doit vraiment relever de lui. Faire en sorte que le droit souple contribue au mieux à la politique de simplification engagée par le Gouvernement, telle est une des ambitions de cette doctrine de recours et d'emploi.

Le premier élément de cette doctrine, qui fait l'objet de la première sous-partie, est une grille de critères permettant de guider le choix de recourir ou non au droit souple. Celle-ci vaut tant pour le droit souple produit par les pouvoirs publics que pour celui émanant des personnes privées. Les trois sous-parties qui suivent ont

272. A. Lambert et J.-C. Boulard, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, mars 2013.

trait au droit souple public et proposent d'en développer de nouveaux usages, d'en organiser les modalités d'utilisation et de réexaminer les conditions de son contrôle par le juge administratif. Enfin, une dernière sous-partie définit le rôle de veille et d'influence que devraient exercer les pouvoirs publics à l'égard du droit souple privé.

Les recommandations formulées à l'égard du droit souple public et du droit souple privé ne sont pas de même nature. Les premières s'adressent directement aux pouvoirs publics et ont pour objet de leur proposer une ligne de conduite sur le recours au droit souple. Les secondes ne visent pas à inscrire les acteurs privés dans une unique ligne de conduite, ce qui serait illusoire et infondé car la production de droit souple par ces derniers relève de leur liberté d'association, d'expression ou d'entreprendre. Elles proposent une posture de veille et d'influence des pouvoirs publics à l'égard du droit souple privé.

3.1. Définir les critères de recours au droit souple

La définition des critères de recours au droit souple procède de l'analyse des conditions de son utilité, de son effectivité et de sa légitimité faite en deuxième partie. Compte tenu de la diversité des domaines concernés et des situations pouvant être rencontrées, il ne s'agit pas ici de définir des règles conduisant de manière mécanique à retenir ou à écarter le droit souple, mais de présenter un faisceau d'indices destiné à guider les décideurs publics.

Ces critères ont vocation, pour la plupart, à s'appliquer tant au droit souple émis par des acteurs publics qu'à celui émanant des personnes privées. Ils n'ont cependant pas les mêmes implications dans les deux situations. Dans la première situation, les pouvoirs publics sont en position de décider du recours au droit souple, et les critères ont pour objet de guider ce choix. Dans la seconde, le droit souple émis par les acteurs privés existe, et les critères ont alors pour but de permettre aux personnes publiques d'orienter leur action de veille (cf. 3.3) ; si le faisceau d'indices conduit à déconseiller le recours au droit souple, une vigilance accrue à l'égard de ses risques sera alors nécessaire.

L'opportunité du recours au droit souple doit être examinée au vu des trois grandes questions de l'utilité, de l'effectivité et de la légitimité. Chacune de ces questions peut donner lieu à un test dont les modalités sont exposées ci-après. Si la réponse à l'un de ces trois tests est négative, il convient d'écarter le recours au droit souple ou du moins de n'y recourir qu'après des investigations approfondies.

a) Le test d'utilité

Dès lors que l'élaboration d'une règle de droit apparaît nécessaire, le droit souple est susceptible d'être utile s'il remplit une ou plusieurs des quatre fonctions examinées en deuxième partie (cf. 2.1) :
- La fonction de substitut au droit dur, faute de pouvoir recourir à celui-ci : le

recours au droit dur n'apparaît pas possible pour des raisons juridiques ou parce que, dans la société internationale, l'assentiment des autres acteurs fait défaut.
- La fonction de préparation au droit dur, notamment face à des phénomènes émergents : le phénomène n'est pas encore suffisamment bien cerné pour faire l'objet d'une réglementation.
- La fonction d'accompagnement du droit dur dans sa mise en œuvre : le droit souple peut jouer un rôle de pédagogie, orienter l'action d'échelons déconcentrés tout en leur laissant un pouvoir de décision ou promouvoir au-delà d'un socle de règles obligatoires des objectifs plus exigeants.
- La fonction d'alternative pérenne au droit dur : le droit souple est envisagé comme instrument durable de régulation d'un domaine d'activité.

Il faut souligner que cette dernière fonction présente de plus grandes difficultés que les précédentes. On peut caractériser de manière objective l'existence d'un obstacle juridique, d'un défaut d'assentiment d'autres États, d'un phénomène émergent ou d'un rôle d'accompagnement de la mise en œuvre du droit dur. Il n'existe pas en revanche de critères généraux permettant de déterminer dans quels cas le droit souple devrait être une alternative pérenne. Le caractère souhaitable ou non de la pérennité fait d'ailleurs souvent l'objet de controverses de nature politique, qu'il n'appartient pas à cette étude de trancher. Tout au plus peut-on préconiser, lorsque le droit souple est envisagé comme une alternative pérenne, de prêter une attention particulière au respect des conditions d'effectivité et de légitimité.

b) Le test d'effectivité

Si le droit souple envisagé rentre dans l'une de ces quatre fonctions, il convient de comparer son effectivité potentielle à celle que l'on peut attendre du droit dur. Plusieurs critères sont à examiner pour conduire ce test d'effectivité :
- la probabilité d'une dynamique d'adhésion au droit souple par les acteurs concernés, au vu de sa capacité à devenir un standard de référence, de la légitimité de son auteur et de son processus d'élaboration, et des conséquences défavorables liées à sa méconnaissance ;
- *a contrario*, l'existence de fortes oppositions parmi ses destinataires ou d'un caractère défavorable à leurs intérêts, en particulier leurs intérêts financiers ;
- l'évaluation de ses résultats, lorsque le droit souple a déjà été utilisé dans le domaine concerné ;
- la difficulté d'assurer le contrôle du respect d'une règle de droit dur.

Les deux premiers critères ont trait à la nature du droit souple, droit d'application volontaire et qui ne peut donc être suivi d'effet que s'il suscite l'adhésion de ses destinataires. Comme il a été vu plus haut, la capacité à devenir un standard de référence ou l'éventualité de conséquences défavorables liées à sa méconnaissance (si le droit souple ne peut servir de fondement à une sanction, il peut parfois être pris en compte pour apprécier l'existence d'un comportement fautif ou donner lieu à des conséquences défavorables de nature non juridique, telle que la réprobation des pairs) sont de nature à créer une telle dynamique d'adhésion. À l'inverse, le consensus ne pourra se produire s'il est avéré qu'une part importante

des destinataires est opposée à la norme envisagée. Il convient également de se méfier des adhésions de façade, les acteurs concernés s'engageant à respecter la norme pour des raisons d'image ou pour éviter l'application d'une règle de droit dur, mais ne le faisant pas car celle-ci est contraire à leurs intérêts. Le troisième critère implique d'examiner les raisons d'un éventuel échec dans le passé ; celui-ci ne conduit pas nécessairement à l'abandon du recours au droit souple, mais peut amener à en revoir les modalités. Le dernier critère met en balance l'intérêt du droit souple avec l'avantage théorique du droit dur, qui est de pouvoir être contrôlé et sanctionné : il s'agit de se demander si les contrôles sont en pratique possibles pour la norme envisagée. Comme on le voit, les éléments intervenant dans ce test d'effectivité relèvent entièrement de considérations pragmatiques.

c) Le test de légitimité

Il en va différemment de la troisième question, qui est celle de la légitimité. À certains égards, la légitimité du droit souple dépend de ses conditions d'élaboration (cf. *supra* 2.3.2) ; celles-ci seront examinées plus loin car elles relèvent non du principe du recours au droit souple mais de ses modalités. En revanche, les critères suivants sont à examiner dès le choix de recourir ou non au droit souple :
- Lorsque le droit souple intervient en matière de libertés fondamentales, il convient de s'assurer qu'il ne met pas en cause les garanties de ces libertés et présente seulement un caractère auxiliaire.
- S'agissant du droit souple émis par des personnes publiques, leur compétence dans le domaine concerné.
- S'agissant du droit souple émis par des personnes privées, son influence potentiellement excessive sur la situation de tiers.

En matière de libertés fondamentales, le droit souple peut jouer un rôle, soit pour préciser la portée des instruments de droit dur qui les garantissent et en identifier les implications concrètes (par exemple, les principes directeurs définis par le Haut-commissariat aux réfugiés interprètent les notions utilisées par la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, ou les règles pénitentiaires européennes (RPE) définies par le Conseil de l'Europe et qui s'inspirent de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales), soit pour promouvoir de nouvelles protections allant au-delà de celles garanties par le droit dur, et qui pourront être ultérieurement reprises par celui-ci (le droit international en donne de nombreux exemples, le plus notoire étant celui de la Déclaration universelle des droits de l'homme, dont le contenu a été repris par les deux pactes des Nations unies du 16 décembre 1966 relatifs aux droits civiques et politiques, d'une part, et aux droits économiques, sociaux et culturels, d'autre part). Mais il ne peut s'agir que d'un rôle auxiliaire, le droit souple étant impuissant à assurer seul la protection d'une liberté fondamentale ; comme l'énoncent l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen sur la garantie des droits ou l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur le droit au recours effectif, cette protection implique de contraindre ceux qui pourraient menacer la liberté à la respecter, le titulaire de la liberté pouvant l'invoquer devant un juge.

Le caractère auxiliaire du droit souple en matière de libertés fondamentales implique également qu'il ne fixe pas de prescriptions restant en-deçà des règles de droit dur. Ainsi, il n'est pas souhaitable que des standards de RSE prévoient un niveau de protection inférieur à celui résultant des conventions de l'OIT en matière de droit du travail ou des conventions internationales applicables en matière d'environnement.

Proposition n° 1 : Analyser l'opportunité du recours au droit souple en fonction d'un faisceau de critères, organisé en trois « tests » cumulatifs : le test d'utilité, le test d'effectivité et le test de légitimité.

Pour conduire le test d'utilité, examiner si le droit souple envisagé remplit à l'égard du droit dur une fonction de substitution, de préparation, d'accompagnement ou d'alternative pérenne.

Pour conduire le test d'effectivité, prendre en compte les critères suivants :
- la probabilité d'une dynamique d'adhésion ou au contraire l'existence de fortes oppositions parmi les destinataires ;
- l'évaluation des résultats d'une utilisation antérieure ;
- les difficultés d'assurer le contrôle d'un instrument de droit dur.

Pour conduire le test de légitimité, vérifier si :
- le droit souple n'est susceptible, en aucun cas, de porter atteinte à une liberté ou un droit fondamental et, d'une manière générale, à des règles de droit international fixant des *minimas* indérogeables ;
- s'agissant du droit souple émis par des personnes publiques, l'auteur est compétent dans le domaine concerné ;
- s'agissant du droit souple émis par des personnes privées, il n'exerce pas une influence excessive sur la situation de tiers.

3.2. Développer de nouveaux usages du droit souple par les pouvoirs publics

L'application des critères de recours énoncés ci-dessus permet d'identifier de nouveaux usages du droit souple qu'il serait opportun de développer.

3.2.1. Promouvoir un renouveau des directives au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*

Il est d'usage de constater que les directives n'ont pas eu l'essor que pouvait laisser présager leur « invention » par la décision *Crédit foncier de France* (CE, Sect., 11 décembre 1970, n° 78880, Rec. p. 750). Si la jurisprudence en donne régulièrement des illustrations, dernièrement au sujet des statuts-types des fondations reconnues d'utilité publique (CE, 16 avril 2010, *Mme Postel-Vinay*, n° 305649, Rec. p. 111) et des changements de nom (CE, 19 mars 2010, *Garde des sceaux, ministre de la justice c/ consorts Mazier*, n° 320599, Rec. p. 603, 767),

ces apparitions sont « *épisodiques* »[273] et semblent concerner des domaines trop ponctuels pour attester d'un large recours par les administrations. S'appuyer sur ce concept pour promouvoir, en 2013, l'usage du droit souple par les pouvoirs publics, pourrait donc sembler incongru.

Les investigations conduites pour préparer cette étude, en particulier une enquête menée auprès des directions des affaires juridiques des ministères avec le concours du secrétariat général du Gouvernement, ont cependant révélé une autre réalité. Tout d'abord, la Commission européenne et un certain nombre d'autorités administratives indépendantes françaises intègrent pleinement cet instrument, sous d'autres appellations, dans leur action normative. L'équivalence entre les directives au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France* et les orientations que se donne la Commission, notamment en matière de concurrence, a été relevée par plusieurs auteurs[274]. En France, l'Autorité de la concurrence adopte des lignes directrices, par exemple en matière de contrôle des concentrations, ou des « *communiqués de procédure* », notamment sur le « *programme de clémence* » (c'est-à-dire du traitement favorable accordé aux entreprises qui dénoncent une entente), qui exposent la manière dont elle entend utiliser ses pouvoirs. L'Autorité de contrôle prudentiel procède de manière similaire.

En ce qui concerne les ministères, l'enquête a montré que nombre d'entre eux faisaient des directives sans employer le terme, ni même sans en avoir une claire conscience, « *à la manière de M. Jourdain* » selon l'expression employée par plusieurs directeurs. Les circulaires, dont on sait depuis les conclusions du commissaire du gouvernement Tricot sur la décision *Notre-Dame du Kreisker* (CE, Ass., 29 janvier 1954, n° 7134, Rec. p. 64) qu'elles sont un « *pavillon qui peut recouvrir toutes sortes de marchandises* », mélangent souvent le commentaire de dispositions législatives et réglementaires, des instructions impératives et des orientations ayant le caractère d'une directive. Des utilisations ont en particulier été mentionnées en matière de gestion du personnel et, concernant le droit du travail, d'application des dispositifs de pénalité financière sanctionnant la méconnaissance d'obligations de conclure des accords collectifs ou des plans d'action dans divers domaines (égalité entre les hommes et les femmes, prévention de la pénibilité, etc.). La jurisprudence corrobore ce constat d'utilisation non explicite de l'instrument des directives, cette qualification étant le plus souvent établie par le juge alors que l'instrument en cause ne se présentait pas comme tel.

Surtout, il apparaît que la directive répond à un besoin réel et croissant, celui de concilier l'attribution d'une certaine marge de manœuvre aux autorités chargées d'appliquer les règles de droit avec l'égalité de traitement. Elle est cohérente avec la déconcentration, car elle permet aux autorités déconcentrées d'adapter leur action aux particularités du territoire dont elles ont la responsabilité, tout en maintenant un pouvoir d'orientation de l'autorité centrale. En matière de fonction publique, elle permet aux gestionnaires de développer une politique de ressources humaines sans empiéter sur le domaine du statut.

273. Selon les *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16ème édition, p. 605.
274. Cf. les *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 18ème édition, p. 580, sous la décision *Crédit foncier de France*, et G. Isaac et M. Blanquet, *Droit communautaire général*, Sirey.

Il faut en revanche admettre que le terme de « *directive* », choisi en 1970 pour une raison assez contingente (il était employé dans le litige ayant donné lieu à la décision *Crédit foncier de France*), ne paraît guère approprié aujourd'hui. Dans le langage juridique contemporain, le terme évoque d'abord les directives de l'Union européenne, même si l'on en rencontre d'autres acceptions, notamment en matière d'urbanisme avec les directives territoriales d'aménagement et de développement durable. Cette homonymie est d'autant plus gênante que les directives de l'Union européenne sont des actes contraignants, qui s'imposent pleinement aux États à l'issue de leur délai de transposition. Dans le cadre d'un effort général de nomenclature du droit souple (cf. *infra* proposition n° 11), il est proposé de remplacer le terme de directive par ceux de « lignes directrices ». Ceux-ci permettent de comprendre plus aisément que l'objet de l'instrument est d'orienter et non de contraindre. De plus, s'ils sont également utilisés dans le contexte de l'Union européenne, c'est pour dénommer des instruments à la portée identique.

Le recours aux lignes directrices devrait être développé au service de quatre fonctions : la définition de critères et de priorités, notamment en matière d'attribution des aides, l'orientation d'échelons déconcentrés disposant d'un pouvoir d'appréciation, l'accompagnement d'un pouvoir de dérogation individuel à la règle de droit et la définition d'orientations en matière de gestion des agents publics. L'utilité des lignes directrices dans ces situations n'exclut pas d'ailleurs que d'autres instruments de droit souple puisse également présenter un intérêt.

Proposition n° 2 : Inciter les administrations à recourir, lorsque c'est approprié, aux directives au sens de la jurisprudence Crédit foncier de France, renommées « lignes directrices ».

Le recours aux lignes directrices pourrait notamment être développé pour remplir quatre fonctions :

- La définition de critères et de priorités, notamment en matière d'attribution des aides en matière économique, sociale ou environnementale ou de gestion des agents publics.
- L'orientation d'échelons déconcentrés disposant d'un pouvoir d'appréciation.
- L'accompagnement d'un pouvoir de dérogation individuel à la règle de droit, préalablement encadré par la loi ou le décret.
- La définition d'orientations en matière de gestion des agents publics.

a) L'attribution des aides en matière économique, sociale et environnementale

La définition de critères de décision et de priorités d'action est l'objet même des lignes directrices. Le but d'une règle de droit est que la prescription qu'elle fixe soit appliquée dans 100 % des cas, celui des lignes directrices est qu'elle soit suivie dans la grande majorité des cas mais écartée en cas de besoin, en faisant confiance à l'autorité d'application pour apprécier ce besoin. Une telle fonction peut s'avérer utile dans bien des domaines, en particulier pour l'attribution d'aides en matière économique, sociale ou environnementale ou pour la gestion des agents publics.

L'attribution des aides devait être le domaine d'élection de la directive ; la décision *Crédit foncier de France* a d'ailleurs été rendue au sujet d'aides financières à l'amélioration de l'habitat. Si tel n'a pas été le cas, c'est sans doute parce que le souci d'égalité a conduit à fixer entièrement les conditions d'attribution des aides dans des règles de droit insusceptibles de dérogation. Les aides à l'amélioration de l'habitat, par exemple, sont aujourd'hui encadrées de manière étroite par les délibérations de l'Agence nationale de l'habitat (ANAH). Il demeure cependant un certain nombre d'aides qui ne sont pas entièrement régies par les textes législatifs et réglementaires et qui pourraient donner lieu à un usage accru des lignes directrices :

- En matière économique, les aides aux entreprises comportant une part d'appréciation discrétionnaire, telles que certaines aides à la création d'entreprise, des aides du Fonds national de l'emploi ou les différents modes d'intervention de la Banque publique d'investissement (financement de l'innovation, garanties d'emprunt, prêts, investissement en fonds propres[275]). Comme le Fonds stratégique d'investissement dont elle a repris les missions, la BPI est d'ailleurs appelée à se doter d'une « *doctrine d'intervention* »[276], dont le projet présente bien les caractéristiques de lignes directrices : il s'agit d'orientations que la BPI se donne à elle-même, qui n'ont pas pour objet de la contraindre juridiquement mais de donner une lisibilité à son action. Le projet de doctrine prévoit par exemple que la BPI n'investit pas dans les entreprises en difficulté, sauf dans des cas exceptionnels.

- En matière sociale, les subventions aux opérateurs associatifs des politiques sociales, telles que les missions locales, les structures d'insertion par l'activité économique ou les structures d'hébergement des personnes sans-abris, ainsi que certaines aides aux personnes dont les conditions d'attribution ne sont pas fixées précisément par les textes législatifs et réglementaires, telle que l'aide personnalisée de retour à l'emploi (APRE) des bénéficiaires du RSA[277]. L'examen des circulaires relatives au pilotage de ces dispositifs montre que les administrations centrales semblent réticentes à aller au-delà de l'explication des dispositions légales et réglementaires et à fixer de véritables orientations politiques, comme si elles craignaient de ne pas en avoir le droit, alors que l'instrument des lignes directrices permet précisément de le faire sans s'exposer à une annulation pour incompétence. On peut également mentionner les modalités de cession de terrains de l'État avec décote pour la construction de logements sociaux, dont la loi du 18 janvier 2013 a accru les possibilités. Force est de constater que le décret d'application n° 2013-315 du 15 avril 2013 définit de manière détaillée les règles d'attribution et de calcul de la décote, en laissant une marge assez faible aux échelons déconcentrés ; des lignes directrices permettraient d'étendre ces marges de manœuvre sans perdre la cohérence d'une politique nationale.

275. Toutes ces formes d'intervention ne sont d'ailleurs pas des aides à proprement parlé, la BPI revendiquant en particulier pour ses investissements en fonds propres d'agir en « *investisseur avisé en économie de marché* », qualification qui permet d'écarter l'application du régime des aides d'État.

276. Son existence est prévue par la loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque publique d'investissement, qui dispose que le projet de doctrine est soumis aux commissions permanentes compétentes du Parlement un mois avant son adoption par le conseil d'administration. La présentation au Parlement a eu lieu le 15 mai 2013.

277. Prévue par l'article L. 5133-8 du code du travail, l'APRE a pour objet de prendre en charge les coûts de toute nature liés à la reprise d'un emploi (frais de transports, de garde d'enfant, etc.).

- En matière environnementale, les aides à l'adaptation des logements attribuées par l'ANAH ou à la gestion de l'eau attribuées par les agences de l'eau pourraient également faire l'objet de lignes directrices. Ceci permettrait par exemple que les plafonds de subventionnement par catégories d'opération puissent être dépassés dans des circonstances exceptionnelles.

L'usage des lignes directrices permettrait non seulement d'assouplir la gestion de dispositifs existants, mais aussi de concevoir de nouveaux types de dispositifs, moins encadrés par la réglementation et ainsi plus adaptables à la situation particulière de chaque individu ou de chaque entreprise. Toutefois, il va de soi que le recours à ces lignes directrices doit intervenir dans le respect de nos engagements européens.

b) L'orientation d'échelons déconcentrés disposant d'un pouvoir d'appréciation

Les lignes directrices sont un instrument approprié pour accompagner une déconcentration réelle, donnant de véritables marges de manœuvre aux échelons déconcentrés tout en maintenant une politique nationale. Trois illustrations en sont données ici, choisies dans trois domaines différents de l'action publique : le contrôle des licenciements collectifs, le pilotage des agences régionales de santé et le droit des étrangers.

- Dans le cadre de la loi sur la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) va être amené à contrôler les licenciements collectifs, par la validation des accords collectifs conclus par les partenaires sociaux dans les entreprises[278], ou à défaut de tels accords, par l'homologation du plan établi par l'employeur[279]. Il sera ainsi doté, notamment dans le cas de l'homologation, d'un pouvoir d'appréciation important sur le caractère suffisant des mesures de reclassement prévues par l'entreprise au regard de ses moyens et de ceux du groupe auquel elle appartient. L'exercice de ce pouvoir, inédit depuis l'abrogation de l'autorisation administrative de licenciement en 1986, sera délicat car chaque décision fera l'objet de fortes attentes non seulement de l'employeur et des salariés, mais aussi les acteurs locaux pour lesquels le licenciement collectif peut avoir un impact important. Des lignes directrices donnant des orientations sur la manière d'apprécier le caractère suffisant du plan de sauvegarde de l'emploi permettraient d'éclairer les DIRECCTE dans l'application de la loi et contribueraient à assurer l'homogénéité du traitement des restructurations d'entreprises sur le territoire. Elles paraissent d'autant plus nécessaires que les décisions des DIRECCTE ne pourront faire l'objet d'aucun recours hiérarchique auprès du ministre du travail[280].

- La loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires a créé, en même temps que les agences régionales de santé (ARS), un « *conseil national de pilotage* » de ces agences présidé par les ministres chargés de la santé et des personnes âgées et handicapées. Le conseil

278. Article L. 1233-57-2 du code du travail.
279. Article L. 1233-57-3.
280. Article L. 1235-7-1.

national de pilotage est habilité à adresser des instructions à caractère impératif aux ARS[281]. Cependant, il serait opportun qu'il fasse un usage plus parcimonieux de telles instructions et développe au contraire l'usage de lignes directrices, définissant les orientations nationales tout en ménageant une marge de décision plus importante. Cela contribuerait sans doute à répondre à certaines critiques formulées aujourd'hui, la Cour des comptes estimant que les ARS reçoivent trop d'instructions détaillées et que leur pilotage est insuffisamment stratégique[282].

- Enfin, il faut souligner l'intérêt de disposer de lignes directrices à l'attention des préfets en matière de droit des étrangers. Bien que leur cadre juridique ne soit pas identique, les domaines de l'admission au séjour des étrangers en situation irrégulière et de l'accès à la nationalité attestent de l'utilité de cet instrument, dont l'usage pourrait être encore développé.

L'administration ne dispose pas dans ces deux domaines de pouvoirs identiques. L'admission au séjour des étrangers en situation irrégulière relève de sa faculté de prendre en dehors de tout texte une mesure gracieuse favorable (Assemblée générale du Conseil d'État, avis du 22 août 1996) ; si ce pouvoir a été consacré par la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et l'intégration[283], celle-ci n'en a pas changé la nature et il s'agit toujours d'un pouvoir discrétionnaire[284]. À l'inverse, la décision de naturalisation est prise au vu du respect de conditions légales et notamment de la condition d'assimilation à la communauté française prévue par l'article 21-24 du code civil, les critères permettant d'apprécier cette assimilation (connaissance de la langue, de l'histoire, de la culture et de la société françaises, des droits et devoirs conférés par la nationalité française et adhésion aux principes et aux valeurs essentiels de la République). Cependant, dans les deux cas, le préfet dispose d'un pouvoir d'appréciation, qu'il est utile d'orienter par voie de lignes directrices pour assurer l'homogénéité du traitement des demandes.

---

281. Dans un avis du 2 août 2010, la section sociale du Conseil d'État a estimé que le législateur avait « *habilité les ministres compétents à adresser à celles-ci des instructions tendant à ce que soient prises les orientations dont ils leur confient la mise en œuvre, dès lors que ces instructions sont approuvées par le conseil national de pilotage* » et que « *par instruction, il [convenait] d'entendre, quels que soient les termes employés, les circulaires, directives, notes transmises aux agences, dès lors qu'elles ont un caractère impératif* ».

282. Cour des comptes, « La mise en place des agences régionales de santé », in *Rapport sur l'application de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2012*. Cf. dans le même sens, C. Courrèges et A. Lopez, « Les ARS un an après. L'espoir, l'ambition et les vicissitudes de l'action », *Droit social*, novembre 2011.

283. Il figure aujourd'hui à l'article L. 313-14 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA).

284. L'étranger dispose cependant d'un droit à un titre de séjour lorsque « *les liens personnels et familiaux en France, appréciés notamment au regard de leur intensité, de leur ancienneté et de leur stabilité, des conditions d'existence de l'intéressé, de son insertion dans la société française ainsi que de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine, sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs du refus* » (article L. 313-11 7° du CESEDA). Le juge exerce alors un contrôle de proportionnalité sur l'atteinte portée à la vie privée et familiale (CE, Ass., 19 avril 1991, *M. Belgacem et Mme Babas*, n° 107470 et 117680, Rec. p. 152), alors qu'il n'exerce qu'un contrôle de l'erreur manifeste sur les décisions de régularisation relevant du pouvoir discrétionnaire de l'administration (CE, 16 octobre 1998, *Mlle Aidara*, n° 147141, Rec p. 357).

De fait, les circulaires applicables dans ce domaine[285] ont à bien des égards les caractéristiques de lignes directrices. Ainsi, sans modifier les textes législatifs et réglementaires, la circulaire du 16 octobre 2012 a entendu définir des orientations moins restrictives dans leur mise en œuvre que celles définies par de précédentes instructions. Elle insiste notamment sur le fait que la condition d'insertion professionnelle ne peut être écartée au seul motif que l'intéressé n'est pas titulaire d'un CDI, et définit une « *présomption d'assimilation* » au profit des jeunes de moins de 25 ans résidant en France depuis au moins 10 ans et ayant suivi une scolarité continue d'au moins 5 ans. De même, la circulaire du 28 novembre 2012 sur la régularisation invite à « *prendre en compte une ancienneté de séjour de trois ans en France dès lors que l'intéressé pourra attester d'une activité professionnelle de vingt-quatre mois* ». La jurisprudence n'admet certes pas l'invocabilité de telles orientations en matière de régularisation (CE, 22 février 1999, *Epoux Useyin*, n° 197243, Rec. p. 582, 822), mais la fonction qu'elles remplissent est bien la même que celles des lignes directrices au sens de la décision *Crédit foncier de France* : elles définissent les critères à prendre en compte par les autorités compétentes, celles-ci pouvant cependant s'en écarter dans des cas particuliers.

L'existence de ce cadrage national apparaît indispensable pour préserver l'équité de traitement. En matière d'accès à la nationalité, cette utilité est d'autant plus grande que le décret n° 2010-725 du 29 juin 2010 a déconcentré au niveau des préfets les décisions d'irrecevabilité et de rejet, qui relevaient auparavant du ministre ; les lignes directrices permettent d'accompagner cette déconcentration. Des orientations analogues pourraient d'ailleurs être utilisées plus largement en matière de police, dans d'autres domaines que celui des étrangers.

c) L'accompagnement d'un pouvoir de dérogation ou d'adaptation de la règle de droit

Les propositions en faveur d'un principe d'adaptation de la réglementation nationale aux spécificités locales, notamment à la taille des collectivités territoriales, sont récurrentes[286]. Dès 2002, le rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation, présidé par M. Dieudonné Mandelkern, préconisait parmi les six principes directeurs de la simplification « *un principe d'équité et d'adaptation favorisant l'établissement de règles prévoyant elles-mêmes, lorsque l'application uniforme de leurs dispositions de détail s'avère inadaptée, de déroger, suivant des mécanismes encadrés, aux dispositions qu'elles édictent* ».

Un tel principe ne peut cependant être énoncé de manière trop large ou générale par la loi sans l'entacher d'incompétence négative. Par une décision n° 2011-639 DC du 28 juillet 2011, le Conseil constitutionnel a censuré une disposition législative qui confiait au pouvoir réglementaire le soin de fixer « *les conditions dans lesquelles des mesures de substitution peuvent être prises* » lorsque l'impossibilité technique

285. En dernier lieu, la circulaire du 16 octobre 2012 sur les procédures d'accès à la nationalité française et celle du 28 novembre 2012 sur les conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière.

286. Cf. notamment E. Doligé, *La simplification des normes applicables aux collectivités locales*, 2011 ; A. Lambert et J.-C. Boulard, *op. cit.* ; relevé de décisions du comité interministériel de modernisation de l'action publique du 2 avril 2013.

de satisfaire pleinement à l'exigence d'accessibilité des bâtiments aux personnes handicapées est avérée, au motif que la portée de ces dispositions n'était pas suffisamment claire. Saisi d'une proposition de loi du sénateur Eric Doligé relative à la simplification des normes applicables aux collectivités locales, le Conseil d'État en a tiré les conséquences en formulant un avis défavorable à son article 1er. Celui-ci donnait au représentant de l'État dans le département le pouvoir, en tout domaine, d'adapter les mesures réglementaires prises pour l'application des lois en cas d'impossibilité technique ou de conséquences manifestement disproportionnées au regard des objectifs poursuivis ainsi que des capacités financières des personnes assujetties. Dans son avis du 6 octobre 2011, le Conseil d'État a estimé que par son étendue, cette disposition contrevenait tant à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qu'à l'article 21 de la Constitution confiant le pouvoir réglementaire au Premier ministre et au principe d'égalité. Il est en revanche possible à la loi, selon les termes de l'avis, « *de prévoir des critères de dérogation individuelle aux mesures générales qu'elle fixe* », à condition de définir « *avec une précision suffisante, directement ou par renvoi encadré au décret d'application, les conditions auxquelles ces dérogations doivent répondre, et notamment la nature et l'objet des mesures de substitution qui peuvent être prises* ». La proposition de la mission de lutte contre l'inflation normative, selon laquelle chaque loi devrait prévoir qu'un « *décret en Conseil d'État pourra prendre des mesures d'adaptation de la présente loi sous réserve que celles-ci soient compatibles avec les objectifs poursuivis par la loi* », s'exposerait sans doute à la même difficulté.

Des lignes directrices ne peuvent se substituer à cet encadrement par le législateur, qui résulte d'exigences constitutionnelles. Elles peuvent en revanche utilement le compléter, en donnant au préfet ou aux autres autorités chargées de décider de la dérogation des orientations nationales renforçant l'équité de sa mise en œuvre. L'explicitation des critères d'octroi de la dérogation est également de nature à renforcer la sécurité juridique, tant des personnes susceptibles d'en bénéficier que de l'administration. Le Conseil d'État juge en effet, en se fondant sur le principe d'égalité, que l'administration est tenue, lorsqu'elle examine des demandes de dérogation, d'appliquer à tous les mêmes critères (CE, 10 juillet 1995, *Contremoulin*, n° 147212, Rec. p. 293, sur une demande de dérogation à la carte scolaire ; CE, 18 novembre 2011, *Ministre de la justice et des libertés c/ M. Rousseaux*, n° 344563, Rec. p. 573, sur des dérogations à la règle de non-versement des primes liées à l'exercice effectif des fonctions en cas de congé-maladie)[287]. Ces critères, lorsqu'ils ne sont pas explicités par des lignes directrices, peuvent être dégagés par le juge des précédentes décisions et ainsi opposés à l'administration. Selon la formule de la rapporteure publique Gaëlle Dumortier, « *tout se passe un peu comme si chaque décision individuelle, dans les critères qu'elle fait apparaître, dévoilait une partie d'une directive implicite qui se dessinerait par effet de cliquet, faisant renaître une norme générale là où il n'y en avait pas* »[288]. Il est donc dans l'intérêt de tous que les critères de dérogation soient rendus explicites par des lignes directrices.

287. Cela ne lui interdit pas de modifier ces critères (CE, Sect., 30 décembre 2010, *Ministre du logement et de la ville*, n° 308067, Rec. p. 533), mais les nouveaux critères doivent alors être appliqués à toutes les demandes. L'administration ne peut pas modifier ses critères de décision à l'occasion de chaque demande.

288. Conclusions sur la décision *Ministre du logement et de la ville* précitée.

d) La gestion des agents publics.

Plusieurs directions d'administration centrale ont indiqué, dans le cadre de l'enquête précitée, faire usage de circulaires ou de notes de service définissant des critères à prendre en compte dans les décisions ayant trait à la gestion des agents publics, sans fixer pour autant de nouvelles règles de droit. L'intérêt de telles pratiques est avéré : selon la formule du commissaire du gouvernement David Kessler, employée au sujet des mutations mais qui pourrait valoir pour d'autres types de décision « *la prise en compte de chaque cas individuel par l'administration est imposée par les textes; elle est en outre souhaitable; elle n'est matériellement possible que si l'administration se donne en fonction des circonstances -nombre de candidats pour une mutation par exemple, nombre de postes à pourvoir – des critères qui lui permettent d'agir relativement rapidement* »[289].

La jurisprudence a cependant fixé des limites au développement de ces pratiques. Le domaine statutaire, qui relève exclusivement du décret en Conseil d'État, est largement entendu : il couvre aussi bien les modalités, de recrutement, de notation et d'avancement que les mutations, les règles relatives aux positions (détachement, disponibilité, etc.) et les indemnités[290]. En outre, la jurisprudence *Crédit foncier de France* n'a à ce jour jamais été appliquée en matière de fonction publique dans les mêmes termes que dans les autres domaines. D'une part, l'invocabilité par le requérant des critères retenus par l'administration dans l'exercice de son pouvoir de décision, qui constitue l'un des principaux apports de la décision *Crédit foncier de France*, a été écartée par la décision *Canonne* du 16 octobre 1976 (n° 90327, Rec. p. 717, 933, 962). D'autre part, la possibilité même pour l'administration de se donner à elle-même des orientations fait l'objet d'une jurisprudence contrastée. La décision *Si Moussa* de la section du contentieux (4 novembre 1977, n° 97977, Rec. p. 417) a annulé pour incompétence, comme présentant un caractère réglementaire, des circulaires du ministre des affaires étrangères prévoyant que la durée des fonctions d'un enseignant à l'étranger ne pouvait en principe dépasser six ans, alors que ces circulaires prévoyaient la possibilité de dérogations accordées par le ministre et maintenaient ainsi son pouvoir de décision individuelle. Il résulte de cette décision que le caractère réglementaire est entendu plus largement en matière de fonction publique que dans les autres domaines, puisque l'existence d'une possibilité de dérogation à la règle fixée ne permet pas de l'écarter. Toutefois, la décision *Si Moussa* n'a pas privé les ministres et les autres chefs de service de toute possibilité de se donner des orientations générales. Celles regardées comme ne comportant que des indications ont été jugées insusceptibles de recours : cela a notamment été le cas du « barème » des mutations défini par le ministre de l'éducation nationale (CE, 5 juin 1989, *Syndicat national de l'enseignement de l'éducation physique*, mentionnée aux tables du recueil Lebon, n° 96030, Rec. p. 434, 715, 741, 747) et d'une circulaire du même ministre prévoyant que les demandes de détachement des personnels d'administration centrale dans les

289. Conclusions sur la décision CE, 1er mars 1993, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*, n° 66141, Rec. p. 554, 560, 576, 808, 809, 842.

290. Cf. les considérations générales du rapport public du Conseil d'État de 2003, *Perspectives pour la fonction publique*, p. 268 et les conclusions de Rémy Schwartz sur CE, 17 mai 2000, *Société des agrégés de l'université*, n° 188993, Rec. p. 786, 1018.

services déconcentrés ne pouvaient être acceptées avant une ancienneté minimale de trois ans, sauf raison familiale ou médicale grave (CE, 26 mai 1989, *Mme Marabuto*, mentionnée aux tables du recueil Lebon, n° 23550, Rec. p. 434, 712, 741) ; une telle prescription était pourtant très proche de celle qui avait donné lieu à une annulation dans la décision *Si Moussa*, puisqu'elle fixait une règle assortie d'exceptions. Sur le fond, la décision de sous-sections réunies *M. Simon Roth*, inédite au recueil Lebon, a jugé que le chef de service pouvait « *dans le respect des dispositions statutaires et des principes généraux du droit de la fonction publique, et notamment du principe d'égalité, déterminer les modalités selon lesquelles sont examinées les demandes de mutation géographique des agents (…)* » (CE, 16 juin 2000, n° 143038).

La décision *Duvignères* (CE, Sect., 18 décembre 2002, n° 233618, p. 463), qui a modifié le critère de la recevabilité des recours contre les circulaires, en l'étendant aux circulaires non réglementaires mais impératives, n'a pas été sans conséquences sur l'appréhension par le contentieux des orientations prises par le ministre dans l'exercice de leur pouvoir de gestion des agents publics. Certes, comme dans l'état antérieur de la jurisprudence, des orientations ne présentant qu'un caractère indicatif ne sont pas jugées susceptibles de recours. Cependant, la jurisprudence *Duvignères* semble avoir donné lieu à une appréciation plus stricte du caractère purement indicatif. Le « barème » des mutations du ministère de l'éducation nationale l'illustre avec acuité : il a été jugé susceptible de recours, car présentant un caractère impératif de par sa précision, d'abord par une décision du 25 janvier 2006 (*Syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur et autres*, mentionnée aux tables, n° 275857, Rec. p. 888), puis de manière constante et répétée[291]. Ce changement d'appréciation sur la nature du barème ne semble pas lié à une modification des circonstances de fait ; dès 2000, son caractère indicatif était qualifié de « *fiction juridique* » par le commissaire du gouvernement Rémy Schwartz, qui estimait que « *le barème revêt en réalité pour l'administration de l'éducation nationale un caractère impératif* »[292]. La mise en œuvre presque automatique du barème étant attestée par de nombreuses analyses[293], l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État l'a rapprochée de la réalité. N'étant plus désormais protégé par l'irrecevabilité des recours dirigés contre lui, le barème a été annulé pour les rentrées scolaires 2005, 2008, 2009, 2010 et 2011[294], toujours au motif qu'en prévoyant d'autres critères de priorité, notamment celui de l'ancienneté, que ceux prévus par l'article 60 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État[295], le ministre a procédé à un ajout illégal à ces dispositions.

L'état de la jurisprudence laisse ainsi plusieurs questions en suspens. La limite de ce qu'un chef de service peut faire en termes de fixation de critères, en d'autres termes

291. Cf. les décisions n[os] 312088, 323944, 335130 et 345018.

292. Conclusions sur la décision *Société des agrégés de l'université* précitée.

293. Cf. notamment Cour des comptes, Rapport public thématique, *Gérer les enseignants autrement*, mai 2013 et médiateur de l'éducation nationale et de l'enseignement supérieur, Rapport annuel 2010, qu'elle cite.

294. Série de décisions précitées dans la note n° 291.

295. Qui sont le rapprochement avec le conjoint ou le partenaire dans le cadre d'un PACS, le handicap et l'exercice dans un quartier difficile.

la frontière qui sépare les simples indications de l'ajout illégal aux dispositions réglementaires, n'est pas aisée à déterminer. On peut aussi se demander si les mêmes principes sont applicables à toutes les décisions relatives à la gestion des agents publics, ou s'il y a lieu de distinguer entre celles qui touchent au grade (avancement, accès à un corps) et celles qui concernent les emplois (mutations). Il semble que les orientations intervenant en matière d'accès à un corps ou à un grade soient plus souvent annulées que celles prises concernant les mutations[296] ; l'annulation des orientations prises dans le premier domaine n'est cependant pas systématique[297].

L'application pleine et entière de la jurisprudence *Crédit foncier de France* en matière de fonction publique présenterait plusieurs avantages. Elle renforcerait la sécurité juridique des administrations, les limites de ce que cette jurisprudence permet de faire étant bien établies : dès lors que les administrations de gestion ne fixent pas de condition nouvelle et continuent à procéder à un examen individuel de chaque demande, elle peut fixer les critères à prendre en compte dans sa décision. Elle permettrait aux requérants d'invoquer le bénéfice de ces critères, l'administration devant justifier une décision différente par des circonstances particulières ou un motif d'intérêt général ; elle renforcerait ainsi le sentiment d'équité des agents publics, qui s'attendent à ce que les critères annoncés ne soient pas arbitrairement écartés. Un risque doit cependant être prévenu, celui de la « *dérive coutumière* » pointée par le Conseil d'État dans son rapport public de 2003 sur la fonction publique : les lignes directrices doivent être utilisées, conformément à la jurisprudence *Crédit foncier de France*, pour orienter les décisions de gestion tout en maintenant de la souplesse dans l'appréciation individuelle, et non comme un moyen de rajouter des règles appliquées en pratique de manière uniforme et rigide, dans un système qui en comporte déjà beaucoup.

En tout état de cause, la jurisprudence définie en 1977 peut aujourd'hui être réexaminée, afin d'apporter une réponse plus affirmée à ces questions. Une autre voie serait de consacrer par une évolution du cadre normatif la possibilité pour les chefs de service de définir par des lignes directrices, sans renoncer à leur pouvoir d'appréciation, les orientations générales qu'ils retiennent concernant la gestion des agents publics. Cette évolution affectant le champ de la notion de « statut particulier », dont la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État réserve la définition au décret en Conseil d'État, elle nécessiterait certainement une disposition législative.

Si cette dernière voie était retenue, le même texte pourrait instaurer une obligation de consultation préalable du comité technique concerné. Aujourd'hui, dès lors qu'une circulaire n'ajoute pas aux règles statutaires (ce qui serait illégal), elle n'a pas à être soumise au comité technique (CE, 14 octobre 2011, *Syndicat national des enseignants du second degré*, n° 343396). Compte tenu de l'importance pratique

296. La jurisprudence est interprétée comme telle par plusieurs commissaires du gouvernement : cf. les conclusions précitées de Rémy Schwartz et celles d'Anne Roul sur CE, 28 avril 2004, *Syndicat des agrégés de l'enseignement supérieur et M. Roynard*, n° 240565, 240566 et 252526, Inédit au Rec., < *ArianeWeb* >.

297. Cf. les décisions de sous-sections réunies CE, 10 juillet 1992, *Lussiaud*, n° 83213 et CE, 20 juin 1999, *Ministre de l'éducation nationale c/ Mme Canarelli*, n° 185345, inédites au Rec, < *ArianeWeb* >.

souvent considérable de ces instructions, comme en témoigne l'exemple du barème des mutations au ministère de l'éducation nationale), une telle consultation serait pourtant opportune.

Proposition n° 3 : Consacrer, par une évolution de la jurisprudence ou l'adoption d'une disposition législative, la possibilité pour les chefs de service de définir par des lignes directrices, sans renoncer à leur pouvoir d'appréciation, les orientations générales qu'ils retiennent concernant la gestion des fonctionnaires et agents publics.

3.2.2. Favoriser la substitution du droit souple aux dispositions réglementaires inutilement détaillées

Les modalités du recentrage du droit dur

Depuis le rapport annuel du Conseil d'État de 1991 *De la sécurité juridique*, les critiques concernant le caractère trop détaillé des dispositions législatives et réglementaires, le « *droit bavard* », sont récurrentes et ont été formulées en dernier lieu par le rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative conduite par MM. Alain Lambert et Jean-Claude Boulard. Le droit souple peut contribuer à enrayer cette tendance s'il permet de recentrer le droit dur sur les dispositions qui doivent vraiment relever de lui.

Une législation ou une réglementation peuvent en effet être brèves (sous réserve, pour le législateur de ne pas commettre d'incompétence négative et d'épuise la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution) et s'en tenir à l'énoncé de principes généraux que l'autorité publique chargée de leur mise en œuvre explicitera, par la voie de recommandations ou de lignes directrices. Une telle configuration s'observe en matière de concurrence, tant en droit de l'Union européenne qu'en droit français, ou de protection des données personnelles : les textes de base n'énoncent que quelques principes fondamentaux (interdiction des ententes et des abus de position dominante pour la concurrence, nécessité, proportionnalité et loyauté pour la protection des données) et ce sont les autorités chargées de les mettre en œuvre (Commission européenne, Autorité de la concurrence et CNIL) qui en précisent la portée dans le cadre d'instruments de droit souple. Le droit souple se substitue largement dans ces exemples à l'exercice du pouvoir réglementaire : comme lui, il précise comment il faut entendre les principes énoncés par le législateur, mais de manière adaptable aux circonstances particulières de chaque cas d'espèce, alors que les dispositions réglementaires ne sont pas susceptibles de dérogation.

Cette utilisation du droit souple pour mettre en œuvre un droit dur recentré présente potentiellement d'importants avantages. Il peut non seulement diminuer le volume des textes mais aussi accroître leur stabilité : dans les exemples précités, les textes fondamentaux en cause – la loi du 6 janvier 1978 relative à

l'informatique, aux fichiers et aux libertés et les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce – ont été très peu modifiés depuis leur création et ce sont les lignes directrices qui évoluent pour s'adapter aux changements de contexte économique ou aux avancées de la technologie. Il ouvre également une plus grande place à l'innovation : il n'existe pas forcément une seule manière de satisfaire à des exigences essentielles, et le pouvoir réglementaire peut ne pas avoir songé à certaines situations. Le renvoi à des instruments de droit souple peut enfin favoriser une meilleure appropriation par les acteurs concernés, le droit souple pouvant être rédigé en termes plus pédagogiques.

Il peut même être envisagé que dans certains domaines, le droit dur renvoie explicitement au droit souple pour assurer sa mise en œuvre. Selon le schéma des directives « nouvelle approche » de l'Union européenne, le droit dur pourrait se borner à définir des « *exigences essentielles* », leur contenu étant précisé par des normes techniques ; celles-ci permettraient de présumer le respect de la règle de droit dur, mais les destinataires de la réglementation peuvent se conformer à la norme technique mais aussi prouver qu'ils respectent la réglementation par d'autres moyens. Cette méthode, mise en œuvre depuis près de trente ans, a montré que le renvoi au droit souple ne signifie pas une diminution des exigences de sécurité : des directives « nouvelle approche » ont été édictées dans des domaines sensibles pour la sécurité humaine (machines, appareils électroménagers, jouets, matériaux de construction, etc.) sans que ce choix ne donne lieu à des controverses[298].

Ces techniques de recentrage du droit dur peuvent intéresser notamment les collectivités territoriales. L'utilisation du droit souple permet en effet, tout en maintenant les exigences principales s'imposant à ces collectivités, de leur donner plus de marges de manœuvre dans leur application. Si une règle de droit est mise en œuvre par des lignes directrices, une collectivité territoriale pourra invoquer des circonstances particulières pour les écarter et proposer à l'administration chargée de mettre en œuvre la réglementation, ce qui ne serait pas possible en présence de dispositions réglementaires détaillées.

L'étude d'impact prévue par la loi organique du 15 avril 2009 pour les projets de loi et par plusieurs circulaires du Premier ministre pour les projets de décret concernant les collectivités territoriales, les entreprises ou la création d'agences[299], est le bon outil pour définir le bon degré de précision des normes législatives et réglementaires et envisager la place occupée par le droit souple.

298. Il faut signaler en revanche les controverses entourant l'application de la « nouvelle approche » aux dispositifs médicaux, le scandale des prothèses mammaires ayant provoqué certaines prises de position, notamment du Parlement européen, en faveur du passage à un système analogue à celui des médicaments pour les dispositifs les plus sensibles. Le point en cause n'est cependant pas le renvoi à des normes techniques, d'ailleurs limité en la matière, mais l'absence d'autorisation préalable de mise sur le marché.

299. Circulaires du 22 septembre 2008 relative à la mise en place de la commission consultative d'évaluation des normes, du 6 juillet 2010 relative au moratoire applicable à l'application de mesures réglementaires concernant les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, du 17 février 2011 relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales et du 9 avril 2013 relative au recours à la formule de l'agence.

Exemples de domaines d'application

Il serait donc pertinent de développer, lorsque les critères de la doctrine de recours (cf. *supra* 3.1) le justifient[300], la rédaction de textes législatifs et réglementaires recentrés sur les exigences essentielles et renvoyant pour leur mise en œuvre, implicitement ou explicitement, à des instruments de droit souple. Trois exemples peuvent être donnés, qui intéressent notamment les collectivités territoriales.

Un premier exemple concerne la réglementation des établissements et services sociaux et médico-sociaux. On peut en effet se demander s'il est nécessaire qu'un décret prévoie que dans les établissements pour enfants handicapés, l'écart entre chaque lit soit d'au moins 1,5 mètres[301], dispose que dans les établissements d'hébergement des personnes âgées dépendantes, le temps de présence du médecin coordonnateur soit d'au moins 0,4 ETP pour les établissements comprenant entre 45 et 59 places[302], ou vienne réglementer l'espacement entre les barreaux des parois latérales des lits-parcs dans les pouponnières à caractère social[303]. Le décret pourrait se borner à fixer des exigences essentielles tenant à la santé, à la sécurité et au bien-être des personnes accueillies. Une norme technique développerait les modalités de mise en œuvre de ces exigences, les établissements pouvant s'y conformer ou prouver leur respect des exigences essentielles par d'autres moyens.

D'autres exemples de réglementations inutilement contraignantes peuvent être mentionnés, relatifs aux usages des voies publiques. On peut se demander s'il est indispensable de fixer une largeur minimale des pistes cyclables pour que celles-ci puissent être tracées, ce qui conduit bien souvent à ne pas en créer et réduit ainsi la protection accordées aux cyclistes. Ce type de normes pourrait être remplacé par un objectif de respect d'une largeur permettant aux cyclistes de circuler de manière sûre et confortable, tout en tolérant des espaces plus étroits dans les parties de rues dont la largeur ne permet pas le respect de la même règle. De même, la réglementation impose aujourd'hui que la largeur des trottoirs soit toujours d'au moins 1,40 m en tout point de la rue, ce qui dissuade certaines collectivités d'entreprendre des travaux pour ne pas être en infraction sur tel ou tel point de la rue dans laquelle cet objectif n'est pas atteignable en l'état. Là encore, l'obligation pourrait être énoncée en termes d'objectifs plutôt que d'une règle insusceptible de dérogations. Ces objectifs seraient assortis de recommandations de bonnes pratiques (cf. proposition suivante).

Proposition n° 4 : Favoriser la rédaction de textes législatifs et réglementaires plus brefs en :

- ménageant la possibilité pour les autorités chargées de leur application de préciser leur portée par voie de lignes directrices ou de recommandations ;
- renvoyant explicitement au droit souple, par exemple à des normes techniques, le soin d'assurer leur mise en œuvre.

300. Il convient par ailleurs de s'assurer que le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à un tel renvoi. Certaines directives de l'Union européenne très détaillées peuvent imposer aux États de transposer l'ensemble de leur contenu par des dispositions contraignantes dans leur droit interne.
301. Article D. 312-91 du code de l'action sociale et des familles.
302. Article D. 312-156.
303. Article D. 312-128.

3.2.3. Alléger la réglementation s'imposant aux collectivités territoriales en y substituant des recommandations de bonnes pratiques élaborées avec elles ou par elles

Le développement du droit souple dans les domaines de compétences des collectivités territoriales permettrait de remédier à un double problème. Tout d'abord, la définition de normes législatives ou réglementaires encadrant l'exercice des compétences décentralisées est aujourd'hui, en règle générale, mal acceptée par les collectivités, et ce d'autant plus que leurs marges de manœuvre financières se restreignent. La loi est nécessaire pour définir des choix de société, tels que l'obligation de respecter une proportion minimale de logements sociaux ou d'assurer l'accessibilité des transports publics et de la voirie. En revanche, on peut s'interroger sur l'utilité de dispositions à caractère plus technique, définissant de manière précise la manière dont une compétence doit être exercée. Ainsi, le code de la santé publique impose aux départements, en matière de protection maternelle et infantile (PMI), des normes quantitatives sur le niveau d'offre[304]. Autre exemple, un décret n° 2012-294 du 1er mars 2012 est venu préciser que le président du conseil général devait décider de l'orientation des bénéficiaires du RSA (c'est-à-dire de l'organisme auquel est confié leur accompagnement social ou professionnel) dans les deux mois suivant leur inscription administrative. De telles dispositions répondent à des intentions louables, mais l'on peut douter de leur effectivité ; s'agissant de la PMI, un rapport de l'IGAS a constaté leur faible influence sur les pratiques des départements[305].

La seconde difficulté tient à la faiblesse du repérage organisé des bonnes pratiques et de leur diffusion dans les domaines décentralisés. Dans son rapport annuel pour 2007, l'IGAS pointait un « *déficit de connaissance et d'évaluation des politiques sociales décentralisées* » et appelait à « *assurer la connaissance des politiques et l'échange de bonnes pratiques* ». Des constats similaires ont été émis par plusieurs intervenants d'un colloque organisé par le Conseil d'État le 29 mars 2013 sur la décentralisation des politiques sociales[306]. Dans un contexte de ressources publiques restreintes, il serait très utile qu'un certain degré de consensus se développe parmi les collectivités territoriales sur les pratiques les plus adaptées dans chaque politique publique.

Le développement du droit souple, sous la forme de recommandations de bonnes pratiques, serait de nature à répondre à ces deux difficultés. Il permettrait de concilier le respect de la libre administration des collectivités territoriales et l'encouragement aux pratiques évaluées comme étant les plus efficaces. Un parallèle peut être fait avec les recommandations de bonnes pratiques médicales, qui concilient respect de la liberté de prescription des médecins et promotion de la médecine basée sur les preuves.

304. Telles que l'organisation de 16 demi-journées de consultations prénatales pour 100 000 habitants âgés de 15 à 50 ans, d'une demi-journée de consultation pour 200 enfants nés au cours de l'année précédente ou l'emploi d'une sage-femme pour 1500 enfants nés au cours de l'année précédente (articles R. 2112-5 à R. 2112-7 du code de la santé publique).

305. IGAS, *Étude sur la protection maternelle et infantile en France*, novembre 2006.

306. Conseil d'État, Droits et Débats, *La décentralisation des politiques sociales*, la documentation Française, à paraître en 2013.

Pour que de telles recommandations soient légitimes, il est indispensable que les collectivités territoriales soient impliquées dans leur élaboration. Plusieurs méthodes pourraient y concourir : l'organisation de conférences de consensus ; la mise en place d'une ou plusieurs agences, de format réduit, impliquant les collectivités territoriales et ayant pour mission de produire les référentiels, à l'exemple de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA) créée en 2005 dans les domaines du handicap et de la dépendance des personnes âgées ; la production par les collectivités territoriales elles-mêmes, ce qui impliquerait que les associations d'élus se dotent des moyens d'une telle production, en s'inspirant par exemple de la conférence permanente des ministres de l'éducation des Länder en Allemagne ou du centre d'analyse des pratiques de l'association des gouverneurs d'États aux États-Unis. Ces deux derniers exemples, tirés de l'expérience d'États fédéraux, montre que l'harmonisation des pratiques locales n'est pas incompatible avec un haut degré de décentralisation.

Le sujet des normes des fédérations sportives illustre particulièrement ce besoin d'implication des collectivités territoriales. En effet, celles-ci sont propriétaires de plus de 80 % des équipements sportifs et les prescriptions des fédérations se traduisent souvent par des surcoûts pour elles. Depuis 2009, les projets de règlements des fédérations sont soumis à une commission d'examen des règlements fédéraux relatifs aux équipements sportifs (CERFRES), dans laquelle les collectivités territoriales sont représentées[307]. En revanche, aucune procédure d'implication de celles-ci n'est prévue pour les recommandations des fédérations, en principe non obligatoires mais souvent ressenties comme telles par les collectivités. Un soin plus grand devrait donc être apporté à l'implication des collectivités territoriales dans l'élaboration de ce droit souple, soit par la consultation de la CERFRES pour les recommandations les plus importantes, soit par d'autres modalités appropriées (groupes de travail, consultations par internet, etc.).

Proposition n° 5 : Encourager, plutôt que l'édiction de normes contraignantes, l'élaboration de recommandations de bonnes pratiques dans les domaines de compétences décentralisées et, en particulier, sur les conditions techniques d'exercice de ces compétences, selon des modalités qui garantissent l'implication des collectivités territoriales.

307. Articles R. 142-7 et suivants du code du sport. La CERFRES est aujourd'hui une formation restreinte du Conseil national du sport.

3.2.4. Rationaliser le recours aux schémas et documents de programmation

Il apparaît aujourd'hui souhaitable d'enrayer la multiplication des schémas sectoriels, car elle fait perdre de vue la vocation première de ces documents de programmation, qui est d'assurer sur un territoire la synthèse entre différentes préoccupations. Une démarche de rationalisation devrait consister à s'interroger sur la valeur ajoutée de chaque schéma et à en tirer les conséquences en termes de suppression ou de regroupement de certains d'entre eux.

Le terme de « schéma » recouvre des instruments de nature juridique diverse. Une première catégorie de schémas, prédominante en matière d'urbanisme, d'environnement ou de planification sanitaire et sociale, relève de la catégorie intermédiaire entre droit dur et droit souple définie en première partie (cf. *supra* 1.3.4) : les actes administratifs qui leur sont subordonnés doivent être « compatibles » avec eux (par exemple, les schémas de cohérence territoriale, les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux, les schémas régionaux d'organisation sanitaire ou encore les schémas d'organisation sociale et médico-sociale) ou seulement les « prendre en compte » (schémas régionaux de cohérence écologique). La deuxième catégorie, qui prévaut en matière économique, n'a qu'une fonction de définition d'objectifs et relève du droit souple (schémas régionaux d'aménagement et de développement du territoire, schémas régionaux de développement économique, schémas directeurs d'aménagement numérique). Ces documents ont cependant pour objet commun d'accroître la cohérence des politiques publiques, par la définition d'une stratégie et d'objectifs. Ils présentent souvent un caractère partenarial, leur élaboration impliquant plusieurs acteurs et permettant d'améliorer la coordination de leur action.

On observe un développement manifeste de cet instrument ; il s'explique sans doute par un besoin de coordination, lié à la plus grande complexité de la gouvernance des politiques publiques dans un contexte décentralisé. La création de nouvelles catégories de schémas semble s'être accélérée au cours des dernières années, notamment en matière sanitaire et sociale, d'environnement et d'organisation territoriale. Dans le premier domaine, les schémas régionaux d'organisation sanitaire (SROS), créés dès le début des années 1990, ont été complétés dans les années 2000 par la création, par trois lois successives de plusieurs documents de planification en matière sociale et médico-sociale[308]. La loi du 21 juillet 2009 s'est efforcée d'intégrer ces schémas sanitaires et médico-sociaux dans une démarche commune relevant de la responsabilité des agences régionales de santé (ARS), mais a abouti pour y parvenir à une architecture complexe : les ARS arrêtent un projet régional de santé (PRS), qui comprend un plan stratégique régional, trois schémas régionaux de prévention, d'organisation des soins et d'organisation médico-sociale et des programmes spécifiques déclinant ces schémas. Dans le domaine environnemental, la loi du 12 juillet 2010, dite « Grenelle II », a

308. La loi du 2 janvier 2002 a créé les schémas départementaux d'organisation sociale et médico-sociale (SDOSMS), celle du 11 février 2005 les programmes interdépartementaux d'accompagnement des handicaps et de la perte d'autonomie (PRIAC) et celle du 21 juillet 2009 les schémas régionaux d'organisation médico-sociale (SROMS).

été fertile en nouveaux schémas : schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie, schémas régionaux éoliens, document-cadre des trames verte et bleue, documents stratégiques de gestion intégrée de la mer et du littoral, etc. Enfin, la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales a inauguré l'usage du schéma en matière d'organisation territoriale, en créant les schémas départementaux de coopération intercommunale, dans le but de rationaliser la carte des intercommunalités.

L'usage de schémas, qui semble avoir été longtemps consensuel, suscite aujourd'hui des réticences marquées. Le rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative en témoigne, en appelant à « *mettre de l'ordre au pays des schémas* ». Le projet de loi de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, déposé au Sénat le 10 avril 2013, prévoyait pour mieux organiser la coopération entre collectivités de mettre en place une nouvelle architecture de schémas, avec des schémas sectoriels définissant les modalités d'exercice des compétences partagées rassemblés dans un « *pacte de gouvernance territoriale* », adopté par une « *conférence territoriale de l'action publique* » constituée au niveau de chaque région. En première lecture, le Sénat a voté la suppression du pacte de gouvernance territoriale, estimant que le projet du Gouvernement revenait à multiplier le nombre de schémas et créait ainsi une complexité excessive.

Il apparaît donc très souhaitable de définir une méthode permettant d'apprécier l'opportunité de la création de nouveaux schémas, ainsi que d'envisager des pistes de rationalisation. Celle-ci peut notamment consister à regrouper plusieurs schémas sectoriels dans un document plus synthétique. Le pragmatisme devrait prévaloir et se traduire par un bilan des coûts et des avantages de chaque schéma. Parmi les coûts, il faut prendre en compte le temps d'élaboration, l'alourdissement des processus de décision et le risque contentieux généré par la possibilité éventuelle de contester la compatibilité d'actes administratifs avec le schéma. Pour apprécier les avantages, il faut mesurer le degré d'effectivité de l'application du schéma et sa valeur ajoutée par rapport à ce qu'aurait été la politique publique en son absence. Pour résumer, un schéma qui mobilise une énergie administrative considérable en ne modifiant la réalité que de manière minime présente un bilan négatif et devrait être abandonné.

Déterminer parmi les schémas existants quelles catégories devraient être supprimées dépasse l'objet de la présente étude, car une telle décision doit être prise au regard d'une analyse fine de la politique publique concernée. Quelques pistes peuvent cependant être suggérées :

- L'élaboration des PRS, qui a pris trois ans aux agences régionales de santé entre mai 2010 et février 2013, a été particulièrement chronophage. Il conviendra, avant d'engager dans quelques années l'élaboration de la seconde génération, d'évaluer leur réelle valeur ajoutée, en se demandant s'ils ont permis d'établir de réelles synergies entre les différents segments de l'offre de soins (soins de ville, hôpitaux et établissements médico-sociaux) et si les priorités qu'ils définissent présentent un réel degré de spécificité régionale, justifiant l'ampleur de l'exercice.

- La coexistence, sur les thématiques de la prise en charge des personnes âgées et handicapées, du schéma départemental d'organisation sociale et médico-sociale

(SDOSMS), du programme interdépartemental d'accompagnement des handicaps et de la perte d'autonomie (PRIAC) et du schéma régional d'organisation médico-sociale (SROMS), créés respectivement par des lois de 2002, de 2005 et de 2009, apparaît comme une source inutile de complexité. La prochaine réforme de la dépendance pourrait être l'occasion d'une simplification, permettant d'aboutir à un unique document de programmation.

- On peut s'interroger sur la valeur ajoutée effective des schémas régionaux d'aménagement et de développement du territoire (SRADT) créés par les lois Pasqua et Voynet de 1995 et 1999, compte tenu de l'ampleur et de la généralité de leur objet (fixer « *les orientations fondamentales, à moyen terme, du développement durable du territoire régional* »). Un regroupement avec les schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie créés par la loi Grenelle II de 2010 pourrait sans doute être envisagé.

- Les schémas de développement commercial pourraient être intégrés aux SCOT, puisque depuis la loi Grenelle II, ceux-ci fixent « *les objectifs relatifs à l'équipement commercial et artisanal et aux localisations préférentielles des commerces* » et les zones d'aménagement commercial.

Proposition n° 6 : Appliquer aux catégories de schéma existantes et à tout projet de création d'une nouvelle catégorie un bilan coût-avantages, permettant de déterminer leur utilité. Abroger les schémas n'ayant pas fait la preuve de leur utilité.

3.3. Définir les conditions d'élaboration et d'utilisation du droit souple par les pouvoirs publics

Organiser l'utilisation du droit souple par les pouvoirs publics implique d'énoncer les principes devant régir son élaboration (il s'agit de la transparence et de la bonne implication des parties prenantes) et son écriture (dont les modalités doivent assurer la sécurité juridique des destinataires). Il importe également d'assurer l'appropriation de la doctrine de recours et d'emploi du droit souple par les pouvoirs publics.

3.3.1. Élaborer le droit souple en assurant la transparence et la bonne implication des parties prenantes

Mieux impliquer les parties prenantes

L'effectivité du droit souple dépend de l'adhésion de ses destinataires. Un défaut de transparence ou d'implication d'une des catégories d'acteurs concernés dans son élaboration est de nature à le fragiliser. Les principes « *d'administration*

délibérative » qui ont été dégagés par le Conseil d'État dans son étude annuelle de 2011 *Consulter autrement, Participer effectivement*, formulés au sujet du droit dur, sont valables *a fortiori* pour le droit souple. Ces principes comportent notamment l'accessibilité des informations utiles à la concertation, la loyauté de celle-ci, l'existence de délais raisonnables pour présenter des observations ou encore la diffusion d'une information sur les suites données à la concertation.

Plusieurs autorités publiques présentent à cet égard des pratiques intéressantes. La Commission européenne, notamment en matière de concurrence, procède à des consultations publiques sur ses projets de lignes directrices. L'Autorité des marchés financiers a adopté en 2010 des « *principes d'organisation et de publication de la doctrine* », qui prévoient que « *sauf exception motivée par des circonstances exceptionnelles ou particulières imposant des délais resserrés ou la confidentialité de la doctrine jusqu'à sa publication, les interlocuteurs de l'AMF – professionnels et représentants des épargnants – sont consultés au cours du processus d'élaboration, dans le cadre des commissions consultatives et/ou par le biais d'associations représentatives ou de personnalités qualifiées possédant une expertise dans le domaine concerné* ». Dans son guide méthodologique sur l'élaboration de recommandations de bonne pratique[309], la Haute Autorité de santé prévoit que le chef de projet désigné pour élaborer chaque recommandation doit veiller à ce que la composition du groupe de travail assure une représentation équilibrée des principales professions de santé et des modes d'exercice (public, libéral), des chercheurs et des associations de patients.

Il convient d'assurer le recensement de ces bonnes pratiques et leur diffusion auprès de l'ensemble des autorités publiques susceptibles d'élaborer du droit souple.

Proposition n° 7 : Assurer l'implication des principales parties prenantes dans l'élaboration du droit souple par les pouvoirs publics.

Mettre en œuvre ces exigences dans l'ordre interne et dans la participation à l'Union européenne

On donnera ici quelques illustrations des conséquences à tirer de ces principes, dans l'ordre interne et concernant la participation à la nouvelle gouvernance économique de l'Union européenne.

L'élaboration de lignes directrices devrait être accompagnée de consultations proportionnées à l'importance du sujet traité. Dans la mesure où les pratiques de concertation des administrations demeurent souvent guidées par leurs seules obligations législatives et réglementaires, on peut craindre qu'en l'absence de telles obligations pour les lignes directrices, celles-ci ne soient adoptées sans avoir fait l'objet de consultations. Or, elles peuvent présenter une grande importance pratique pour les personnes concernées. Ainsi, des lignes directrices sur les

309. HAS, *Élaboration de recommandations de bonne pratique. Méthode « Recommandations pour la pratique clinique »,* Guide méthodologique, décembre 2010.

modalités d'homologation des plans de sauvegarde de l'emploi, préconisées ci-dessus, devraient bien entendu faire l'objet d'échanges préalables avec les partenaires sociaux. La pratique de consultations ouvertes sur internet, très utilisée par les AAI pour leur droit souple mais encore peu mise en œuvre par les ministères même pour le droit dur, pourrait également être développée.

Proposition n° 8 : Conduire les consultations nécessaires préalablement à l'adoption de lignes directrices selon des modalités appropriées à l'importance du sujet concerné.

Les débats concernant « *l'ancrage démocratique* » de la nouvelle gouvernance économique de l'Union européenne ont été exposés ci-dessus (cf. *supra* 2.3.1). Bien que continuant à relever du droit souple, les recommandations formulées à l'attention des États rentrent désormais dans un tel degré de précision sur les réformes à conduire et ont acquis une audience telle que la question du caractère suffisamment démocratique de leur élaboration est posée. L'enjeu est d'assurer, par l'implication des parlements européen et nationaux, le caractère démocratique de l'élaboration de ce droit souple aujourd'hui très influent que sont les recommandations adressées aux États dans le cadre du semestre européen.

Cette question est un des axes de la réflexion sur l'avenir de l'Union européenne. On se bornera ici à formuler des propositions de nature à améliorer l'implication du Parlement français, à cadre institutionnel constant. Le moment déterminant pour assurer sa participation est celui de l'élaboration du programme de stabilité et de convergence (PSC) que la France doit envoyer chaque année à la Commission européenne dans le courant du mois d'avril. Le PSC définit de manière détaillée la trajectoire de réduction des déficits publics, que le Parlement est d'ores et déjà amené à approuver dans le cadre de la loi de programmation des finances publiques, mais aussi les réformes économiques et sociales prévues par la France pour améliorer sa compétitivité. C'est donc un document qui engage de manière précise la politique nationale, même s'il ne la contraint pas juridiquement, et sur lequel le Parlement doit en conséquence être amené à se prononcer.

En 2013, le Parlement a été associé dans le cadre de deux exercices distincts. D'une part, la commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale a adopté, de sa propre initiative, un rapport d'information sur les orientations européennes de politique économique[310]. D'autre part, sur le fondement de l'article 50-1 de la Constitution, qui permet au Gouvernement de faire devant l'une ou l'autre assemblée, sur un sujet déterminé, « *une déclaration qui donne lieu à débat et peut, s'il le décide, faire l'objet d'un vote sans engager sa responsabilité* », le Gouvernement a soumis en avril son projet de PSC à l'Assemblée nationale, qui en a débattu et l'a approuvé par un vote, ainsi qu'au Sénat auquel il n'a pas demandé de voter. Si une implication du Parlement a ainsi été assurée, on peut s'interroger sur la déconnexion entre le travail d'instruction par la commission des affaires européennes, qui n'a donné lieu à une discussion qu'au sein de cette commission, et le débat en séance publique sur la

310. C. Caresche et M. Herbillon, *Rapport d'information sur les orientations européennes de politique économique*, commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale, février 2013.

base du projet du Gouvernement. Il est également permis de se demander si le débat d'orientation des finances publiques (DOFP), prévu par l'article 48 de la LOLF et qui se tient habituellement en juin voire en juillet, n'est pas aujourd'hui trop tardif : les grandes orientations budgétaires de la France sont, à cette date, déjà arrêtées dans le PSC. Lorsque le DOFP, qui s'appelait alors « débat d'orientation budgétaire » (DOB), a été créé à la fin des années 1990, il s'agissait d'un progrès puisqu'il permettait au Parlement de débattre en amont de la présentation du budget, à un moment où les choix budgétaires n'étaient pas encore arrêtés. Il y a lieu de réexaminer ce calendrier dans le contexte nouveau créé par le semestre européen.

Le caractère encore récent de cette nouvelle gouvernance implique sans doute de conduire encore un ou deux exercices avant d'en stabiliser les procédures. Plusieurs pistes peuvent cependant être envisagées dès à présent. Une première possibilité serait d'organiser en février ou en mars de chaque année un débat spécifiquement consacré à la préparation du PSC, qui pourrait être qualifié de « débat d'orientation européen », tout en maintenant le DOFP à la fin du deuxième trimestre. Ce débat pourrait se tenir sur le fondement de l'article 10 de la loi organique du 17 décembre 2012 relative à la programmation des finances publiques, qui prévoit que dans le cadre de la coordination des politiques économiques et budgétaires au sein de l'Union européenne, « *des débats peuvent être organisés à l'Assemblée nationale et au Sénat aux dates qui permettent la meilleure information du Parlement* ». Une seconde option, peut-être plus propice à donner de l'importance à ce débat, serait de fusionner les deux exercices, en organisant désormais le DOFP au premier trimestre de l'année civile et en en faisant un débat de préparation du PSC. Une telle évolution devrait être consacrée par une modification de l'article 48 de la LOLF, qui prévoit aujourd'hui que le rapport du Gouvernement servant de fondement au DOFP doit être déposé au cours du deuxième trimestre de l'année civile.

Quelle que soit l'option retenue, la pratique qui consiste à soumettre aux deux assemblées, sur le fondement de l'article 50-1 de la Constitution, le projet de PSC en organisant un débat suivi d'un vote devrait sans doute être pérennisée. Le Parlement serait ainsi associé à deux moments : en amont, au moment où le PSC n'est pas encore arrêté, dans le cadre d'un débat d'orientation ; ensuite, lors d'un examen du projet de PSC, sur lequel il serait appelé à émettre un vote indicatif.

Proposition n° 9 : Réfléchir aux conséquences, sur le calendrier parlementaire, du poids nouveau des recommandations des institutions de l'Union européenne sur les politiques économiques et budgétaires, en étudiant notamment les voies suivantes :

- organisation au mois de février ou de mars d'un « débat d'orientation européen » dans chaque assemblée, qui pourrait soit être distinct du « débat d'orientation des finances publiques » prévu par l'article 48 de la LOLF, soit être fusionné avec celui-ci ; dans cette dernière hypothèse, la loi organique serait modifiée en conséquence ;

- organisation par le Gouvernement au cours du mois d'avril, sur le fondement de l'article 50-1 de la Constitution, d'un débat suivi d'un vote dans chaque assemblée sur son projet de PSC.

3.3.2. Clarifier les règles de compétence et appliquer des principes de rédaction protecteurs de la sécurité juridique

Afin de prévenir les risques d'insécurité juridique liés au droit souple, des règles de compétence et de rédaction doivent être définies.

Clarifier les règles de compétence dans l'élaboration du droit souple

Comme il a été exposé dans la deuxième partie, la légitimité du droit souple émanant des autorités publiques est conditionnée à la compétence de ces dernières dans le domaine concerné. Il n'y a pas eu à ce jour de décision contentieuse d'annulation pour incompétence d'un instrument de droit souple, mais rien ne permet d'exclure cette éventualité. La question de la compétence ne se pose pas dans les mêmes termes pour les lignes directrices (a), qui expriment la manière dont une autorité entend exercer son pouvoir de décision, et les recommandations qui sont adressées à des tiers (b).

(a) S'agissant des lignes directrices, le sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France* est que toute autorité investie d'un pouvoir de décision individuelle impliquant l'exercice d'une appréciation est compétente, sans qu'un texte particulier ait à le prévoir, pour définir les orientations générales selon lesquelles elle compte exercer son pouvoir. Selon les termes des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, « *le pouvoir d'examiner des situations individuelles comporte aussi celui de déterminer à l'avance les principes applicables* ». Le pouvoir de se donner des lignes directrices est ainsi un accessoire du pouvoir de décision individuelle. Il appartient également, par extension, aux autorités investies d'un pouvoir hiérarchique à l'égard de celles qui sont investies du pouvoir de décision (CE, 29 juillet 1994, *Ministre de l'éducation nationale contre Epoux Gentilhomme*, n° 147978, Rec. p. 371) et aux organismes consultatifs chargés de donner un avis préalable à une décision (CE, 27 octobre 1972, *Ministre de la santé publique et de la sécurité sociale contre Demoiselle Ecarlat*, n° 82912, Rec. p. 682).

(b) Pour être compétemment prises, les recommandations destinées à des tiers doivent quant à elles se rattacher aux missions de l'autorité émettrice. L'appréciation de la compétence peut cependant être plus souple que s'il s'agissait de prendre un acte de droit dur. L'enjeu du contrôle de la compétence n'est sans doute pas en effet de définir des limites aussi strictes que pour le droit dur mais d'éviter qu'une autorité publique ne sorte manifestement de son rôle en utilisant le droit souple.

On admettra ainsi aisément que le ministre de la santé adresse au grand public des recommandations sanitaires, alors que le pouvoir de police sanitaire, au sens de la police administrative générale, n'appartient qu'au Premier ministre. Pour les établissements publics, l'édiction de recommandations pourra être admise dès lors qu'elle se rattache à leur spécialité. En outre, s'agissant de l'État et des établissements publics, lorsque les recommandations concernent l'organisation du service, elles pourront se rattacher au pouvoir du chef de service en vertu de la jurisprudence *Jamart*. Enfin, pour les AAI, si des dispositions législatives expresses donnent à de nombreuses autorités le pouvoir d'adopter des recommandations

(Commission nationale de l'informatique et des libertés, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, Autorité des marchés financiers, la Haute Autorité de santé, Défenseur des droits ou encore Autorité de la concurrence[311]), d'autres organismes émettent de tels instruments sur le fondement de leur mission générale de régulation (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Commission de régulation de l'énergie et Autorité de régulation des activités ferroviaires). Ainsi, si c'est bien le législateur qui donne compétence aux AAI pour prendre des recommandations, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel selon laquelle il revient au législateur de créer une AAI et de définir ses missions[312], cette compétence peut souvent être présumée en raison de la mission générale confiée à l'AAI.

Si ces règles larges de compétence permettent le plus souvent aux autorités publiques d'adopter des recommandations de droit souple sans qu'un texte particulier ne le prévoie, il peut être souhaitable dans un tel cas de prendre un tel texte. Ceci peut provenir en premier lieu d'un doute sur la compétence. Ainsi, il est notable qu'avant que la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 ne le transforme en Autorité de la concurrence, le Conseil de la concurrence ne disposait pas du pouvoir de s'autosaisir pour adopter des avis et des recommandations. Une intervention expresse du législateur a paru nécessaire pour lui donner ce rôle[313]. En second lieu, sans être juridiquement nécessaire, l'intervention d'un texte explicite peut être souhaitable lorsqu'il s'agit de créer une nouvelle catégorie de recommandations et de lui donner ainsi une plus grande visibilité.

Il est intéressant d'examiner comment ces principes se déclinent dans le cas, fréquemment rencontré, des recommandations de bonnes pratiques en matière sanitaire. Pour les AAI, si cette compétence ne résulte pas de la mission générale de l'autorité ou s'il est souhaité qu'elle soit affichée expressément, l'intervention d'une disposition législative est nécessaire. Lorsque ce rôle est attribué à un établissement public, statut qu'ont la plupart des agences sanitaires (notamment l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé, l'Agence nationale de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail ou l'Agence de biomédecine), l'analyse est différente : en effet, en vertu de l'article 34 de la Constitution, il incombe seulement au législateur de créer les catégories d'établissements publics. Il n'y a pas lieu de considérer, en règle générale, que l'attribution du pouvoir de prendre des recommandations de bonnes pratiques est de nature à modifier la catégorie à laquelle appartient un établissement public. En effet, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, « *doivent être regardés comme entrant dans une même catégorie les établissements dont l'activité s'exerce territorialement sous la même tutelle administrative et qui ont une spécialité*

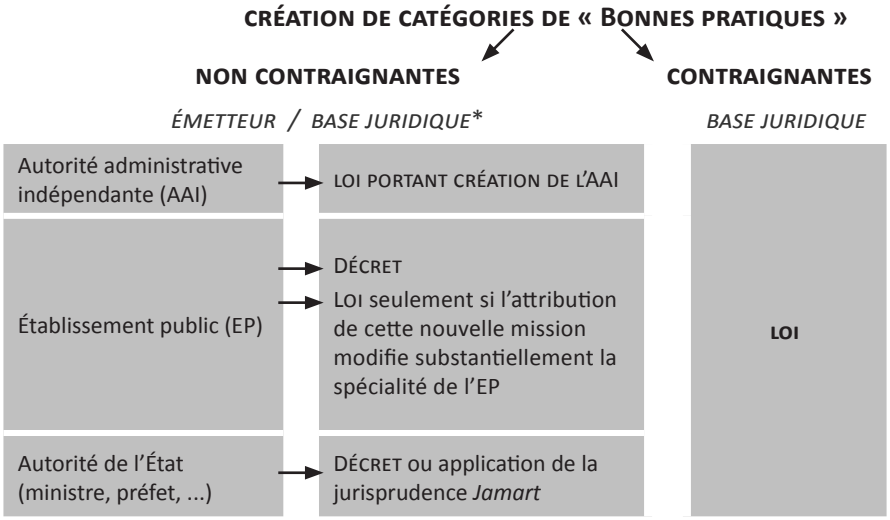
311. Cf. article 11 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 3-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, articles L. 621-6 et L. 621-7 du code monétaire et financier, article L. 161-37 du code de la sécurité sociale, articles 25 et 32 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011, article L. 462-4 du code de commerce.

312. Décision n° 84-173 DC du 26 juillet 1984.

313. L'article L. 462-4 du code de commerce, issu d'une ordonnance du 13 novembre 2008 prise sur le fondement de la loi de modernisation de l'économie, dispose désormais que « *l'Autorité de la concurrence peut prendre l'initiative de donner un avis sur toute question concernant la concurrence* ».

analogue »[314]. Trois cas de figures peuvent donc être distingués : si les bonnes pratiques se rattachent déjà à la spécialité de l'établissement public, aucun texte n'est nécessaire ; si cette mission ne se rattache pas à la spécialité de l'établissement, mais qu'elle ne la modifie pas de manière profonde, la catégorie de bonnes pratiques doit être créée par décret ; si la nouvelle mission modifie profondément sa spécialité au point de changer la catégorie de l'établissement public, une loi est nécessaire. Enfin, s'il s'agit de confier l'adoption des recommandations de bonnes pratiques à une autorité administrative classique de l'État (ministre, préfet, etc.), le pouvoir réglementaire sera toujours compétent, puisqu'il s'agit simplement d'une question d'organisation interne de l'État.

Schéma : *base juridique requise pour créer une nouvelle catégorie de « bonnes pratiques »*



* : Pour les recommandations non contraignantes, une base juridique expresse n'est nécessaire que si l'adoption de ces recommandations ne se rattache pas aux missions existantes de l'autorité publique.

Enfin, la question de la compétence se pose en des termes encore différents lorsque les « *bonnes pratiques* » en question sont en réalité des règles contraignantes ; il s'agit alors de droit dur et non de droit souple. Cette appellation, source de confusion (cf. *infra* proposition n° 12), se rencontre souvent en matière sanitaire. Un exemple significatif est celui des bonnes pratiques en matière de préparation, d'importation, d'exportation, de distribution en gros et d'activité de courtage de médicaments, qui sont définies par l'ANSM[315]. Dans un avis du 14 octobre 2010[316], l'Assemblée générale du Conseil d'État a considéré que parce qu'elle faisait une exception au principe selon lequel, en vertu de l'article 21 de la Constitution, le pouvoir réglementaire incombe au Premier ministre, la création d'une telle catégorie de bonnes pratiques contraignantes devait être décidée par le législateur.

314. Décision n° 79-108 L du 25 juillet 1979.
315. Article L. 5121-5 du code de la santé publique.
316. Avis rendu sur le projet de loi de bioéthique.

Le schéma ci-dessus récapitule les règles applicables quant au vecteur, législatif ou réglementaire, requis pour créer une catégorie de bonnes pratiques, selon leur nature juridique et celle de leur émetteur.

Proposition n° 10 : Clarifier les règles de compétence en matière d'édiction du droit souple par les acteurs publics, en respectant les principes suivants :

- toute autorité investie d'un pouvoir de décision individuelle ou d'un pouvoir hiérarchique à l'égard d'une autre autorité investie d'un tel pouvoir peut définir des lignes directrices ;

- l'adoption de recommandations destinées aux tiers doit se rattacher aux missions de l'autorité émettrice.

Limiter l'incertitude sur la portée juridique des différents instruments

A la différence du droit dur, dont les instruments s'inscrivent en règle générale dans des catégories bien identifiées (lois, décrets, conventions internationales, etc.), le droit souple se manifeste sous des formes et des appellations extrêmement variées. Cela lui est inhérent : la souplesse consiste aussi à ne pas s'inscrire dans des catégories préétablies. Cependant, en ce qui concerne les pouvoirs publics, un effort de stabilisation de la nomenclature apparaît souhaitable et possible. Souhaitable parce qu'elle contribuerait à renforcer la sécurité juridique : il est important que dès l'intitulé, les destinataires aient une idée de la nature juridique de l'instrument et sachent s'il crée pour eux des obligations ou s'il formule seulement des recommandations. Possible parce que comme il sera présenté un peu plus loin, les moyens de promouvoir l'application de ces règles d'écriture par les pouvoirs publics existent.

Il est possible de s'inspirer des principes d'élaboration de la doctrine de l'AMF. Ces principes distinguent les instructions, les positions, les pratiques de marché admises et les rescrits, et donnent la définition de chacune de ces catégories. Ainsi, les instructions précisent l'interprétation par l'AMF de son propre règlement général, les positions constituent une interprétation des dispositions législatives et réglementaires entrant dans le champ de compétence de l'AMF, qui indique la manière dont elle les applique à des cas individuels (il s'agit donc de lignes directrices au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*) et les recommandations sont des invitations à adopter un comportement, qui ne présentent pas de caractère impératif.

Les principes suivants pourraient être dégagés :

- Les termes de « recommandation », de « charte » ou de « bonnes pratiques » devraient être réservés aux instruments ne créant pas d'obligation pour leurs destinataires[317].

317. Contreviennent donc à cette règle les bonnes pratiques définies par l'ANSM en matière de fabrication des médicaments (article L. 5138-3 du code de la santé publique) ou la charte de l'expertise sanitaire créée par la loi du 29 décembre 2011 sur la sécurité du médicament (article L. 1452-2).

- Il convient de parler de « règles de bonnes pratiques » pour désigner des instruments contraignants, afin de bien les distinguer des « recommandations de bonnes pratiques ». Cette appellation de « règles de bonnes pratiques » est d'ores et déjà utilisée par le code de la santé publique pour désigner plusieurs catégories d'instruments obligatoires, relatifs notamment aux recherches biomédicales portant sur des médicaments (article L. 1121-3) et à l'utilisation thérapeutique des produits du corps humain (article L. 1245-6).

- L'appellation de « bonnes pratiques » devrait être proscrite en raison de son ambiguïté. Les instruments ainsi qualifiés devraient être renommés « recommandations de bonnes pratiques » ou « règles de bonne pratique », en fonction de leur nature juridique. Ainsi, les « bonnes pratiques » édictées par l'ANSM et relatives aux médicaments (article L. 5121-5 du code de la santé publique) ou aux matières premières à usage pharmaceutique (article L. 5138-3), la charte de l'expertise sanitaire (article L. 1452-2) doivent être qualifiées de « règles de bonnes pratiques ».

- Certaines des recommandations du Conseil supérieur de l'audiovisuel, qui présentent en réalité un caractère décisoire[318], devraient être qualifiées de décisions. Il en va de même des recommandations de l'Union d'économie sociale du logement (UESL), responsable de la gouvernance du « 1 % logement », dont la loi prévoit qu'elles « *s'imposent* » aux organismes collecteurs regroupés au sein de cette union[319].

- En matière de déontologie, l'appellation de « code de déontologie » devrait être réservée aux dispositions à caractère obligatoire (par exemple les codes de déontologie de la police nationale, de l'administration pénitentiaire ou des professions médicales), les instruments non obligatoires devant plutôt être qualifiés de « chartes de déontologie ». S'agissant des agents publics, il importe d'ailleurs de conserver à l'avenir les deux possibilités : s'il peut apparaître nécessaire d'inscrire, pour certaines administrations, les règles de déontologie dans le droit dur, le droit souple est un instrument essentiel pour promouvoir l'évolution des comportements et définir de manière concrète les modalités de prévention des conflits d'intérêt.

Il conviendrait d'utiliser ces appellations pour les instruments créés à l'avenir et de modifier les textes actuels employant des dénominations inappropriées.

Des difficultés similaires de nomenclature se présentent au niveau de l'Union européenne. Les termes de « communication », de « lignes directrices » ou de « recommandation » sont souvent employés indifféremment pour designer des

318. Notamment celles adoptées sur le fondement de l'article 16 de la loi du 30 septembre 1986 en période de campagne électorale. La décision *Lallemand* du Conseil d'État (CE, Sect., 7 mai 1993, *Lallemand et autres (élections régionales de la Réunion) et Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques*, n° 135815, Rec. p. 146) juge ainsi que ces recommandations « *précisent l'application* » des dispositions législatives et s'imposent aux services de radiodiffusion et de télévision auxquels elles sont destinées.

319. Article L. 313-19 du code de la construction et de l'habitation. Avant que la loi ne prévoie expressément ce caractère obligatoire, le juge des référés du Conseil d'État avait jugé recevable une demande de référé-suspension (CE, ord., 21 mai 2003, *Société Logirep*, n° 256160, Inédit au Rec., < *ArianeWeb* >).

textes de nature variée. Bien que la recommandation soit le seul instrument prévu expressément par le traité[320], des documents ayant un contenu similaire sont souvent émis sous d'autres appellations. Ceci nuit à l'objectif de « rendre la législation plus claire et accessible », qui fait partie des orientations promues par la Commission dans le cadre de sa communication du 12 décembre 2012 « Pour une réglementation de l'UE bien affûtée ». Dans le cadre des échanges avec la Commission sur la mise en œuvre de cette politique, qui s'inscrit dans la suite de la démarche « Mieux légiférer » initiée au début des années 2000, l'adoption d'une nomenclature stable pourrait être soutenue.

Les dénominations suivantes pourraient être retenues :

- L'appellation de « lignes directrices » serait utilisée lorsqu'il s'agit, de manière similaire à ce qu'autorise en France la jurisprudence *Crédit foncier de France*, de définir les orientations qu'une institution se donne à elle-même dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Ce type d'instrument est particulièrement utilisé par la Commission en matière de concurrence, parfois sous le nom de lignes directrices, mais parfois aussi sous d'autres dénominations, notamment celle de « communication ».

- L'appellation de « communication interprétative » serait retenue lorsqu'il s'agit d'exposer, sur le fondement de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, l'interprétation du droit de l'Union. On peut mentionner l'exemple de la communication interprétative de la Commission du 23 juin 2006 relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics».

- L'appellation de « recommandation », enfin, serait employée lorsque l'objet de l'instrument est de préconiser un comportement, notamment aux États membres.

Seraient ainsi bien distinguées de ces instruments de droit souple, qui ont pour objet de modifier par eux-mêmes les comportements, les supports de processus de consultation que sont les livres verts et les livres blancs, alors que le terme de « communication » est aujourd'hui employé pour designer les deux types de document.

Proposition n° 11 : Promouvoir l'utilisation par les pouvoirs publics d'une nomenclature stable, permettant de distinguer plus aisément les instruments contraignants de ceux qui ne le sont pas.

La juxtaposition au sein d'une même loi, de manière indifférenciée, de dispositions normatives au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de dispositions relevant du domaine des lois de programmation, qui déterminent conformément à l'article 34 de la Constitution « *les objectifs de l'action de l'État* », est préjudiciable à l'autorité de la loi ; elle prête le flanc à la critique de la « *loi bavarde* ». Des règles claires de séparation découlent de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et des avis rendus par le Conseil d'État dans son activité consultative, et doivent être appliquées.

320. Article 288 du TFUE.

Deux cas de figure peuvent se rencontrer, selon l'objet principal de la loi. Lorsque la loi comporte une majorité de dispositions normatives, les dispositions relevant d'une loi de programmation doivent être regroupées dans un rapport annexé, solution admise par le Conseil constitutionnel (décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, *LOPPSI 2*). Ainsi, en 2013, à l'occasion de l'examen du projet de loi d'orientation et de programmation pour la refondation de l'école de la République, le Conseil d'État s'est attaché à renvoyer l'ensemble des dispositions non normatives au rapport annexé, pour ne maintenir dans le corps de la loi que les dispositions normatives. Dans le cas symétrique, lorsque l'objet principal de la loi est de définir les objectifs de l'action de l'État (cas par exemple de la loi « Grenelle I ») mais qu'elle comporte également quelques dispositions normatives, il convient de regrouper les dispositions normatives dans un titre ou un chapitre propre.

Proposition n° 12 : Respecter strictement dans les textes de loi le partage entre dispositions relevant des lois de programmation et dispositions normatives au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Au-delà du cas des lois de programmation, la réunion dans un même document d'éléments de nature juridique diverse, telles que la présentation du droit législatif et réglementaire applicable, des lignes directrices au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France* et des recommandations sans caractère obligatoire se rencontre fréquemment. Elle peut se justifier par des raisons de pédagogie. Il est cependant souhaitable, dans un tel cas, que la portée juridique de chaque partie soit exposée clairement.

L'exemple de la convention du travail maritime de l'Organisation internationale du travail de 2006 (dite convention « MLC » pour *Maritime Labour Convention*), est à cet égard éclairant. Cette convention, qui reprend un grand nombre de conventions et de recommandations adoptées par l'OIT dans ce domaine, a été accompagnée de l'adoption d'un code, qui distingue clairement sur chaque sujet la partie A (normes obligatoires) de la partie B (principes directeurs non obligatoires).

Des règles de présentation similaires pourraient être adoptées dans de nombreux domaines. Cela serait profitable aussi bien aux destinataires de l'instrument, dont la sécurité juridique serait renforcée, qu'aux émetteurs, auxquels cette plus grande clarté apporterait une légitimité accrue. Bien entendu, cela ne priverait pas le juge de son pouvoir de requalification s'il estimait que la classification opérée par l'émetteur de l'acte est erronée.

Proposition n° 13 : Lorsqu'un même instrument rassemble des dispositions impératives et d'autres qui n'ont qu'une valeur de recommandation, les distinguer clairement par des règles de présentation ne laissant pas de place à l'ambiguïté.

Comme il a été exposé dans la première partie, la circulaire du Premier ministre du 30 mai 1997 relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux définit une position en apparence très restrictive à l'égard des « *memorandums d'entente* » ou « *memorandums of understanding* ». Selon sa lettre, la notion même d'engagement de bonne foi ne créant pas d'obligations juridiques est inconnue de la « *conception française du droit international* », qui « *reconnaît à tout engagement pris au nom du Gouvernement la valeur d'un accord international créant des obligations* ». Les négociateurs français qui se voient proposer la signature de tels instruments sont invités à le refuser ou, si cela n'est pas possible, à « *faire préciser par toutes les parties que ces instruments sont bien contraignants et que la France en exigera le respect* ».

Cette rédaction peut laisser penser que le Premier ministre proscrit la conclusion par les autorités françaises de tout texte international non contraignant. La circulaire paraît n'admettre, en dehors des traités et accords internationaux contraignants, que les arrangements administratifs, qui ne peuvent être conclus par les ministres que pour compléter un accord existant ou mettre en place une coopération administrative de portée limitée. Une lecture aussi restrictive est cependant démentie par la pratique constante des institutions françaises. La France souscrit régulièrement à des déclarations multilatérales, telles que l'Acte final de la conférence d'Helsinki ou la déclaration de Rio sur le développement durable. Les rencontres officielles du chef de l'État avec ses homologues se concluent, de manière habituelle, par la signature de déclarations d'intention[321]. Les auditions conduites dans le cadre de la préparation de ce rapport ont montré que les ministères méconnaissaient fréquemment la consigne donnée par la circulaire de 1997.

Le ministère des affaires étrangères donne d'ailleurs une interprétation plus nuancée dans un *memento* intitulé « Les bonnes pratiques en matière de négociation et de conclusion des engagements internationaux de la France », adopté en mars 2013 et destiné à accompagner la mise en œuvre de la circulaire de 1997. Le *memento* reconnaît l'existence des « déclarations d'intention », qui constituent un engagement de nature politique ; la circulaire de 1997 était muette à leur sujet. S'il continue à déconseiller le recours aux *memorandums* d'entente, c'est en raison de leur ambiguïté, qui peut conduire à les assimiler soit à des accords internationaux contraignants, soit à des déclarations de nature politique. Le *memento* préconise désormais de clarifier leur nature et donne des conseils de rédaction à cet effet. Il est intéressant de relever que face aux difficultés rencontrées dans l'application de la circulaire de 1997, le ministère des affaires étrangères a recouru au droit souple, sous la forme d'un recueil de bonnes pratiques, pour agir sur le comportement des ministères en matière de négociation internationale.

Il n'en reste pas moins qu'il serait souhaitable de clarifier le traitement du droit souple dans la circulaire de 1997. Une circulaire du Premier ministre modifiée

321. Cf. par exemple la déclaration conjointe de M. François Hollande et de Mme Dilma Roussef, signée le 11 décembre 2012. Intitulée « *Pour une nouvelle étape du partenariat stratégique franco-brésilien* », elle comporte de nombreux engagements en matière de coopération politique, économique, militaire, scientifique ou culturelle.

pourrait prendre acte plus nettement de son existence, afin de mieux encadrer son usage et de limiter l'insécurité juridique. Sans s'attacher outre mesure aux termes de « *memorandums* d'entente » ou de « *memorandums of understanding* », elle pourrait enjoindre aux ministres d'éviter de conclure des accords dont la portée juridique est ambiguë.

Trois règles seraient de nature à conforter cette approche. Lorsque des ministres envisagent de conclure avec leurs homologues de tels engagements, présentant un caractère non contraignant mais ayant un objet plus large que celui des arrangements administratifs (par exemple, l'engagement de faciliter l'accueil des étudiants du pays partenaire ou de concerter les positions prises dans le cadre de certaines organisations internationales), le projet de *memorandum* devrait être soumis pour avis au ministre des affaires étrangères, qui apprécierait l'existence de risques juridiques et la cohérence des engagements souscrits avec la politique diplomatique française. Cette transmission devrait avoir lieu dès lors qu'il existe un doute sur la portée juridique de l'instrument. En cas de désaccord entre le ministre des affaires étrangères et le ministre concerné, le Premier ministre arbitrerait.

Il convient par ailleurs de veiller à ce que la rédaction ne laisse pas d'ambiguïté sur le caractère non juridiquement contraignant, soit lorsque cela est possible par l'inscription d'une clause explicite en ce sens, soit par l'emploi de verbes appartenant clairement au registre de la déclaration d'intention[322]. Le *memento* du ministère des affaires étrangères donne à cet égard des indications précises.

On peut enfin s'interroger, à propos de ces *memorandums*, sur l'opportunité de leur publication. La publication des traités et accords internationaux est exigée par l'article 55 de la Constitution pour qu'ils puissent produire leurs effets dans l'ordre interne. S'agissant des *memorandums*, leur importance pratique peut être de nature à intéresser le public. Cependant, la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 dispose que les documents administratifs qui porteraient atteinte « *à la conduite de la politique extérieure de la France* » ne sont pas communicables ; elle s'oppose donc *a fortiori* à leur publication. Sur cette base, la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) a estimé que ne devait pas être communiqué un « *échanges de lettres avec un autre État qui a entendu leur conserver un caractère secret et qu'une administration française ne peut divulguer sans que cela puisse porter atteinte à la conduite de la politique extérieure* »[323]. Dès lors, la nouvelle circulaire du Premier ministre pourrait prévoir que la publication est souhaitable, selon des modalités appropriées (bulletin officiel du ministère concerné, site internet), mais qu'elle peut être écartée par le ministre des affaires étrangères ou les autres ministres s'ils estiment qu'elle pourrait porter atteinte à la conduite de la politique extérieure. Le secret de la défense nationale peut également faire obstacle à une publication.

322. La déclaration franco-brésilienne précitée en donne un bon exemple, les engagements étant tous précédés de formules telles que « *les deux Présidents encouragent* », « *les deux Présidents soutiennent* », qui attestent sans ambiguïté de leur caractère non contraignant.
323. Avis n° 19971796 du 29 mai 1997 et n° 20040964 du 4 mars 2004.

Proposition n° 14 : Modifier la circulaire du 30 mai 1997 sur la négociation internationale en ce qui concerne les accords internationaux non contraignants, en reconnaissant leur existence pour mieux encadrer leur usage.

La circulaire devrait notamment énoncer les règles suivantes :

- Lorsque l'objet du projet d'accord est plus large que celui d'un arrangement administratif, ou en cas de doute sur sa portée juridique, soumission préalable pour avis au ministre des affaires étrangères.

- Nécessité de veiller à ce que la rédaction ne laisse pas d'ambiguïté sur le caractère juridiquement non contraignant.

- Publication des accords non contraignants, sauf lorsque le secret de la défense nationale ou les exigences de la conduite de la politique extérieure, telles qu'appréciées par le ministre des affaires étrangères et les autres ministres concernés, s'y opposent.

Assurer la publication des instruments de droit souple

La publication conditionne la production par le droit dur de ses effets de droit : entrée en vigueur des lois et décrets (article 1er du code civil), autorité des traités internationaux dans l'ordre interne (article 55 de la Constitution). De telles notions ne sont pas transposables pour le droit souple. Cependant, il est souhaitable que la publication en soit assurée, tant du point de vue de son émetteur car cela contribuera à son effectivité, que de celui des destinataires dont la sécurité juridique peut être affectée. Ceux-ci ont en effet besoin de connaître les lignes directrices sur la base desquelles l'autorité publique examinera leur demande ou le comportement qu'elle a préconisé par voie de recommandations.

L'obligation de publication des instructions et circulaires des ministres instaurée par le décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 a constitué à cet égard un grand progrès. Elle couvre les lignes directrices au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*. Il convient également de veiller à la publication des autres instruments de droit souple produits par des autorités publiques, notamment les recommandations ou les lignes directrices émanant de services déconcentrés, d'établissements publics ou d'AAI. Seuls des motifs particuliers tels que ceux exposés pour les *memorandums* d'entente (cf. *supra* proposition n° 10) devraient faire obstacle à la publication. La publication sur le site internet de l'autorité concernée apparaît comme la voie la plus appropriée dans la plupart des cas.

Une difficulté spécifique se présente pour les normes techniques homologuées par l'Afnor, dont la diffusion est payante. Le modèle économique de la normalisation repose en partie sur cet accès payant, qui ne peut donc être remis en cause sans repenser le système en profondeur. Le décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation n'impose d'ailleurs la gratuité de l'accès que pour les normes rendues obligatoires. Toutefois, il convient de veiller à ce que l'Afnor, dans le cadre de sa mission de service public, pratique des tarifs suffisamment modérés pour que les normes restent accessibles à l'ensemble des acteurs concernés.

Proposition n° 15 : Assurer la publication des instruments de droit souple émis par les pouvoirs publics, notamment par la voie d'internet.
Veiller à la modération des tarifs d'accès aux normes techniques de l'Afnor.

3.3.3. Assurer la mise en œuvre de la doctrine de recours et d'emploi du droit souple par les pouvoirs publics

Inscrire le droit souple dans la politique de qualité du droit

La notion de « qualité du droit » ou de « qualité de la réglementation » a émergé en réaction aux constats sur l'inflation normative et la dégradation des dispositions législatives et réglementaires, en termes d'intelligibilité et de valeur normative. Diverses mesures ont posé les jalons d'une politique de la qualité du droit : création dans chaque ministère de hauts fonctionnaires chargés de la qualité de la réglementation ; obligation d'étude d'impact préalable pour les projets de loi, en vertu de la loi organique du 15 avril 2009, et pour les mesures réglementaires concernant les entreprises et les collectivités territoriales, en vertu de circulaires du Premier ministre ; pilotage resserré des décrets d'application des lois et des mesures de transposition des directives de l'Union européenne ; etc.

L'adoption d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple permettrait d'enrichir cette politique de la qualité du droit et de lui faire franchir une nouvelle étape. Elle susciterait une interrogation méthodique sur l'effectivité attendue des projets de dispositions législatives et réglementaires, les prescriptions de la loi organique du 15 avril 2009 imposant le recensement des « *options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles* » étant ainsi pleinement mise en œuvre. Elle élargirait la gamme des moyens d'action des pouvoirs publics. La qualité du droit ne consiste pas seulement dans le respect de règles de forme et de procédure : elle implique de choisir l'instrument le plus adapté à la réalisation des objectifs de l'action publique, ce à quoi le recours au droit souple peut contribuer de manière importante.

Une circulaire du Premier ministre permettrait de poser les grands principes de la doctrine de recours et d'emploi du droit souple, notamment :

- Rappeler l'exigence d'un examen des alternatives à la législation énoncée par la loi organique du 15 avril 2009, qui a vocation à s'appliquer également au pouvoir réglementaire en dehors des cas où celui-ci est tenu d'agir pour exécuter la loi.

- Énoncer les critères de recours au droit souple, tels qu'ils ont été présentés par la proposition n° 1.

- Encourager le recours aux lignes directrices, notamment dans les domaines présentés par la proposition n° 2.

- Fixer des règles de procédure (principes de transparence et d'implication des parties prenantes) et de forme (utilisation d'une nomenclature stable, distinction

claire au sein d'un même instrument des développements de portée juridique différente) concernant l'élaboration du droit souple.

Une évaluation de la mise en œuvre de ces orientations devrait être faite après deux ou trois années.

Proposition n° 16 : Inscrire la doctrine de recours et d'emploi du droit souple dans une circulaire du Premier ministre, se rattachant à la politique de qualité du droit.

Diffuser les bonnes pratiques en matière de droit souple dans les administrations

Si l'impulsion du Premier ministre est nécessaire pour énoncer la doctrine de recours et d'emploi du droit souple, elle doit être complétée par des actions de nature à faire évoluer la conception de la normativité dans les administrations. Les administrations centrales pratiquent de manière constante l'élaboration et la mise en œuvre des lois, des décrets et des circulaires. À quelques exceptions près, leur culture administrative est marquée par le droit dur, et l'existence même du droit souple et de la possibilité pour l'administration d'y recourir est méconnue. Ce n'est pas un hasard si le recours au droit souple s'est développé dans les AAI, leur rôle de régulation les conduisant à adopter un autre positionnement, plus en recherche de l'adhésion et de la coproduction avec les destinataires de la norme.

Le développement du recours au droit souple pourrait d'ailleurs contribuer à enrichir et à renouveler les missions des administrations centrales. L'examen plus fréquent des alternatives à la réglementation conduirait à une réflexion plus approfondie sur l'effectivité de la norme, poussant ainsi à une plus grande attention à la mise en œuvre des règles de droit. Les circulaires qui accompagnent les réformes, et qui se bornent souvent aujourd'hui à expliquer les dispositions législatives et réglementaires, pourraient faire une part plus importante aux lignes directrices, qui donnent des orientations de fond et mettent l'administration centrale en position de pilotage d'une politique publique.

Plusieurs instruments pourraient être mobilisés pour diffuser la pratique du droit souple. Édité pour la première fois en 2005, élaboré de manière conjointe par le secrétariat général du Gouvernement et le Conseil d'État, le guide de légistique est un outil important de la politique de la qualité du droit, puisqu'il permet de diffuser les méthodes appropriées chez tous les rédacteurs de textes normatifs. La première question qu'il invite les rédacteurs à se poser est celle de la « *nécessité des normes* ». L'introduction d'une partie consacrée au droit souple permettrait d'enrichir ces développements, en sortant de l'alternative binaire entre la modification des textes et l'inaction. La voie du droit souple est d'ailleurs déjà suggérée : « *La conception de la norme nouvelle doit obéir à un principe de proportionnalité, qui peut être énoncé de la manière suivante : ne doivent revêtir un caractère contraignant que les règles strictement indispensables pour atteindre les*

objectifs recherchés et pour offrir aux administrés ou aux justiciables des garanties effectives » ; « *au stade de l'analyse préalable au moins, il conviendra d'envisager une approche alternative consistant à simplifier le dispositif, à donner aux règles applicables un caractère plus générique ou à recourir, pour partie, à un autre mode de régulation non normatif* »[324]. Le guide en reste cependant à la suggestion et n'indique pas ce que peuvent être ces modes de régulation non normatifs.

L'introduction d'une partie consacrée au droit souple permettrait d'accompagner les administrations dans la découverte et la mise en œuvre de ces modes alternatifs de régulation. Elle pourrait présenter les grandes fonctions du droit souple, les modalités d'élaboration et les possibilités d'utilisation, en s'appuyant sur des exemples pratiques, dont la présente étude a montré l'abondance. Le guide pourrait en particulier exposer des techniques telles que le recours à des lignes directrices, la jurisprudence *Crédit foncier de France* étant souvent méconnue ou considérée comme une curiosité réservée aux étudiants en droit public, le renvoi à des normes techniques ou encore la définition de recommandations de bonnes pratiques.

De même, il serait souhaitable que les études d'impact comportent un développement sur le droit souple, comme possible alternative à l'édiction de normes nouvelles de droit dur.

Proposition n° 17 : Insérer une partie consacrée au droit souple dans le guide de légistique, afin d'aider les administrations à retenir, chaque fois que possible, les solutions alternatives à la réglementation.

Compléter les études d'impact, afin qu'elles se prononcent effectivement sur la possibilité que des instruments de droit souple puissent ou non se substituer à des normes contraignantes.

La formation au bon usage du droit souple devrait être développée, tant dans la formation initiale des fonctionnaires concernés (notamment les élèves de l'Eco le nationale d'administration et des instituts régionaux d'administration) que dans la formation continue. L'enjeu n'est pas seulement de compléter l'apprentissage des techniques juridiques par la découverte de ces nouveaux modes d'action normative. Il s'agit aussi de prendre la mesure d'une réalité importante du monde contemporain, qui joue un rôle significatif dans des domaines aussi variés de l'action publique que la régulation financière, la gouvernance économique de l'Union européenne, les politiques d'urbanisme et d'environnement ou la santé publique. La découverte du droit souple fait donc partie de la culture générale du haut fonctionnaire contemporain.

Proposition n° 18 : Faire place au droit souple dans la formation initiale et continue des fonctionnaires.

324. 2ème édition, p. 6.

3.4. Poursuivre la construction d'une jurisprudence adaptée au contrôle du droit souple public

Comme il a été vu dans la première partie (cf. 1.5.1), les décisions successives rendues par le Conseil d'État au fil des litiges dont il a été saisi dessinent progressivement les contours d'une jurisprudence sur l'appréhension du droit souple par le juge administratif. Celle-ci tend à atténuer la rigueur du principe selon lequel seuls les actes créant des obligations sont susceptibles de recours, en admettant, dans un certain nombre d'hypothèses, que des instruments de droit souple soient regardés comme faisant grief au vu de leur formulation impérative ou de leurs effets.

Les décisions *Formindep* du 27 avril 2011[325] et *Société Casino Guichard-Perrachon* du 11 octobre 2012[326] sont particulièrement éclairantes, car elles esquissent ce que peut être l'office du juge à l'égard d'une autorité régulatrice agissant par la voie du droit souple. Les critères dégagés par ces deux décisions, notamment celui de la potentialité que le droit souple serve ultérieurement de fondement, direct ou indirect, à une sanction, pourraient ouvrir la voie à de nouveaux développements jurisprudentiels. Le juge administratif en tout cas ne peut ignorer cette forme de régulation au motif qu'elle ne repose pas sur la création d'obligations ; il n'est pas souhaitable de voir des autorités publiques développer un pouvoir, dont on a vu l'effectivité tout au long de cette étude, à l'abri de tout contrôle juridictionnel.

Outre les questions propres aux orientations en matière de gestion des agents publics, qui ont été présentées ci-dessus (cf. *supra* 3.2.1), trois questions plus transversales se posent aujourd'hui à la jurisprudence : celle de la recevabilité des recours contentieux contre des instruments de droit souple, en d'autres termes leur contestabilité, celle de leur invocabilité devant le juge et celle de leur prise en compte dans la motivation des décisions juridictionnelles.

La question de la recevabilité des recours

La question de la recevabilité des recours dirigés contre les instruments de droit souple est sans doute la plus importante. La recevabilité manifeste que le juge administratif considère que dans certains cas, le droit souple fait grief, bien qu'il ne soit pas obligatoire. Elle place le juge administratif en position de censeur du droit souple, et donc de garant contre certains des risques identifiés dans cette étude. Les auditions conduites pour préparer cette dernière ont montré qu'il existait une attente de contrôle juridictionnel du droit souple, y compris chez certaines AAI qui le produisent et qui souhaiteraient disposer d'indications plus claires sur les limites à respecter. Pour autant, les critères de la recevabilité ne sauraient être exagérément élargis, sans voir se multiplier des contentieux de faible utilité. Selon la formule de Mme Claire Legras[327], il y a une « *limite* », qui « *tient naturellement au fait que vous ne pouvez admettre qu'un recours soit ouvert à l'encontre d'avis ou de*

325. N° 334396, Inédit au Rec., < *ArianeWeb* >.
326. N° 357193, Inédit au Rec., < *ArianeWeb* >.
327. Conclusions sur la décision *Société Casino Guichard-Perrachon* précitée.

recommandations dont l'annulation ne serait pas susceptible de se traduire par un changement effectif » ; il y a donc « *un test incontournable, qui est celui de l'utilité du recours pour excès de pouvoir* ». La recevabilité d'un recours contre un instrument de droit souple est une exception au principe selon lequel le juge ne statue que sur des actes qui modifient l'ordonnancement juridique. S'il est possible de discuter des limites de l'exception, il ne paraît pas envisageable de remettre en cause le principe.

Tant les conclusions du rapporteur public dans l'affaire *Société Casino Guichard-Perrachon* que la doctrine autorisée[328] ont relevé que les décisions du Conseil d'État en la matière combinaient le critère de la formulation impérative, issu de la décision *Duvignères*, et celui des conséquences de l'acte attaqué ; si les conséquences d'une recommandation ne sont pas appréciées au seul regard de la modification de l'ordonnancement juridique, elles le sont néanmoins en fonction « *d'un contexte juridique précis qui rend tangible son effet sur les sanctions encourues par les administrés* »[329]. Ainsi, ce n'est pas seulement en raison de sa formulation impérative, mais aussi du « *rôle confié au Conseil national de l'ordre des médecins pour l'application des principes de déontologie médicale* » qu'un rapport de ce Conseil sur les questions de déontologie posées par les « *maisons de santé pluri-professionnelles* » a été jugé susceptible de recours[330]. Or, les modalités de combinaison des deux critères n'apparaissent pas identiques selon les autorités émettrices du droit souple. La décision *Formindep*, en particulier, en ce qu'elle juge susceptibles de recours l'ensemble des recommandations de bonnes pratiques médicales de la HAS, en raison de leur prise en compte dans l'appréciation de ce que sont les données acquises de la science sur lesquelles le médecin est tenu de fonder ses soins, semble ne se fonder que sur le second critère. Elle n'examine pas si la recommandation présente ou non une formulation impérative. Il est donc possible de s'interroger sur la transposition de cette solution, qui examine la recommandation dans la globalité de ses effets et ne cherche pas à isoler les passages formulés de manière impérative, à d'autres domaines que celui des recommandations de la HAS.

En dehors des avis des AAI, d'autres instruments de droit souple ont été jugés contestables en raison de leurs effets. C'est le cas des cahiers des clauses administratives générales (CCAG) des marchés publics[331] et des normes techniques homologuées par l'Afnor[332]. Les CCAG et les normes homologuées ont en commun deux caractéristiques : d'une part, si leurs destinataires ne sont pas tenus de les appliquer, elles ont une valeur de référence, et d'autre part, cette valeur est reconnue au sein d'un système juridique ; les CCAG sont prévus par le code des marchés publics et approuvés par arrêté ministériel, et l'homologation par l'Afnor s'inscrit dans un système de normalisation organisé par des dispositions législatives et réglementaires. Ce critère de la valeur de référence reconnue par le système juridique pourrait être

328. A. Bretonneau et X. Domino, « Miscellanées contentieuses », Chronique générale de jurisprudence administrative française, *AJDA*, 2012, p. 2373.
329. Conclusions précitées.
330. CE, 17 novembre 2010, *Syndicat français des ostéopathes*, n° 332771, Rec. p. 886, 954.
331. Cf. CE, 2 juillet 1982, *Conseil national de l'ordre des architectes*, n° 16692, Rec. p. 255, et les conclusions de Jean-Marie Pauti : le CCAG « fixe *un cadre général et permanent, un droit commun de référence* ».
332. CE, 14 octobre 1991, *Section régionale « Normandie mer du nord » du comité interprofessionnel de conchyliculture*, n° 90260, Rec. p. 777.

utilisé dans d'autres domaines. Par exemple, les codes de conduite en matière de commercialisation des instruments financiers prévus par l'article L. 611-3-1 du code monétaire et financier peuvent être homologués par le ministre chargé de l'économie. Cette homologation ne rend pas les codes de conduite obligatoires, mais elle leur confère une reconnaissance et l'article L. 621-1 prévoit que l'AMF en contrôle alors le respect. De manière générale, un acte d'homologation par la puissance publique, même lorsqu'il ne rend pas obligatoire l'instrument homologué, pourrait être considéré comme faisant grief (des moyens tirés de l'illégalité de l'instrument homologué pouvant alors être invoqués à son encontre). Ceci ouvrirait la voie à un contrôle juridictionnel des pratiques de corégulation.

En dernier lieu, s'agissant de la recevabilité, on peut s'interroger sur les conséquences à tirer de la décision *Duvignères* sur la possibilité de contester les lignes directrices au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*. Les lignes directrices ne sont pas impératives au sens où elles imposeraient une unique ligne de conduite, puisque leurs destinataires ont la possibilité de les écarter en raison de circonstances particulières ou d'un motif d'intérêt général. Cependant, les lignes directrices imposent bien une obligation (ce qui justifie d'ailleurs leur classement dans la zone intermédiaire entre droit dur et droit souple, cf. *supra* 1.3.4), celle de ne s'en écarter qu'en raison de circonstances particulières ou d'un motif d'intérêt général. Les lignes directrices ne peuvent être considérées comme des actes réglementaires et il n'était donc pas possible de les juger susceptibles de recours avant la décision *Duvignères* ; elles peuvent en revanche être regardées comme impératives. Si la solution de l'irrecevabilité a été réitérée, postérieurement à la décision *Duvignères*, par une décision *Comité anti-amiante Jussieu*[333], le Conseil d'État a admis à plusieurs reprises la recevabilité de recours dirigés contre le « barème » des mutations des enseignants ou d'autres actes analogues, alors que leurs destinataires avaient la possibilité de s'en écarter dans des cas particuliers (cf. *supra* 3.2.1). Les termes de la décision *Fédération EIL*, en particulier, sont très éclairants : il est jugé que la note de service contestée, qui définissait les modalités selon lesquelles les recteurs devaient arrêter les modalités d'avancement à la hors-classe dans plusieurs corps d'enseignants du secondaire, « *fixe un cadre national aux critères permettant aux recteurs d'apprécier la valeur professionnelle des intéressés et de fonder leurs choix* ». La décision est d'autant plus intéressante qu'elle a été rendue aux conclusions contraires du commissaire du gouvernement, qui avait souligné que les critères étaient indicatifs et que les recteurs disposaient d'une marge d'appréciation importante. La question d'une évolution de la jurisprudence, qui se fonderait sur le caractère impératif des lignes directrices pour admettre leur contestabilité, peut donc être posée.

Cette recevabilité des recours contre les lignes directrices présenterait une certaine utilité. Si l'illégalité des lignes directrices peut être invoquée à l'appui d'un recours contre une décision individuelle prise sur leur fondement, l'admission des recours directs contre ces actes permettrait de traiter en amont leur irrégularité. Ce rôle préventif peut revêtir une grande importance, certaines lignes directrices donnant lieu à des milliers de décisions.

333. CE, 3 mai 2004, n° 254961, Rec. p. 193.

La question de l'invocabilité

Une autre question est celle de l'invocabilité des instruments de droit souple à l'appui d'un recours contentieux. Si la décision *Duvignères* a élargi le champ de la recevabilité, elle a laissé inchangé celui de l'invocabilité : seules les circulaires interprétant exactement les dispositions législatives et réglementaires sont invocables, cette invocabilité n'ayant d'ailleurs pas d'intérêt puisqu'elle n'ajoute rien à celle des lois et des décrets eux-mêmes.

L'invocabilité ne semble pas pouvoir être élargie en ce qui concerne le contrôle de l'erreur de droit. En effet, le juge de l'excès de pouvoir contrôle la légalité des actes administratifs au regard des règles qui leur sont supérieures dans la hiérarchie des normes, et l'on voit mal comment cette légalité pourrait être mise en cause par des actes qui ne présentent pas de caractère obligatoire. En revanche, dans le cadre de recours soulevant une question d'appréciation d'un comportement, le droit souple, qui fixe souvent des standards en la matière, peut être utilement invoqué. Il s'agit notamment de recours de plein contentieux (responsabilité, sanctions administratives), mais aussi dans un domaine d'excès de pouvoir, celui du contentieux disciplinaire, où l'on ne peut exclure qu'une charte de déontologie serve à apprécier l'existence d'une faute. Dans tous ces cas de figure, le juge ne sanctionne pas directement la méconnaissance d'un instrument de droit souple, mais la prend en compte pour apprécier l'existence d'une faute. Ce type de raisonnement, qui se rencontre déjà dans la jurisprudence, par exemple dans la décision *Kerkerian* (CE, 12 janvier 2005, n° 256001 Rec. p. 20), pourrait à l'avenir connaître une plus grande extension.

La question de la prise en compte du droit souple dans la motivation des décisions juridictionnelles

Enfin, des évolutions pourraient intervenir dans la prise en compte par le juge des instruments de droit souple dans son raisonnement. Un instrument de droit souple ne peut déterminer une solution contentieuse, puisqu'il ne modifie pas l'état du droit. Il peut en revanche conforter un raisonnement, par exemple en ce qu'il éclaire l'interprétation d'une convention internationale. Le mode de rédaction actuel des décisions du Conseil d'État ne se prête pas à l'affichage de cette prise en compte, qui n'apparaît le cas échéant que dans les conclusions du rapporteur public (cf. par exemple CE, Ass., 21 décembre 2012, *Mme Fofana*, n° 332491, à paraître au Rec., et les principes directeurs du Haut-commissariat aux réfugiés mentionnés seulement par les conclusions d'Edouard Crépey) ; la matière de la responsabilité médicale, dans laquelle les recommandations de bonnes pratiques sont souvent mentionnées par les décisions comme éléments d'appréciation des données acquises de la science, fait exception. Comme il a été vu dans la première partie (cf. 1.5.3 et 1.5.4), il en va différemment des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, dont la motivation fait ressortir l'ensemble des éléments intervenant dans le raisonnement juridique. C'est ainsi par exemple que la CJUE admet que des positions telles que celles du comité consultatif sur la TVA, sans avoir force de droit, contribuent de manière

importante à l'interprétation de la directive qui l'a institué. Une expérimentation sur de nouveaux modes de rédaction des décisions contentieuses est en cours dans certaines formations de jugement ; elle pourrait être propice à l'insertion dans la motivation de la décision elle-même des instruments de droit souple pris en compte pour étayer le raisonnement du juge. Il conviendrait bien sûr que la rédaction fasse clairement ressortir que le droit souple est seulement pris en compte par le juge, et ne dicte pas son raisonnement, à la différence des règles de droit dur.

3.5. Adopter une posture de veille et d'influence à l'égard du droit souple des acteurs privés

Sans chercher à encadrer le droit souple des acteurs privés, les pouvoirs publics sont fondés à promouvoir la transparence et la bonne implication des parties prenantes dans son élaboration. Ils doivent assurer une veille stratégique afin d'identifier de manière précoce les sujets mettant en cause les intérêts publics, et déployer une action d'influence au niveau international.

3.5.1. Promouvoir de bonnes pratiques d'autorégulation et de corégulation

Définir des exigences de transparence et d'implication des parties prenantes partagées par les acteurs privés

Les principes préconisés pour le droit souple des acteurs publics ont vocation à être appliqués également par les acteurs privés. Ils présentent, en ce qui concerne le droit souple privé, des enjeux encore plus importants. Les pouvoirs publics ont en effet vocation à définir l'intérêt général et à arbitrer le cas échéant entre les intérêts de différentes catégories d'acteurs privés. L'exigence d'implication des parties prenantes a pour but d'éclairer la prise de décision et de favoriser l'adhésion à la norme ; elle est au service de ce rôle de définition de l'intérêt général. Les personnes privées n'ont quant à elles pas cette vocation et seule l'implication des différentes catégories d'acteurs concernés est de nature à permettre la conciliation de leurs intérêts. En d'autres termes, l'implication des parties prenantes conforte la légitimité du droit souple public mais fonde celle du droit souple privé.

S'agissant de la transparence, l'enjeu est d'identifier les auteurs du droit souple privé et leurs liens d'intérêt. Si l'identification de l'auteur de certains instruments de droit souple ne présente parfois pas de difficultés (par exemple pour le code de conduite d'une entreprise), elle est parfois moins aisée, l'instrument pouvant être présenté comme émanant d'une instance dont les membres ne sont pas forcément connus (par exemple les normes comptables IFRS, les normes COSO en matière de contrôle interne ou encore les principes européens du droit de la responsabilité). Il est souhaitable que les destinataires de l'instrument aient des informations sur

ses auteurs, sur son mode d'élaboration et sur leurs liens d'intérêts. Par nature, le droit souple d'origine privée fait appel pour son élaboration à des personnes représentant des intérêts privés ; cela n'a pas à être remis en cause, mais la transparence sur ces intérêts doit être assurée.

Le vecteur de la promotion de ces principes dans le droit souple des acteurs privés ne peut être le même que pour le droit souple public ; une circulaire du Premier ministre ne serait sans doute guère suivie d'effet. Il n'est guère envisageable de légiférer sur les conditions d'élaboration du droit souple privé, parce que le champ d'application d'une telle loi serait très difficile à définir et qu'elle risquerait de méconnaître la liberté d'association, la liberté d'expression ou la liberté d'entreprendre. Le droit souple est donc sans doute le seul moyen d'agir sur les conditions d'élaboration du droit souple privé. Les principes de transparence et d'implication des parties prenantes pourraient être inscrits dans une charte de l'autorégulation et de la corégulation.

On peut s'interroger sur la possibilité qu'une charte valable pour une très grande diversité de secteurs d'activités soit suivie d'effet. L'exemple de certaines normes techniques montre cependant qu'un texte de droit souple peut fixer des prescriptions à caractère transversal et être utilisé dans des contextes variés : c'est le cas des normes Iso 9001 sur l'assurance qualité ou, dans une démarche assez proche de celle qui est envisagée ici, la norme Afnor « NF X 50110 » sur la qualité en expertise, qui définit des règles de déontologie et de conduite d'une expertise valables quel que soit le domaine concerné.

La charte pourrait être préparée par un groupe de travail associant une diversité d'acteurs impliqués dans l'autorégulation ainsi que des personnalités qualifiées ayant une forte expérience dans le domaine de la déontologie, et adoptée *in fine* par le Conseil économique, social et environnemental (CESE) afin d'en conforter la légitimité. L'adoption d'une telle charte par le CESE se rattacherait à sa mission énoncée par l'article 1er de l'ordonnance n° 58-1360 du 29 novembre 1958 modifiée portant loi organique, selon laquelle « *représentant les principales activités du pays, le Conseil favorise leur collaboration* ».

Proposition n° 19 : Élaborer une charte de l'autorégulation et de la corégulation, pour le droit souple émanant des acteurs privés. Y inscrire des recommandations d'implication des parties prenantes et de transparence sur l'identité des personnes ayant participé à l'élaboration d'un instrument de droit souple et sur leurs liens d'intérêt.

Cette charte pourrait être adoptée par le Conseil économique, social et environnemental.

Décliner ces principes dans différents domaines du droit souple privé

Trois propositions peuvent être faites pour décliner ces principes dans quatre secteurs où intervient le droit souple privé : la RSE, la gouvernance des entreprises et les normes techniques.

Les démarches de RSE relèvent par nature d'un engagement volontaire des entreprises et l'État n'a donc pas vocation à les normaliser de manière excessive. Il peut toutefois contribuer de manière significative à leur développement quantitatif et qualitatif. La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, dite « loi NRE », a joué un rôle important dans l'essor de la RSE en France en imposant aux sociétés cotées que le rapport annuel soumis à l'assemblée des actionnaires comporte des informations sur la manière dont la société prend en compte les conséquences sociales et environnementales de son activité. La loi du 12 juillet 2010, dite « Grenelle II », et son décret d'application du 24 avril 2012 ont lancé une nouvelle étape, en prévoyant l'extension de cette obligation aux sociétés non cotées de taille importante et en créant une obligation de vérification par un organisme tiers indépendant.

Il importe de disposer d'un recul suffisant sur l'effet de cette réforme avant de décider de nouvelles évolutions. Toutefois, plusieurs pistes peuvent dès à présent être envisagées. Le cadre législatif et réglementaire issu de la loi « Grenelle II » laisse l'entreprise entièrement libre du contenu des engagements qu'elle prend et n'impose que la liste des rubriques pour lesquelles elle doit donner des informations dans son rapport annuel[334]. Le fait de se conformer à un « *référentiel national ou international en matière sociale ou environnementale* » n'est qu'une faculté[335]. Il est pourtant souhaitable que les entreprises appliquent des référentiels reconnus, tels que les principes directeurs définis par les organisations internationales (Nations unies, OIT, OCDE) ou les standards les plus notoires parmi ceux produits par des organismes privés (GRI, norme Iso 26 000), parce que ceux-ci sont plus légitimes et souvent plus exigeants que des engagements définis de manière unilatérale. Ils sont en outre plus facilement « auditables » ou vérifiables, car ils sont souvent associés à des démarches de contrôle et de certification, et favorisent la comparaison entre les entreprises. Sans imposer, à ce stade, de se référer à l'un de ces standards, l'État pourrait, de manière concertée avec les parties prenantes de la « conférence environnementale »[336], définir par une recommandation les standards qu'il considère comme les plus pertinents et dont il préconise l'utilisation. Il pourrait par la même voie déconseiller les standards qu'il considère comme insuffisamment exigeants, notamment parce que les engagements qu'ils comportent se situent en-deçà des droits fondamentaux tels qu'ils sont protégés par les conventions internationales, en particulier celles de l'OIT.

334. Cette liste est définie par l'article R. 225-105-1 du code de commerce et couvre de multiples domaines : santé et sécurité au travail, égalité de traitement entre les hommes et les femmes, lutte contre le changement climatique, relations avec les sous-traitants et fournisseurs, etc.

335. Dernier alinéa de l'article R. 225-105.

336. La démarche de la « conférence environnementale » a succédé en 2012 à celle du « Grenelle de l'environnement ». La première conférence environnementale a eu lieu les 14 et 15 septembre 2012 et une prochaine session est prévue en septembre 2013. Comme le Grenelle de l'environnement, la conférence environnementale repose sur le principe d'une « concertation multi-acteurs », qui implique les organisations non gouvernementales, les organisations syndicales, les organisations d'employeurs, les collectivités territoriales et l'État, avec en outre une implication renforcée des parlementaires.

En outre, dans le cadre de la démarche d'allégement des obligations réglementaires des entreprises, il serait pertinent de réfléchir à la convergence de différentes obligations en matière sociale et environnementale, afin d'éviter les redondances. À cet égard, l'intérêt du bilan social créé par une loi du 12 juillet 1977[337] paraît aujourd'hui incertain. Certes, les deux dispositifs se distinguent par leur champ d'application (le bilan social doit être réalisé par les entreprises de plus de 300 salariés, alors que les seuils de réalisation du rapport RSE sont plus élevés[338]) et les destinataires du rapport (le bilan social est destiné au comité d'entreprise, alors que le rapport RSE s'adresse aux actionnaires). Il serait cependant envisageable de prévoir que pour les entreprises soumises à l'obligation de rapport RSE, sa réalisation vaut accomplissement de l'obligation de présentation du bilan social, à condition que le rapport ait été préalablement soumis au comité d'entreprise.

Proposition n° 20 : Promouvoir des démarches de RSE auditables et comparables en préconisant le recours à des standards internationaux communément acceptés.

Rationaliser les différentes obligations de compte-rendu (« reporting ») incombant aux entreprises en matière sociale et environnementale, en favorisant notamment la convergence entre l'obligation de bilan social et celle relative au rapport RSE.

Le code de gouvernement d'entreprise adopté par l'AFEP et le MEDEF en juin 2013 présente des évolutions significatives par rapport aux versions précédentes. Outre les questions de fond[339], deux modifications présentent un intérêt particulier au vu de la doctrine d'emploi préconisée par cette étude. La première tient à la consultation préalable, avant l'adoption du code, de parties prenantes autres que les entreprises, notamment les pouvoirs publics (direction générale du trésor et AMF) et les représentants des investisseurs. La seconde porte sur le contrôle de la mise en œuvre, dont les limites avaient été relevées dans la deuxième partie de cette étude (cf. *supra* 2.2.2). Un Haut comité est désormais chargé de suivre l'application des recommandations par les entreprises et est doté d'une faculté d'autosaisine.

Il est cependant regrettable que le processus de consultation des parties prenantes n'ait pas été rendu public. Le fait de rendre publique au moins la liste des acteurs impliqués dans l'élaboration, sinon le contenu de leurs positions, aurait conforté aux yeux du public le sentiment que le code a été élaboré de manière partenariale, et en aurait ainsi renforcé la légitimité. Il serait souhaitable que les prochaines révisions se fassent selon un tel processus, de même que l'évaluation annoncée d'ici un an.

337. Cf. aujourd'hui les articles L. 2323-68 à L. 2323-77 du code du travail.

338. Outre les sociétés cotées, les sociétés non cotées doivent réaliser un rapport RSE si, d'une part, elles comptent plus de 500 salariés et, d'autre part, si elles ont soit un bilan soit un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros (article R. 225-104 du code de commerce).

339. Introduction du vote consultatif des actionnaires sur les rémunérations des dirigeants ; nouvelles recommandations concernant les administrateurs salariés, conformément à la loi sur la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 ; limitation du nombre de mandats détenus par un administrateur incluant désormais les mandats des sociétés étrangères.

Une évolution ultérieure pourrait consister à dépasser la simple consultation des parties prenantes pour aller vers une véritable coproduction, comme c'est le cas en Allemagne ou au Royaume-Uni. Ceci nécessiterait une modification de la loi (articles L. 225-37 et L. 225-68 du code de commerce), car elle dispose aujourd'hui que le code de référence est élaboré par « *les organisations représentatives des entreprises* ». La nouvelle loi pourrait prévoir que le code est élaboré par une commission associant des organisations représentatives des entreprises, des salariés et des investisseurs, ainsi que les pouvoirs publics.

Proposition n° 21 : Faire évoluer le processus d'élaboration du code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées :

- en rendant public le processus de consultation des parties prenantes et d'évaluation ;

- dans une étape ultérieure, en envisageant de modifier la loi pour prévoir que le code de référence soit élaboré non seulement par les organisations représentatives des entreprises, mais aussi par celles des salariés et des investisseurs ainsi que par les pouvoirs publics.

Le principe de la participation des parties prenantes (entreprises y compris les PME, associations de consommateurs et de protection de l'environnement, syndicats de salariés, collectivités territoriales) à l'élaboration des normes techniques est inscrit dans le décret du 16 juin 2009 relatif à la normalisation et est une des priorités d'action de l'Afnor. Sa mise en œuvre n'est toutefois pas aisée, car elle se heurte à l'inégalité des moyens dont disposent les acteurs pour s'impliquer dans ces exercices et à la contrainte financière qui pèse sur l'Afnor : confrontée à une réduction de la subvention de l'État, celle-ci est plus dépendante des frais de participation aux travaux de normalisation. La difficulté est encore plus importante pour l'élaboration des normes européennes et internationales, l'implication dans de telles instances exigeant des moyens importants ; l'inégalité des capacités de *lobbying* des différents acteurs y fait sentir tous ses effets.

Plusieurs actions pourraient cependant être envisagées pour accroître la diversité des parties prenantes :

- L'Afnor pourrait mettre en place un suivi quantitatif précis de cette participation dans les commissions de normalisation.

- La gratuité de la participation, qui ne s'applique aujourd'hui en vertu du décret du 16 juin 2009 qu'aux associations de consommateurs et de protection de l'environnement agréées, aux syndicats de salariés représentatifs, aux PME de moins de 250 salariés et aux établissements publics d'enseignement et à caractère scientifique et technologique, pourrait être étendue aux collectivités territoriales en-deçà d'une certaine taille (par exemple aux communes de moins de 50 000 habitants).

- Des conventions de partenariat pourraient être conclues entre l'Afnor et les acteurs dont elle souhaite développer l'implication, notamment les associations

de collectivités territoriales et les fédérations professionnelles. Ces conventions pourraient favoriser la mobilisation de ces acteurs, leurs groupements agissant comme des médiateurs pour susciter la participation de collectivités et de PME aux commissions de normalisation.

- Le délégué interministériel aux normes pourrait recourir plus fréquemment à son pouvoir d'opposition à l'homologation lorsque l'association des parties prenantes n'a pas été suffisante.

Proposition n° 22 : Assurer une plus grande effectivité de l'implication des parties prenantes dans l'élaboration des normes techniques.

Veiller à ce que les pouvoirs publics conservent la maîtrise de la décision dans les situations de corégulation

La corégulation implique la coproduction de la norme par les acteurs publics et privés. Elle peut être assurée par différentes techniques, notamment le renvoi de la mise en œuvre du droit dur à des normes facultatives définies par des acteurs privés (cas des directives « nouvelle approche ») ou l'homologation par les pouvoirs publics de normes préparées par des acteurs privés (cas des normes techniques homologuées par l'Afnor[340] ou des codes de conduite sur la commercialisation des instruments financiers homologués par l'AMF). Elle présente l'intérêt de concilier une association très poussée des acteurs privés à la production de la norme, de nature à susciter leur adhésion à son égard, tout en maintenant un pouvoir de décision de la puissance publique, à la différence de l'autorégulation.

Elle présente cependant des risques importants de « capture »[341] de la régulation publique par les intérêts privés. L'élaboration de la norme étant confiée à des acteurs privés, la puissance publique risque de ne pas être en mesure d'apprécier pleinement les enjeux de la norme qui lui est proposée. La corégulation risque alors d'apporter un surcroît de légitimité à une norme privée sans assurer de manière efficace la protection des intérêts publics.

Il est donc nécessaire que les pouvoirs publics conservent une capacité propre d'expertise, leur permettant d'évaluer les avantages et les inconvénients des normes qui leur sont proposées et de prendre leurs décisions d'homologation de manière éclairée. Lorsqu'il n'est pas possible d'assurer cette contre-expertise par des moyens propres à la personne publique, celle-ci ne doit pas hésiter à solliciter une expertise tierce, qui lui permettra d'obtenir un autre point de vue que celui de son corégulateur.

Proposition n° 23 : Dans les domaines de corégulation, veiller à la conservation par les pouvoirs publics d'une capacité propre d'expertise.

340. Qui est une personne de droit privé mais agit en tant que délégataire d'une mission de service public qui lui est confiée par l'État ; le délégué interministériel aux normes, placé sous l'autorité du ministre chargé de l'industrie, peut s'opposer à l'homologation.
341. Phénomène théorisé par les économistes, notamment le prix Nobel d'économie George Stigler.

3.5.2. Organiser une veille stratégique des pouvoirs publics

L'adoption d'instruments de droit souple par les acteurs privés, en matière de gouvernance des entreprises, de responsabilité sociale et environnementale, de relations commerciales, de consommation ou encore d'internet, est un phénomène omniprésent. Il serait vain pour les pouvoirs publics de prétendre l'encadrer, au sens où ils s'efforceraient de l'insérer dans une politique dont ils définiraient les objectifs et de prohiber les manifestations qui leur sembleraient inappropriées. Une telle volonté d'encadrement se heurterait d'ailleurs à des obstacles juridiques, l'émission de droit souple pouvant être rattachée à l'exercice de la liberté d'association, de la liberté d'expression ou de la liberté d'entreprendre.

Les pouvoirs publics ne peuvent cependant pas se désintéresser du droit souple des acteurs privés. Ils doivent être en mesure d'apprécier l'influence des instruments de droit souple sur le comportement des acteurs concernés, afin d'identifier ceux qui présentent la plus grande importance pratique et de déceler le cas échéant ce qui met en cause l'intérêt public. Le droit souple peut concerner un domaine qui fait également l'objet d'une intervention normative publique, comme c'est le cas par exemple de la RSE ; il existe alors nécessairement des interférences et des rapports qui peuvent être de complémentarité mais aussi de concurrence. Des standards internationaux définis par des organismes privés peuvent exercer une forte influence sur les règles de droit, comme cela a été le cas des normes comptables IFRS. Une approche abstraite pourrait laisser penser qu'un État souverain ne reprend des instruments de droit souple dans son droit dur que s'il le veut bien ; une analyse plus sociologique montre que l'élaboration de la règle de droit est perméable aux concepts en vogue au niveau international, et qu'il existe des rapports de force poussant les États à se conformer à des standards très utilisés. Il importe donc de déceler à temps ces jeux d'influence. Enfin, le droit souple élaboré par des acteurs privés peut comporter un risque systémique pour l'ensemble de l'économie, comme l'ont montré les difficultés nées de l'autorégulation des activités financières.

L'État doit donc se doter d'une capacité de veille stratégique sur le droit souple élaboré par les acteurs privés. Celle-ci peut ouvrir la voie, lorsqu'un enjeu est identifié, à différentes formes d'action. L'État peut promouvoir, par des moyens qui peuvent relever eux-mêmes du droit souple, l'application de principes de transparence et d'implication des parties prenantes dans l'élaboration du droit souple privé. Il peut s'efforcer d'exercer une influence sur son contenu. Il peut enfin toujours, du moins dans l'ordre interne, imposer l'application de règles de droit lorsque la régulation par les acteurs privés s'avère gravement défaillante. Toutes ces voies d'action ne peuvent cependant être mises en œuvre avec discernement que si l'État a mis en place cette fonction de veille.

Celle-ci requiert une organisation adaptée. La veille sur le droit souple international fait l'objet de développements spécifiques ci-après (cf. proposition n° 25). Sur le plan interne, la veille stratégique serait assurée par un réseau des administrations les plus concernées par le droit souple. Seraient appelées à participer à ce réseau

aussi bien des directions d'administration centrale que des autorités administratives indépendantes : on peut mentionner notamment la direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services (DGCIS), la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), l'Autorité des marchés financiers (AMF) ou la Haute Autorité de santé (HAS).

On peut mentionner également, comme source d'inspiration sur le recensement des pratiques, la « base de données sur l'autorégulation et la corégulation » mise en place en 2005 par le Comité économique et social européen et la Commission européenne. Celle-ci recense les pratiques d'autorégulation et de corégulation à caractère européen, principalement dans le domaine du marché unique. S'il souhaitait jouer un rôle similaire à son homologue européen, le CESE français pourrait contribuer à alimenter le recensement et la veille sur le droit souple des acteurs privés.

Proposition n° 24 : Doter l'État d'une capacité de veille stratégique sur le droit souple des acteurs privés, en s'appuyant sur un réseau des administrations les plus concernées.

3.5.3. Déployer une influence sur le contenu du droit souple au niveau international

Plusieurs travaux récents, du Livre blanc sur la politique étrangère et européenne de la France de 2008 au rapport sur l'influence normative internationale de la France commandé par la ministre du commerce extérieur[342], ont souligné les enjeux d'influence, souvent qualifiée de *soft power*, s'attachant à l'élaboration des instruments de droit souple au niveau international. Deux types d'enjeux sont soulignés : l'adoption de standards techniques internationaux correspondant aux procédés de production développés dans un pays est un avantage compétitif important ; la promotion d'exigences sociales et environnementales de haut niveau dans les échanges internationaux se joue largement aujourd'hui à travers la production d'instruments de droit souple. Cependant, compte tenu de la multiplicité des instances et de l'abondance sans cesse croissante de la production normative[343], un effort de définition de priorités sur lesquelles investir les capacités d'influence françaises, le cas échéant par l'entremise de l'Union européenne dans ses domaines de compétences, apparaît nécessaire. Les domaines prioritaires seraient ceux qui combinent deux caractéristiques : d'une part, ils présentent des enjeux majeurs pour les intérêts français ou les valeurs que notre pays souhaite promouvoir ; d'autre part, notre pays y dispose déjà d'atouts lui permettant d'exercer une influence. Plusieurs axes pourraient en ce sens être mis en valeur :

342. Délégation interministérielle à l'intelligence économique, *Normalisation internationale et stratégies d'influences : bilan et propositions, synthèse publique*, janvier 2012 ; C. Revel, *Développer une influence normative internationale stratégique pour la France*, rapport à la ministre du commerce extérieur, janvier 2013.

343. La production de l'Iso a ainsi progressé de 30 % depuis 2003 et atteint 100 normes nouvelles ou révisées publiées chaque mois.

- Les documents relatifs aux « principes et orientations des opérations de maintien de la paix », réalisés par le département des opérations de maintien de la paix du secrétariat général de l'ONU, qui s'inspirent des résolutions et déclarations pertinentes des organes principaux des Nations Unies, mais qui vont au-delà en précisant les modalités pratiques de mise en œuvre ; ces codes de conduite et directives internes vont ainsi avoir des effets sur le comportement de tous les acteurs, militaires et policiers mis à disposition par les États membres, ONG et opérateurs privés, bien au-delà des seuls personnels des Nations Unies stricto sensu.

- La définition de principes nouveaux en matière de fiscalité des entreprises multinationales : le rapport de l'OCDE de février 2013, *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices*, a marqué les esprits en soulignant l'ampleur de la réduction de la charge fiscale à laquelle parviennent les multinationales par des mécanismes légaux et l'obsolescence des règles juridiques. Le G20 a mandaté l'OCDE pour formuler des propositions pour le mois de juillet 2013. Il s'agit d'un enjeu essentiel pour la France, qui a besoin de dégager les ressources nécessaires au financement d'un niveau de dépenses publiques qui restera élevé.

- La participation à la définition de principes directeurs et de contrats-types en matière de projets d'investissement sécurisés coproduits par le secteur public et le secteur privé, notamment au sein de la Banque mondiale, présente un grand intérêt pour la France pour trois raisons convergentes : les besoins considérables en matière de financement d'infrastructures dans les décennies à venir (cf. multiplication des annonces de programmes d'investissement ces derniers mois au Brésil, aux États-Unis, etc.) ; l'existence d'une tradition contractuelle française ancienne, celle des concessions, qui devrait être inscrite dans le droit de l'Union européenne avec la proposition de directive soumise par la Commission ; la force du tissu industriel français dans ce domaine.

- De même, il apparaît nécessaire de développer les partenariats public-privé ou « multiacteurs » tels que celui initié en 2005 entre la France et l'Union internationale pour la conservation de la nature (UICN) en faveur de la conservation de la biodiversité mondiale.

- Les questions de normes en matière agricole, notamment les normes sanitaires élaborées au sein de la commission du *Codex Alimentarius*, présentent des enjeux majeurs à la fois sur le plan économique et sur celui des principes, les affrontements entre les conceptions européennes, soucieuses de défendre les « préférences collectives » et le principe de précaution, et celles des États-Unis et du groupe de Cairns, étant récurrents.

- Les normes de RSE peuvent concourir aux objectifs poursuivis par la France de standards sociaux et environnementaux plus élevés dans la mondialisation. Les instances qui produisent ces normes ne devraient donc pas être négligées, la France pouvant y promouvoir une conception exigeante, prenant comme socle les conventions internationales relatives aux droits fondamentaux, notamment celles de l'OIT, et axée sur une meilleure vérification des engagements pris.

- Quant aux normes comptables, si l'obligation de respecter les standards IFRS a été actée par le règlement du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales, le sujet ne doit pas être considéré comme clos. Il est possible d'influer sur les évolutions ultérieures, tant au sein de l'IFRS qu'en agissant sur la reprise de ces évolutions dans le cadre du règlement de 2002[344], voire à moyen terme dans le cadre d'une évolution de ce règlement. En outre, un nouveau sujet est à l'ordre du jour, celui des normes comptables applicables aux administrations publiques. Dans le cadre de la mise en œuvre du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) et de la directive n° 2011/85 du 8 novembre 2011[345], la Commission a engagé auprès des États une consultation sur l'opportunité de reprendre les normes élaborées par l'IPSAS (*International Public Sector Accounting Standards*), selon un schéma qui aurait été assez similaire à celui du règlement de 2002 et de l'IFRS. Plusieurs États dont la France ont fait part de réserves importantes, liées notamment au manque de légitimité de l'IPSAS, organisme rattaché à une fédération internationale d'experts comptables, l'IFAC (*International Federation of Accountants*), sans implication organisée des États et des organisations publiques internationales compétentes telles que le FMI et l'OCDE. Dans son rapport de bilan de la consultation[346], la Commission a pris acte de ces réticences et préconise désormais l'adoption de standards européens, qu'elle qualifie d'EPSAS (pour *European Public Sector Accounting Standards*). Elle souligne cependant la nécessité de ne pas créer de « *divergences superflues entre les EPSAS et les IPSAS, d'une part, ni entre les EPSAS et les IFRS* ». Ce sujet témoigne, une nouvelle fois, de l'importance de ces structures privées de normalisation internationale, dont les travaux ont une certaine propension à être repris dans le droit dur, notamment par l'entremise des institutions de l'Union européenne.

Proposition n° 25 : Faire de l'influence dans certains lieux bien sélectionnés de la production de normes internationales de droit souple une priorité de la politique extérieure de la France.

344. Celui-ci prévoit que la Commission décide de la reprise des évolutions ultérieures des normes IFRS et qu'elle est assistée dans cette tâche par un « comité de réglementation comptable », où les États sont représentés et auquel il convient donc de prêter une attention particulière.

345. L'article 16 de la directive n° 2011/85 du 8 novembre 2011 sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres, l'une des composantes du « *six-pack* », dispose que « *pour le 31 décembre 2012 au plus tard, la Commission procède à une évaluation de l'adéquation, pour les États membres, des normes comptables internationales pour le secteur public* ».

346. *Vers l'application de normes comptables harmonisées pour le secteur public dans les États membres. L'adéquation des IPSAS pour les États membres*, rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, mars 2013, COM(2013) 114.

Conclusion

Au terme des investigations consacrées au droit souple, sans doute n'est-il pas inutile de revenir sur les raisons du choix du sujet de l'étude et de la formulation-même de son intitulé. Vérifier la pertinence des intuitions et des hypothèses présentées en prémices de ce travail est un exercice risqué mais revigorant.

On le sait, le choix des mots n'est jamais neutre. En retenant « le droit souple » comme sujet de son étude annuelle 2013, le Conseil d'État, qui dans ses *Considérations générales* du rapport public 1991, parlait de « droit mou », en fournit une nouvelle illustration.

Le Conseil d'État se doit d'assumer, dans la durée, les évolutions qu'il préconise et les positions qu'il adopte. La pratique éprouvée de la collégialité au niveau de ses différentes formations l'y aide et favorise ces adaptations.

Si l'emploi du vocable « droit mou » marquait une distanciation certaine par rapport à la présence dans notre appareil normatif d'instruments dépourvus d'obligation et de sanction, et entendait proscrire des dispositions qui n'avaient pas leur place dans le droit dur, l'usage des termes « droit souple », moins péjoratifs, témoigne de la prise en considération d'un phénomène grandissant en France comme à l'étranger sans qu'il soit question, pour autant, de prôner une adhésion enthousiaste et sans bornes à cette forme de droit.

Il faut le rappeler, le Conseil d'État ne craint pas d'affirmer son attachement au droit qui « *ordonne, prescrit ou interdit* » selon la formule de Portalis. Il est le défenseur constant de l'intelligibilité de la norme, un protecteur vigilant de la sécurité juridique, un gardien actif de la hiérarchie des normes au sein de laquelle le droit « dur » occupe, par construction, la première place.

Pour autant, il se devait d'analyser le phénomène de la profusion des instruments de droit souple émanant aussi bien des organismes publics que d'acteurs privés. Dès lors qu'il a montré que le droit souple relève bien du droit, le Conseil d'État aurait manqué à son office d'analyste des évolutions juridiques et de conseiller du Gouvernement et du Parlement, s'il n'avait décidé de se prononcer sur les causes profondes de la multiplication des instruments de droit souple, s'il n'en avait proposé une définition précise et opératoire, s'il n'en avait analysé les fonctions, s'il n'avait pris position sur la normativité de ce droit et surtout, s'il n'avait avancé une série de propositions opérationnelles permettant un usage approprié du droit souple.

Ce fut l'ambition de cette étude.

Le Conseil d'État s'est gardé d'une approche « idéologique » du droit souple considéré par les uns comme le vecteur de la déréliction du droit et, par les autres, comme l'expression juridique de la « postmodernité », où la flexibilité est reine.

L'idée simple qui a sous-tendu l'étude du Conseil d'État est qu'il était nécessaire de mieux connaître le droit souple, de le situer par rapport au droit dur afin de rendre à ce dernier son exacte mission. Il s'agit ainsi de proposer un mode d'emploi raisonné du droit souple qui en fixe la place et les limites, en signale l'utilité et en prévient les dangers et dérives. Les vingt-cinq propositions de l'étude définissent une doctrine d'emploi utile aux pouvoirs publics et à l'ensemble des acteurs, qu'ils en soient producteurs ou utilisateurs.

Si « l'État-commandeur » existe toujours et reste indispensable, notamment dans une période troublée nécessitant des garanties fortes et fermes, il est incontestable que la frontière entre l'État et la société civile est de plus en plus poreuse et que, de ce fait, l'État doit être aussi, selon le contexte, modeste, négociateur, expérimentateur et partenaire. C'est dans cette perspective que le droit souple, instrument partagé par de nombreux protagonistes, trouve une place utile. Ce droit est résolument instrumental, circonscrit le plus souvent à un secteur d'activité bien précis. De fait, la principale force potentielle du droit souple est son effectivité ; il suppose, impose ou expose une faculté d'adaptation à la multiplicité des circonstances concrètes à laquelle un droit plus rigide se heurterait par sa généralité ; il favorise l'expérimentation et l'assouplissement du droit dur en préconisant des dispositions spécifiques, parfois limitées dans l'espace ou dans le temps. De plus, il évite le recours systématique à l'édiction de règles profuses et intrusives dont l'accueil est incertain et l'application souvent rejetée.

L'étude a aussi montré les risques inhérents du recours au droit souple. L'incertitude sur la portée juridique des instruments de droit souple est, dans certains cas, entretenue par leurs émetteurs. Le recours immodéré au droit souple peut être l'occasion de véritables instrumentalisations dont il faut soigneusement se prémunir. Les entreprises en mal de reconnaissance, les groupes d'intérêt en mal d'influence, peuvent être tentés par les instruments pour esquiver les contraintes de l'ordre juridique. De plus, la fragmentation et la polyvalence du processus normatif souple sont souvent accompagnées d'une dilution des responsabilités.

L'étude du Conseil d'État a dû procéder à une balance « avantages-risques » du droit souple. Elle en a tiré trois enseignements majeurs.

Le premier enseignement est que **le droit souple,** parce qu'il est susceptible d'exercer une forte influence sur les comportements en dehors d'un cadre juridique strictement normé, **pose la question des conditions de sa légitimité**. Il convient de veiller à ce que les auteurs du droit souple ne sortent de leur domaine de compétence. De plus, la légitimité du droit souple dépend des conditions de son élaboration qui doit respecter des exigences de transparence et d'implication des parties prenantes concernées. Parce que le droit souple est susceptible de mettre en cause l'intérêt général, les pouvoirs publics doivent veiller à la prévention des risques d'illégitimité et d'insécurité juridique, surtout lorsque le droit souple émane

d'acteurs privés. L'État doit donc se doter d'une capacité de veille stratégique sur le droit souple d'origine privée.

Le deuxième enseignement que le Conseil d'État retient de l'étude qu'il a conduite est que le recours approprié au droit souple doit favoriser une **sensible amélioration de la qualité du droit,** en réduisant la production législative et réglementaire et en renforçant l'attention portée à la pertinence et à la finalité du contenu de la règle. Grâce à lui, l'État peut être mieux préparé à la régulation dans les domaines économique, social et environnemental. Le développement de l'État régulateur postule la mise en place de nouveaux instruments juridiques sans qu'il soit renoncé à la force de la règle et au contrôle du juge.

Le **troisième apport de l'étude** est de définir **une doctrine de recours et d'emploi du droit souple**. Bien utilisé, le droit souple peut être l'un des leviers d'un recentrage du droit dur sur les exigences essentielles. Proposer une doctrine de recours et d'emploi du droit souple, ce n'est en rien promouvoir un développement débridé de ce dernier. C'est au contraire donner des instruments pour le prévenir ou l'éviter. Ce n'est certainement pas instiller la confusion avec le droit dur. Le droit souple partage avec le droit dur l'appartenance au droit et il existe entre eux un *continuum*, une gamme de « normativité graduée » imposant la prise en considération de règles et garanties tout en permettant de les adapter, de manière encadrée, aux situations particulières. Comme le Conseil d'État l'a déjà écrit dans ses rapports publics de 1991 et de 2006 sur la sécurité juridique, il n'est pas souhaitable de voir se développer, dans les instruments privilégiés de droit dur que sont les lois et les décrets, des énoncés qui relèvent en réalité du droit souple et ne sont pas normatifs au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Faire en sorte que le droit souple contribue pleinement à la politique de simplification des normes et de la qualité de la réglementation engagée par le Gouvernement, telle est l'ambition de cette doctrine de recours et d'emploi du droit souple.

***

Le développement du droit souple est souvent regardé comme un symptôme de la dégradation de la norme, et ce faisant de l'affaiblissement de l'État. Le Conseil d'État ne partage pas ce point de vue car le droit souple peut au contraire contribuer au renouvellement de l'État, par un élargissement de la gamme des moyens d'action des pouvoirs publics et par une relation réfléchie et vigilante à l'action normative des acteurs privés. Ce développement ne se fera pas à n'importe quelle condition ; il doit s'inscrire, comme il a été dit, dans une doctrine de recours et d'emploi appropriée et aussi dès lors que sont respectés les principes d'égalité et de non-discrimination. Le Conseil d'État, conformément à son office de gardien des droits fondamentaux et de conseil de l'administration, retient du droit souple son utilité et son effectivité au service de la relation qu'entretiennent l'administration et les usagers. L'administration y trouve de nouvelles marges de manœuvre et d'action, les usagers, de leur côté, sont placés dans une situation plus ouverte, disposant de solutions alternatives à la contrainte et dont il aura été vérifié qu'elles sont juridiquement sécurisées.

Le droit dur n'a pas à craindre cette émulation ; il en ressortira renforcé.

Le moment est venu d'ouvrir d'autres perspectives mettant l'accent sur la pertinence d'une conception élargie de la normativité que représente le droit souple. La norme ne se limite pas à la règle ayant vocation à « *ordonner, prescrire ou interdire* » ; elle peut être aussi une référence et donc « *inciter, recommander, orienter* ». Le droit souple présente, en raison de sa valeur d'usage, l'utilité, chère au doyen Carbonnier, d'un « *flexible droit* ».

Récapitulatif des mesures proposées

Proposition n°1

Analyser l'opportunité du recours au droit souple en fonction d'un faisceau de critères, organisé en trois « tests » cumulatifs : le test d'utilité, le test d'effectivité et le test de légitimité.

Pour conduire **le test d'utilité**, examiner si le droit souple envisagé remplit à l'égard du droit dur une fonction de substitution, de préparation, d'accompagnement ou d'alternative pérenne.

Pour conduire l**e test d'effectivité**, prendre en compte les critères suivants :
- la probabilité d'une dynamique d'adhésion ou au contraire l'existence de fortes oppositions parmi les destinataires ;
- l'évaluation des résultats d'une utilisation antérieure ;
- les difficultés d'assurer le contrôle d'un instrument de droit dur.

Pour conduire **le test de légitimité**, vérifier si :
- le droit souple n'est susceptible, en aucun cas, de porter atteinte à une liberté ou un droit fondamental et, d'une manière générale, à des règles de droit international fixant des *minimas* indérogeables ;
- s'agissant du droit souple émis par des personnes publiques, l'auteur est compétent dans le domaine concerné ;
- s'agissant du droit souple émis par des personnes privées, il n'exerce pas une influence excessive sur la situation de tiers.

Proposition n°2

Inciter les administrations à recourir, lorsque c'est approprié, aux directives au sens de la jurisprudence Crédit foncier de France, renommées « lignes directrices ».

Le recours aux lignes directrices pourrait notamment être développé pour remplir quatre fonctions :
- La définition de critères et de priorités, notamment en matière d'attribution des aides en matière économique, sociale ou environnementale ou de gestion des agents publics.
- L'orientation d'échelons déconcentrés disposant d'un pouvoir d'appréciation.
- L'accompagnement d'un pouvoir de dérogation individuel à la règle de droit, préalablement encadré par la loi ou le décret.
- La définition d'orientations en matière de gestion des agents publics.

Proposition n°3

Consacrer, par une évolution de la jurisprudence ou l'adoption d'une disposition législative, la possibilité pour les chefs de service de **définir par des lignes directrices**, sans renoncer à leur pouvoir d'appréciation, **les orientations générales qu'ils retiennent concernant la gestion des fonctionnaires et des agents publics.**

Proposition n°4

Favoriser la rédaction de textes législatifs et réglementaires plus brefs en :

- ménageant la possibilité pour les autorités chargées de leur application de préciser leur portée par voie de lignes directrices ou de recommandations ;

- renvoyant explicitement au droit souple, par exemple à des normes techniques, le soin d'assurer leur mise en œuvre.

Proposition n°5

Encourager, plutôt que l'édiction de normes contraignantes, **l'élaboration de recommandations de bonnes pratiques dans les domaines de compétences décentralisées** et, en particulier, sur les conditions techniques d'exercice de ces compétences, selon des modalités qui garantissent l'implication des collectivités territoriales.

Proposition n°6

Appliquer aux catégories de schéma existantes et à tout projet de création d'une nouvelle catégorie **un bilan coût-avantages**, permettant de déterminer leur utilité. Abroger les schémas n'ayant pas fait la preuve de leur utilité.

Proposition n°7

Assurer l'implication des principales parties prenantes dans l'élaboration du droit souple par les pouvoirs publics.

Proposition n°8

Conduire les consultations nécessaires préalablement à l'adoption de lignes directrices selon des modalités appropriées à l'importance du sujet concerné.

Proposition n°9

Réfléchir aux conséquences, sur le calendrier parlementaire, du poids nouveau **des recommandations des institutions de l'Union européenne sur les politiques économiques et budgétaires**, en étudiant notamment les voies suivantes :

- organisation au mois de février ou de mars d'un « débat d'orientation européen » dans chaque assemblée, qui pourrait soit être distinct du « débat d'orientation des finances publiques » prévu par l'article 48 de la LOLF, soit être fusionné avec celui-ci ; dans cette dernière hypothèse, la loi organique serait modifiée en conséquence ;

- organisation par le Gouvernement au cours du mois d'avril, sur le fondement de l'article 50-1 de la Constitution, d'un débat suivi d'un vote dans chaque assemblée sur son projet de PSC.

Proposition n°10

Clarifier les règles de compétence en matière d'édiction du droit souple par les acteurs publics, en respectant les principes suivants :

- toute autorité investie d'un pouvoir de décision individuelle ou d'un pouvoir hiérarchique à l'égard d'une autre autorité investie d'un tel pouvoir peut définir des lignes directrices ;

- l'adoption de recommandations destinées aux tiers doit se rattacher aux missions de l'autorité émettrice.

Proposition n°11

Promouvoir l'utilisation par les pouvoirs publics d'une **nomenclature stable**, permettant de distinguer plus aisément les instruments contraignants de ceux qui ne le sont pas.

Proposition n°12

Respecter strictement dans les textes de loi **le partage entre dispositions relevant des lois de programmation et dispositions normatives** au sens de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Proposition n°13

Lorsqu'un même instrument rassemble des **dispositions impératives** et d'autres qui n'ont qu'une valeur de **recommandation, les distinguer clairement** par des règles de présentation ne laissant pas de place à l'ambiguïté.

Proposition n°14

Modifier la circulaire du 30 mai 1997 sur la négociation internationale en ce qui concerne les accords internationaux non contraignants, en reconnaissant leur existence pour mieux encadrer leur usage.

La circulaire devrait notamment énoncer les règles suivantes :

- Lorsque l'objet du projet d'accord est plus large que celui d'un arrangement administratif, ou en cas de doute sur sa portée juridique, soumission préalable pour avis au ministre des affaires étrangères.

- Nécessité de veiller à ce que la rédaction ne laisse pas d'ambiguïté sur le caractère juridiquement non contraignant.

- Publication des accords non contraignants, sauf lorsque le secret de la défense nationale ou les exigences de la conduite de la politique extérieure, telles qu'appréciées par le ministre des affaires étrangères et les autres ministres concernés, s'y opposent.

Proposition n°15

Assurer la publication des instruments de droit souple émis par les pouvoirs publics, notamment par la voie d'internet.

Veiller à la modération des tarifs d'accès aux normes techniques de l'Afnor.

Proposition n°16

Inscrire la **doctrine de recours et d'emploi du droit souple** dans une circulaire du Premier ministre, se rattachant à la politique de **qualité du droit**.

Proposition n°17

Insérer une partie consacrée au droit souple dans le guide de légistique, afin d'aider les administrations à retenir, chaque fois que possible, les solutions alternatives à la réglementation.

Compléter les études d'impact, afin qu'elles se prononcent effectivement sur la possibilité que des instruments de droit souple puissent ou non se substituer à des normes contraignantes.

Proposition n°18

Faire place au **droit souple dans la formation initiale et continue** des fonctionnaires.

Proposition n°19

Élaborer une charte de l'autorégulation et de la corégulation, pour le droit souple émanant des acteurs privés. Y inscrire des recommandations d'implication des parties prenantes et de transparence sur l'identité des personnes ayant participé à l'élaboration d'un instrument de droit souple et sur leurs liens d'intérêt.

Cette charte pourrait être adoptée par le Conseil économique, social et environnemental.

Proposition n°20

Promouvoir des démarches de RSE auditables et comparables en préconisant le recours à des standards internationaux communément acceptés.

Rationaliser les différentes obligations de compte-rendu (« *reporting* ») incombant aux entreprises en matière sociale et environnementale, en favorisant notamment la convergence entre l'obligation de bilan social et celle relative au rapport RSE.

Proposition n°21

Faire évoluer le processus d'élaboration du code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées :

- en rendant public le processus de consultation des parties prenantes et d'évaluation ;

- dans une étape ultérieure, en envisageant de modifier la loi pour prévoir que le code de référence soit élaboré non seulement par les organisations représentatives des entreprises, mais aussi par celles des salariés et des investisseurs ainsi que par les pouvoirs publics.

Proposition n°22

Assurer une plus grande effectivité de l'**implication des parties prenantes dans l'élaboration des normes techniques**.

Proposition n°23

Dans les domaines de corégulation, veiller à la **conservation par les pouvoirs publics d'une capacité propre d'expertise**.

Proposition n°24

Doter l'État d'une capacité de **veille stratégique sur le droit souple des acteurs privés**, en s'appuyant sur un réseau des administrations les plus concernées.

Proposition n°25

Faire de l'influence dans certains lieux bien sélectionnés **de la production de normes internationales de droit souple une priorité** de la politique extérieure de la France.

Annexes

Annexe 1 – **Liste des personnes auditionnées**

Annexe 2 – **Le champ lexical du droit souple : un échantillon de termes rencontrés dans plusieurs domaines d'activité**

Annexe 3 – **Éléments de droit comparé : la *soft law* et son utilisation dans les pays de *common law***

Annexe 4 – **Éléments de droit comparé : la *soft law* et son utilisation en droit comparé romano-germanique**

Annexe 1 – Liste des personnes auditionnées

* Les fonctions mentionnées en italique sont celles exercées au moment de l'audition.
* Sauf indication contraire, les auditions ont eu lieu au Conseil d'État.

Personne auditionnée	date
M. Ronny ABRAHAM, *vice-président de la Cour internationale de justice*	1er octobre 2012
M. Loïc AMRAND, *président de l'Oréal France, vice-président du Conseil paritaire de la publicité (CPP), Autorité de régulation professionnelle de la publicité*	7 janvier 2013
M. Jacques ARRIGHI de CASANOVA, *président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État*	30 novembre 2012
M. François d'AUBERT, *président de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP)*	7 janvier 2013
M. Jean-Bernard AUBY, *professeur de droit public, directeur de la chaire Mutations de l'action publique et du droit public à l'Institut d'études politiques de Paris*	13 novembre 2012
M. Alain BAZOT, *président de l'Union fédérale des consommateurs – Que choisir ?*	13 mai 2013
M. Denys de BECHILLON, *professeur de droit public, université de Pau et des Pays de l'Adour*	19 novembre 2012
Mme Edwige BELLIARD, *directeur des affaires juridiques, ministère des affaires étrangères*	3 décembre 2012
M. Jean-Michel BELORGEY, *président de section du Conseil d'État*	31 octobre 2012
M. Fouad BENSEDDIK, *directeur des méthodes et des relations institutionnelles, Vigeo*	31 mai 2013
Mme Catherine BERGEAL, *directrice des affaires juridiques, ministère de l'économie et des finances*	24 octobre 2012
M. Michel BONNET, *responsable de Famille de France, président du Conseil paritaire de la publicité (CPP), Autorité de régulation professionnelle de la publicité*	7 janvier 2013
M. Rémi BOUCHEZ, *président adjoint de la section des finances du Conseil d'État, commissaire à la simplification auprès du secrétaire général du Gouvernement*	22 octobre 2012
M. Jean-Denis COMBREXELLE, *directeur général du travail, ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*	3 janvier 2013
M. Marc DANDELOT, *président de la 4ème sous-section de la section du contentieux*	29 novembre 2012

Mme Marie-Ange DEBON, *secrétaire générale, Suez-Environnement, présidente de la commission « droit de l'entreprise » du MEDEF*	8 janvier 2013
Mme Pascale DEUMIER, *professeur de droit privé, université Jean Moulin – Lyon III*	15 avril 2013
M. Luc DEREPAS, *secrétaire général à l'immigration et à l'intégration au ministère de l'intérieur ; ancien directeur juridique de l'Organisation internationale du travail*	22 novembre 2012
M. Jean-Louis DEWOST, *président de section du Conseil d'État, ancien directeur général du service juridique de la Commission européenne*	16 novembre 2012
M. Jean-Pierre DUPORT, *ancien préfet de région, président du Conseil national de l'information statistique*	9 novembre 2012
M. Carles ESTEVA MOSSO, *directeur « politique et stratégie » à la direction générale de la concurrence de la Commission européenne*	29 janvier 2013 Commission européenne
Mme Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *professeur de droit privé, université Panthéon-Assas (Paris II)*	19 décembre 2012
M. Olivier FOUQUET, *président de section du Conseil d'État*	15 octobre 2012
Mme Florence FRANCOIS-PONCET, *chef de l'unité « services aux consommateurs », direction « services » de la direction générale du marché intérieur de la Commission européenne*	29 janvier 2013 Commission européenne
Mme Anne GAZEAU-SECRET, *conseillère d'État, membre de la section des finances et de la section du rapport et des études du Conseil d'État*	7 juin 2013
M. Edouard GEFFRAY, *secrétaire général de la CNIL*	27 septembre 2012
M. Bruno GENEVOIS, *président de section du Conseil d'État, président de l'Agence française de lutte contre le dopage*	31 octobre 2012
M. Eric GIPPINI, *membre de l'équipe « aides d'État » de la Commission européenne*	29 janvier 2013 Commission européenne
M. Olivier GIRARD, *chef adjoint de l'unité « unité politique du marché unique »à la Commission européenne*	29 janvier 2013 Commission européenne
M. Alain GRANGÉ-CABANE, *médiateur et arbitre agréé du centre de médiation et d'arbitrage de Paris, chambre de commerce et d'industrie de Paris*	15 mai 2013
M. Jean-Luc HAROUSSEAU, *président de la Haute Autorité de santé (HAS)*	13 mai 2013
M. Patrick HETSCH, *directeur général adjoint du service juridique de la Commission européenne*	29 janvier 2013 Commission européenne

Mme Miriam HOFBAUEROVA, *administrateur à l'unité « politique réglementaire et analyse d'impact », secrétariat général, Commission européenne*	29 janvier 2013 Commission européenne
M. Alexandre LALLET, *maître des requêtes, vice-président du jury de déontologie publicitaire de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité*	7 janvier 2013
M. Alain LAMBERT, *président du conseil général de l'Orne, ancien ministre du budget, co-auteur du rapport au Premier ministre sur l'allégement des normes applicables aux collectivités locales*	18 mars 2013 audio-conférence
M. Bruno LASSERRE, *président de l'Autorité de la concurrence*	5 novembre 2012
M. Hubert LEGAL, *Jurisconsulte du Conseil de l'Union européenne*	29 janvier 2013 Conseil de l'Union européenne
M. Jean-Baptiste LAIGNELOT, *maître des requêtes, conseiller juridique à la Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne*	29 janvier 2013
M. Gilbert LAUTISSIER, *coordinateur, membre de l'équipe « qualité de la législation » du service juridique de la Commission européenne*	29 janvier 2013 Conseil de l'Union européenne
Mme Monique LIEBERT-CHAMPAGNE, *conseillère d'État, membre de la section des finances du Conseil d'État*	7 juin 2013
M. Sébastien MALANGEAU, *unité « services aux consommateurs » à la direction générale du marché intérieur de la Commission européenne*	29 janvier 2013 Commission européenne
M. Stéphane MARTIN, *directeur général de l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP)*	7 janvier 2013
M. Alain MENEMENIS, *président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État*	19 décembre 2012
M. Nicolas MOLFESSIS, *professeur de droit public, université Panthéon-Assas (Paris II)*	6 décembre 2012
M. Serge MORVAN, *directeur général des collectivités locales (DGCL) du ministère de l'Intérieur*	5 décembre 2012
M. Cédric MUSSOT, *directeur des relations institutionnelles de l'Union fédérale des consommateurs – Que choisir ?*	13 mai 2013
Mme Michèle PAPPALARDO, *conseillère maître à la Cour des comptes, ancienne commissaire générale au développement durable*	7 janvier 2013
M. Christian PENNERA, *Jurisconsulte, directeur général du service juridique du Parlement européen*	29 janvier 2013 Parlement européen
M. Marc PERRIN de BRICHAMBAUT, *conseiller d'État, membre de la section du contentieux du Conseil d'État*	7 juin 2013

M. Olivier PEYRAT, *directeur général de l'AFNOR*	22 mai 2013
M. Michel PRADA, *président des* Trustees *de la fondation* International Financial Reporting Standards *(IFRS), président du Conseil de normalisation des comptes publics en France*	26 avril 2013
M. Pierre-François RACINE, *président de section du Conseil d'État, président du comité de règlement des différents et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie*	9 novembre 2012
M. Gérard RAMEIX, *président de l'Autorité des marchés financiers (AMF)*	8 novembre 2012
Mme Mireille RIOU-CANALS, *inspectrice générale de l'agriculture, chef de la mission d'inspection générale et d'audit du Conseil général de l'alimentation, de l'agriculture et des espaces ruraux*	19 juillet 2012
M. Dominique SCHMIDT, *avocat d'affaires*	20 novembre 2012
M. Jean-Christophe SCIBERRAS, *président de l'Association nationale des DRH*	7 mai 2013
M. Richard SENGHOR, *secrétaire général du Défenseur des droits*	29 octobre 2012
Mme Joëlle SIMON, *directrice des affaires juridiques du MEDEF*	8 janvier 2013
Mme Carine SOULAY, *maître des requêtes, experte nationale détachée au service juridique de la Commission européenne*	29 janvier 2013 Commission européenne
M. Jean-Pierre SUEUR, *sénateur, président de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale du Sénat*	11 mars 2013 Sénat
M. Didier TABUTEAU, *conseiller d'État, membre de la section du contentieux et de la section sociale du Conseil d'État*	2 mai 2013
M. Jean-Jacques URVOAS, *député, président de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée nationale*	13 mars 2013 Assemblée nationale
M. Jérôme VIGNON, *ancien directeur à la Commission européenne, président de l'Observatoire national de la pauvreté et de l'exclusion sociale*	7 novembre 2012
M. Carlo ZADRA, *membre de l'équipe « Institutions » de la Commission européenne*	29 janvier 2013 Commission européenne

Annexe 2 – Le champ lexical du droit souple : un échantillon de termes rencontrés dans plusieurs domaines d'activité

A

accord

– En droit européen : 8, 12, 38, 51, 70, 117, 121, 122, 124
. *accord interinstitutionnel* *8, 29, 32, 51, 81*
. *accord précoce* *7, 28, 29, 70*

– En droit international : .10, 14, 23, 26, 27, 48, 72, 73, 87, 88, 89, 90, 91, 117, 168, 169, 196
. *accord SPS de l'OMC* *67, 71, 72, 73*

– En droit interne :
. *accord collectif* *140, 143*

arrangement administratif 48, 117

avis

– En droit européen : 51, 72, 81

– En droit international : 24, 95

– En droit interne :
. *avis de la Commission de sécurité des consommateurs* *76*
. *avis de l'Autorité de la concurrence* *77, 162*
. *avis des AAI* *36, 72, 74, 76, 77, 128, 175*
. *avis d'organismes consultatifs* *60, 61, 161, 174*
. *avis du «comité des sages»* *114*
. *avis du Conseil national de la comptabilité* *42, 43*
. *avis du Haut Conseil de l'intégration* *97*
. *avis préalable de la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement* *96*

C

cahier des clauses administratives générales (CCAG)..... 11, 58, 70, 75, 78, 105

cahier des clauses techniques générales (CCTG) 58, 70, 75

charte

– En droit européen : 26, 70, 98, 115
. *charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* *98*
. *charte sociale européenne* *26, 83*

– En droit interne : 71, 99, 116, 164
. *charte de déontologie* *8, 10, 39, 70, 95, 98, 106, 107, 125, 165, 177*
. *charte de la laïcité* *10, 70, 97*
. *charte de la médecine libérale* *101*

. *charte de l'autorégulation et de la corégulation* *15, 179, 197*
. *charte de la vie nocturne* *96*
. *charte de la visite médicale* *115*
. *charte de l'environnement* *68*
. *charte de l'expertise sanitaire* *95, 96, 164, 165*
. *charte des bonnes pratiques sur les conduites addictives et comportements à risques en milieu étudiant* *96*
. *charte des droits et devoirs économiques des États* *25*
. *charte des parcs naturels nationaux et régionaux* *71*
. *charte du contribuable* *70, 97, 126*
. *charte du nommage* *93*
. *charte du patient hospitalisé* *10, 70, 97, 98*
. *charte éthique* *127, 131*
. *charte Marianne* *97, 98*
. *charte nationale de l'expertise scientifique et technologique* *95*

circulaire 76, 78, 97, 128, 140, 142, 144, 145, 147, 148, 149, 172, 177, 220
– circulaire du Premier ministre 14, 38, 48, 117, 151, 168, 169, 171, 179, 196
– circulaire du secrétaire général du Gouvernement 48, 117
– circulaire impérative 59, 71
– circulaire ministérielle 170
. *circulaire du directeur général du travail* *127*
. *circulaire du garde des Sceaux* *79*
. *circulaire du ministre de l'éducation nationale* *147*
. *circulaires du ministre des affaires étrangères* *147*
– circulaire non impérative 59, 70
– circulaire non réglementaire 148
– circulaire réglementaire 59
– circulaire sur les conditions d'examen des demandes d'admission au séjour déposées par des ressortissants étrangers en situation irrégulière 145
– circulaire sur les procédures d'accès à la nationalité française 145
club de Paris 27
code de bonne conduite ... 19, 20, 24, 32, 36, 43, 45, 63, 64, 70, 71, 74, 79, 80, 83, 95, 96, 99, 110, 111, 126, 127, 128
commentaires accompagnant les convention fiscale-type de l'OCDE 27
communication 31, 51, 60, 80, 81, 118, 129, 165, 166
communiqué de procédure de l'Autorité de la concurrence 140
compromis de Ioannina 7, 28, 70
conférence de consensus 12, 13, 70, 122, 123, 154
contrat de performance 38, 58, 70, 86
contrat de projet État-région 32, 33, 58, 127, 292
contrat d'objectifs et de moyens 38
contrat-type 11, 40, 41, 70, 79, 80, 102, 104, 120, 186
convention-type de l'OCDE 105

D

déclaration

– déclarations internationales :..... 19, 24, 25, 73, 92, 168, 169

– Union européenne : 28, 29, 84

directive

– directive (au sens de la jurisprudence Crédit foncier de France)9, 13, 20, 37, 65, 66, 70, 74, 78, 82, 98, 139, 140, 141, 142, 144, 193

– directive «nouvelle approche» de l'Union européenne 9, 29, 66, 71, 72, 151, 183

document-cadre..... 34, 100, 156

G

guide européen..... 14, 100

I

investissement socialement responsable (ISR) 70, 112, 113

L

label de qualité..... 80

ligne directrice..... 30, 81, 82

loi d'orientation et de programmation..... 33, 38, 49, 72

M

***memorandum of understanding* (MoUs)** 48, 63

méthode ouverte de coordination (MOC)..... 7, 30, 31, 51, 70, 108, 117, 118

N

norme du comité de Bâle..... 27, 43

normes comptables IFRS 8, 41, 42, 43, 64, 71, 124, 178, 184, 187

norme technique.. 7, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 20, 29, 41, 63, 64, 66, 67, 70, 71, 72, 74, 128, 129, 135, 151, 152, 170, 173, 175, 179, 180, 182, 183

O

objectif national des dépenses d'assurance-maladie (ONDAM) 34, 70, 107

objectif quantifié national (OQN)..... 34

P

plan

– En droit européen :

. *plan d'action*....84

. *plan d'action adopté dans le cadre des «conférences de haut niveau» sur l'avenir de la CEDH*....83

– En droit interne :

. *plan comptable général*....42

. *plan d'action*....140

. *plan de développement économique et social*....8, 32, 34, 52

. *plan de redressement*....34

. *plan de sauvegarde de l'emploi*....143, 159

. *planification sanitaire et sociale*....155

. *plan stratégique régional*....155

position

– En droit européen :

. *position commune*....103

– En droit international :

. *position française dans les instances internationales*....42, 169

– En droit interne :....77

. *position de l'AMF*....164

. *position du comité consultatif sur la TVA*....177

principe directeur.... 27, 70, 111, 138, 145

programme de stabilité et de convergence.... 14, 110, 159

protocole d'accord dans la fonction publique 12, 19, 37, 58, 64, 70, 121, 122

R

recommandation.... 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 19, 24, 36, 37, 39, 40, 41, 44, 54, 61, 63, 64, 70, 72, 74, 76, 77, 78, 79, 94, 100, 101, 106, 110, 111, 113, 114, 115, 118, 119, 122, 124, 125, 127, 128, 129, 133, 134, 136, 150, 152, 153, 154, 158, 164, 165, 170, 175, 181

– En droit européen :.... 30, 31, 72, 83, 84, 107, 108, 110, 118, 119

– Recommandations des organisations internationales :.... 24, 56, 73

référentiel.... 46, 98, 99, 100, 115, 154, 180

résolution

– Institutions européennes.... 8, 12, 27, 51, 83, 84, 118, 119

– résolution de l'Assemblée générale des Nations unies....24, 25, 27, 52, 119

– résolution des assemblées parlementaires 50, 72, 118, 119

responsabilité sociale et environnementale des entreprises (RSE)... 45, 64, 111, 139

S

schéma 155, 156, 157
– schéma de programmation 13, 34
– schéma directeur 66, 67, 71, 155
– schéma d'urbanisme 9, 67, 129, 155
– schéma national ou ministériel 33
– schéma sectoriel 14, 155, 156
standard ... 46, 54, 60, 70, 79, 91, 92, 103, 104, 105, 113, 122, 133, 137, 180, 184, 185, 186, 187, 197
– standard de RSE 46, 64, 111, 139
stratégie nationale 33

Annexe 3 – Éléments de droit comparé : la ***soft law*** et son utilisation dans les pays de ***common law***[1]

La présente annexe retrace l'utilisation de la *soft law* dans les pays appartenant à la tradition de *common law.* La question était de savoir si les pays de *common law* ont une plus forte propension à recourir plus souvent à la *soft law*.

Une réponse exacte à cette question nécessiterait une étude approfondie qui soulèverait un grand nombre de difficultés méthodologiques, tant la *soft law* est une notion polysémique.

En effet, selon le *Black's Law Dictionary* (9ème édition, 2009), l'expression *soft law* compte deux acceptions. Au sens strict, la *soft law* désigne en droit international les lignes directrices, déclarations politiques, ou codes de conduite qui établissent des critères d'une conduite sans être contraignants. Au sens large toutefois, la *soft law* désigne l'ensemble des règles qui ne sont pas contraignantes tout en étant revêtues d'une certaine importance juridique.

Une étude de la doctrine américaine et britannique sur le sujet permet de mettre en exergue que la *soft law* appartient principalement au droit international (I). L'évocation de la jurisprudence anglo-saxonne permet en outre de révéler que la *soft law* dans sa dimension internationale n'occupe pas une place plus importante en *common law*.

Prise dans sa conception plus large (II), la *soft law* semble toutefois être un outil privilégié d'autorégulation. En outre, le courant doctrinal américain de l'école de Chicago et ses héritiers s'opposent violemment à l'inflation de normes contraignantes dans les systèmes fondés sur une économie de marché et donnent le sentiment que les instruments de *soft law* sont perçus comme des avantages en droit interne.

Ainsi, selon eux, les pays de *common law* tireraient un avantage compétitif d'un système non soumis à une abondance de textes codifiés, et laisseraient aux acteurs privés une large marge de manœuvre. La diminution de ces règles contraignantes – si elle était avérée – pourrait permettre d'expliquer l'existence d'un espace plus large pour la *soft law*.

Ce courant trouve un certain écho dans l'exercice du pouvoir réglementaire de l'administration aux États-Unis et au Royaume-Uni. (III)

1. La présente recherche a été menée par la cellule de droit comparé du centre de recherches et de diffusion juridiques. Que les auteurs en soient vivement remerciés.

I. La *soft law* une notion appartenant au champ du droit international

Notre recherche s'est focalisée sur deux juridictions représentatives de la tradition de *common law*, les États-Unis et le Royaume-Uni. L'analyse de la doctrine de ces deux pays démontre qu'à l'instar des pays de tradition civiliste, la notion de *soft law* appartient d'abord et avant tout au champ du droit international. La jurisprudence illustre par ailleurs que la *soft law* internationale ne semble pas avoir plus d'emprise dans les pays de *common law* que dans les pays civilistes.

A. Recensement de la doctrine anglo-saxonne

Afin d'appréhender l'importance de la notion de *soft law* pour la doctrine anglo-saxonne, nous avons procédé à une recherche par mots-clefs dans la base documentaire Westlaw États-Unis et Westlaw Royaume Uni. Les résultats de cette recherche (présentés en Annexe 1) révèlent que la notion de *soft law* appartient dans ces pays comme dans les pays de tradition civiliste au champ du droit international.

D'après notre recherche, dans les revues juridiques répertoriées dans la base de données américaine seuls 60 articles de doctrine contiennent l'expression « *soft law* » dans leur titre. Sur cet échantillon, 46 articles portent sur des questions relevant du droit international, 14 articles concernent des questions de droit interne, dont 4 sur le droit interne d'un autre pays.

De même, les revues juridiques répertoriées dans la base de données britannique comptent 65 articles dont le titre contient l'expression « *soft law* ». Sur cet échantillon, seuls 6 articles portent sur du droit interne dont 3 sur le droit interne d'un autre pays. En outre, sur les 59 articles portant sur le droit international, 25 concernent la mise en œuvre du droit européen.

La notion de *soft law* relève donc principalement du droit international. Il faut toutefois étudier la jurisprudence américaine et britannique afin de déterminer si celle-ci revêt une importance supérieure pour le juge.

B. Étude de la jurisprudence anglo-saxonne sur le maniement de la soft law en droit international

1) La jurisprudence américaine

L'étude de la jurisprudence américaine en matière de droit international contredit l'idée selon laquelle les juridictions de *common law* accorderaient plus d'effets aux instruments de droit souple, que les pays de tradition civiliste.

A cet égard la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis au visa de l'*Alien Tort Statute* (« ATS ») et l'application qui en est faite par les cours fédérales démontrent que les instruments de droit souple en droit international ne sont pas *a priori* plus pris en compte aux États-Unis qu'ailleurs. L'ATS adopté par le Congrès en 1789[2] et toujours en vigueur, confère une compétence universelle aux cours fédérales

2. L'ATS était contenu dans le *Judiciary Act* de 1789, qui fut le premier texte de loi adopté par le Congrès des États-Unis portant sur l'établissement de la juridiction fédérale, ce texte est aujourd'hui codifié sous la référence 28 U.S.C. § 1350.

pour connaître de l'action en responsabilité civile d'un étranger, lorsque celle-ci est dirigée contre un acte qui contrevient au droit des nations (*law of nations*) ou à un traité auquel sont partie les États-Unis. Malgré qu'elle soit datée, l'expression « droit des nations » est généralement admise par la doctrine et les juridictions américaines comme désignant le droit international.

L'ATS est donc un moyen privilégié pour un plaignant américain ou non d'introduire un recours en responsabilité sur le fondement du droit international devant une cour fédérale américaine. [3] La jurisprudence rendue au visa de l'ATS permet d'indiquer la place que revêt la *soft law* internationale aux États-Unis.

Bien que la doctrine américaine se soit fait l'écho de l'importance grandissante de la *soft law* en droit international, les tribunaux américains reconnaissent comme sources de droit international celles citées à l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice.

En outre, dans son arrêt *Sosa* (2004)[4], la Cour Suprême a énoncé deux critères devant être satisfaits afin qu'une norme puisse être invoquée efficacement au visa de l'ATS : (i) il faut que sa nature internationale soit reconnue par le monde civilisé et (ii) qu'elle soit définie avec une précision comparable à celle du 18ème siècle lorsque l'ATS fut adopté – à l'époque les trois infractions de droit international reconnues par la *common law* étaient selon la Cour la violation de sauf-conduit, le non-respect des droits des ambassadeurs et la piraterie.

Dans l'affaire *Nestlé* (2010) [5], la Cour fédérale de Californie fit application des critères de *Sosa* afin de déterminer si les textes portant sur l'application des droits de l'Homme aux entreprises avaient le statut de droit international. En l'espèce, des enfants maliens qui récoltaient du cacao pour des fermiers fournisseurs de Nestlé, attaquaient Nestlé pour travail forcé au moyen d'une action collective.

Constatant que la responsabilité des entreprises pour violation des droits de l'Homme n'était pas reconnue par les sources classiques de droit international et que les seuls instruments en la matière relevaient de la *soft law*, la Cour conclut, que les critères de *Sosa* n'étaient pas remplis. En d'autres termes la *soft law* aux États-Unis n'est pas employée par les Cours comme une source de droit.

Pour bien mesurer la portée de cette décision de la Cour fédérale de Californie, il faut toutefois souligner qu'il s'agit d'une décision de première instance et que, jusqu'à ce jour, c'est la seule décision évoquant la *soft law* – et non un instrument de *soft law*.

2) La jurisprudence britannique

Au Royaume-Uni, la question de l'importance de la *soft law* en droit international s'est posée notamment au travers de l'application du droit de l'Union européenne.

3. Pour un exposé plus complet de la notion de juridiction universelle aux États-Unis, voir U.Mattei et J.Lena, *U.S. Jurisdiction Over Conflicts Arising Outside of the United States : Some Hegemonic Implications*, 24 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 381-400 (disponible auprès de la cellule de droit comparé sur demande).

4. *Sosa v Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 124 S.Ct. 2739, 159 L.Ed.2d 718 (2004).

5. *DOE v. Nestle*, S.A., 748 F.Supp.2d 1057 (2010).

En effet, dans un arrêt *Grimaldi v. Fonds des Maladies Professionnelles* (1989)[6], la Cour de Justice de l'Union Européenne («CJUE») a indiqué qu'une recommandation de la Commission relative aux conditions d'indemnisation des victimes de maladies professionnelles, qui selon l'article 189, cinquième alinéa du traité CEE[7] n'a pas d'effet contraignant, ne peut pas être considérée comme dépourvue de tout effet juridique.

Faisant application de cette jurisprudence, l'*Employement Appeal Tribunal* statuant dans une affaire d'harcèlement sexuel sur le lieu de travail, estima que la recommandation et le code de pratique édictés dans ce domaine par la Commission étaient «utiles» quant aux éléments à prendre en compte pour qualifier les faits.[8]

Une partie de la doctrine[9] considère que cette décision révèle que la valeur juridique de la *soft law* européenne est comparable à l'effet indirect des directives établit par la CJUE dans les arrêts *Von Colson* (1984)[10] et *Marleasing* (1990)[11]. En Angleterre, ce serait donc l'influence du droit européen qui donnerait aux instruments de la *soft law* international une certaine valeur juridique.

Le recensement de la doctrine et la recherche de jurisprudence laissent apparaître que la *soft law* relève principalement du droit international et ne semble pas caractériser une propension particulière des juridictions de *common law* à utiliser la *soft law*. Toutefois, à l'instar des pays de tradition civiliste, la *soft law* – peut-être par capillarité – s'est diffusée en droit interne aux États-Unis comme au Royaume-Uni.

II. La souplesse : une qualité pour les pays de common law

Les résultats de la recherche par mots-clefs, tant elle semble cantonner la doctrine de la *soft law* au droit international, semble contredire l'idée fréquemment véhiculée que la *common law* attacherait plus d'importance à la flexibilité que la tradition civiliste. Sans prétendre répondre à cette question trop vaste, il est possible de comprendre les fondements d'une telle perception en évoquant notamment la doctrine américaine dominante sur la réglementation.

Aux États-Unis depuis la seconde guerre mondiale, la doctrine connait un débat très riche sur l'opportunité et la nécessité de réglementer ou de légiférer sur les différents aspects de la vie quotidienne. Au lendemain de la seconde guerre mondiale le courant doctrinal dit de l'intérêt public (*public interest*) avançait une théorie de la réglementation fondée sur deux hypothèses clefs : (i) un marché non règlementé est faillible en ce qu'il produit des monopoles et des externalités, et (ii) la puissance publique est désintéressée et en mesure de pallier aux failles du marché. Cette doctrine perçue comme consubstantielle à l'État providence, permettait de justifier la croissance exponentielle de normes contraignantes dans des champs aussi variés que la construction ou la sécurité sanitaire.

6. C-322/88 *Salvatore Grimaldi v Fonds des maladies professionnelles* [1990] I.R.L.R. 400.
7. Aujourd'hui, l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
8. *Wadman v Carpenter Farrer Partnership*, 1993 WL 963697.
9. B. Watt et J. Dine, Sexual harassment: hardening the soft law, *European Law Review*,1994, 19(1), 104-109.
10. C-14/83 *Von Colson v. Land Nordrhein-Westfalen* [1984] E.C.R. 1891.
11. C-106/89 *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA* [1990] E.C.R. 1-4135.

Elle fut très vivement critiquée par l'Ecole de droit et d'économie de Chicago pour laquelle (i) les lois du marché pouvaient pallier à la majeure partie des failles du marché sans intervention de la puissance publique, et (ii) en cas de failles du marché, le contentieux était le meilleur moyen à la disposition des parties, car (iii) les gouvernements sont en général – pour l'école de Chicago – incompétents, corrompus ou captifs et donc dans la pire position pour réglementer le marché.

Cette opposition doctrinale forte est aujourd'hui dépassée par un courant doctrinal américain qui considère que tout est question d'équilibre et qu'il faut tolérer un degré – le plus bas possible – d'intervention de la puissance publique dans la réglementation de la vie quotidienne.[12] Ce courant doctrinal très fort, porté par un groupe d'économistes influents[13], établit un lien entre niveau de réglementation et traditions juridiques. Sans surprise, il considère que les pays de tradition civiliste ont une forte propension à légiférer et sont moins capables de réformer tandis que les pays de tradition de *common law* qui se fonderaient d'avantage sur le consensualisme et la jurisprudence seraient plus souples et plus aptes à la réforme.[14]

La résonance donnée à cette théorie dans les pays de tradition de *common law* ont fait de cette doctrine l'une des plus importantes des années 2000[15]. Sans qu'il soit possible de dire si dans les pays de *common law* il y a effectivement plus d'instruments de *soft law* en droit interne que dans les pays de droit civil, ce courant de pensée pose la base théorique d'un espace plus large pour l'autorégulation et l'édiction de règles non contraignantes. Pour certains observateurs avisés, le fait de laisser aux acteurs privés l'opportunité de s'autoréguler à travers l'adoption de code de conduite ou de code d'éthique ne répond pas à une exigence de flexibilité mais résulte plutôt d'un lobbying pour éviter de contraindre ces acteurs à respecter un standard plus élevé que ceux qu'ils acceptent spontanément de s'imposer.[16]

On ne manquera pas de noter que c'est cette école d'analyse économique du droit, héritière de l'école de Chicago, qui a soutenu la création et la publication périodique du rapport *Doing Business* par la Banque Mondiale, re-internationalisant la question de l'usage de la *soft law*. L'examen des modalités d'exercice du pouvoir réglementaire de l'administration aux États-Unis et au Royaume Uni permet d'apprécier un peu mieux la mesure du recours à la *soft law*.

12. A. Shleifer, *European Financial Management*, Vol. 11, No. 4, 2005, 439-451, Understanding Regulation.
13. Andrei Shleifer, Simeon Djancov, Edward Glaeser, Rafel La Porta et Florencio Lopez de Silanes.
14. R. La Porta, F. Lopez de Silanes, A. Shleifer, *Journal of Economic Littérature*, Vol XLVI (juin 2008), *The Economic Consequences of Legal Origins* ; J. Botero, S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, and A. Shleifer, (juin 2004), *The Regulation of Labor*.
15. D. Pozen, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol 28:43 (2006-2007), The Regulation of Labor and the Relevance of Legal Origins.
16. L.Compa, Comparative Labor Law & Policy Journal, vol 30:01 (2008-2009), Corporate Social Responsibility and Worker's Rights,

III. Le pouvoir réglementaire de l'administration dans les pays de *common law* et l'utilisation de règles non contraignantes.

Malgré l'oxymore apparent, l'exercice du pouvoir réglementaire, le *rulemaking* dévolue aux administrations des pays de *common law* recouvre l'édiction de règles non contraignantes qui s'apparente à l'acception large du droit souple. Pour comprendre l'étendue et la portée du recours à ces normes non contraignantes mais non privées d'effet, il convient d'exposer brièvement les modalités d'exercice du pouvoir réglementaire des administrations aux États-Unis et au Royaume-Uni.

A. États-Unis

Aux États-Unis, toutes les administrations, y compris les autorités administratives indépendantes («AAI») sont investies d'un certains pouvoir réglementaire qui découle de la loi. Pour comprendre la relative «souplesse» de certains actes pris par les administrations américaines aux États-Unis il est nécessaire de brièvement exposer comment est encadré l'exercice du pouvoir réglementaire de l'administration.

L'exercice du pouvoir réglementaire de l'administration aux États-Unis est principalement régi par l'*Administrative Procedure Act* (1946) («APA»). L'APA distingue d'ailleurs deux types d'action publique qu'il encadre: (i) le *rulemaking* qui s'apparente aux décisions unilatérales réglementaires et (ii) l'*adjudication* qui peut être assimilé aux décisions unilatérales individuelles. La comparaison demeure toutefois imparfaite car le pouvoir réglementaire désigne en droit américain, tant la possibilité d'édicter des règles contraignantes que des règles non contraignantes qui relèvent de la *soft law*.[17]

1) L'exercice d'un pouvoir réglementaire normatif

L'APA prévoit deux types de procédures que toutes les administrations (y compris les AAI) doivent respecter lorsqu'elles font usage de leur pouvoir réglementaire: une procédure informelle et une procédure formelle.[18] La procédure informelle est la procédure applicable par défaut et consiste en trois étapes : avis, discussion, et publication. La première phase consiste pour l'administration à informer le public qu'elle entend édicter une règle, au moyen de la publication d'un avis de réglementation (*notice of rulemaking*). L'avis énonce entre autres la réglementation envisagée ainsi que sa base légale. La seconde phase permet aux personnes intéressées à la future réglementation de soumettre des commentaires. Des lobbys ou des acteurs industriels visés par la réglementation s'emparent le plus souvent de ce privilège de discussion pour participer et tenter de peser sur le processus réglementaire. La dernière phase consiste en l'adoption de la réglementation définitive accompagnée d'une explication écrite quant au fondement et l'objectif de la réglementation. Cette explication écrite semble aller plus loin que l'obligation

17. D. Custos, *The rulemaking power of independent regulatory agencies*, American Journal of Comparative Law, 2006, 54 AMJCL 615, disponible sur demande auprès de la Cellule de droit comparé.
18. Pour une présentation plus exhaustive de ces procédure, voir Breyer, Stewart, Sunstein, Vermeule, *Administrative Law and Regulatory Policy, Problems, Text, and Cases*, 6ème édition, Aspen, p.488 et s., disponible sur demande auprès de la Cellule de droit comparé.

de motivation des actes administratifs français prévue par la loi du 11 juillet 1979 ou des actes adoptés par le Conseil ou la Commission de l'Union Européenne prévue par l'article 253 du Traité instituant la Communauté européenne. En effet, la jurisprudence de la Cour Suprême et des Cours d'appels fédérales en matière de *judicial review* accorde un rôle important à cette explication écrite, qui doit entre autre évoquer les principales alternatives que l'administration a décidé d'écarter[19].

La procédure formelle consiste quant à elle, après la publication de l'avis, à tenir une audience présidée par un juge ou un commissaire de l'administration concernée, au cours de laquelle les parties intéressées s'expriment, certaines personnes peuvent être entendues et même faire l'objet d'une *cross examination*. Cette procédure étant toutefois plus lourde, la Cour Suprême a jugé qu'elle n'était nécessaire que dans les instances où elle est expressément requise par le Congrès[20] .

A l'issue de l'une ou l'autre des procédures[21], la réglementation adoptée est «codifiée» dans un registre appelé le *Federal Register*.

2) Distinction entre règle interprétative et politique générale de l'administration

L'APA prévoit toutefois certaines exceptions aux procédures décrites ci-dessus, au nombre desquelles il faut distinguer l'édiction de règles interprétatives (*interprÉtative rules*) et l'énonciation de politiques générales (*general policy statement*), étant entendu que ces deux catégories peuvent prendre la forme de différents *instrumenta* (manuels, procédures, lignes directrices, code de pratiques, etc.)[22].

Lorsqu'une règle est purement interprétative, elle ne devrait pas avoir de force normative mais simplement être le vecteur de la règle sous-jacente. Cette dernière, pour être contraignante, aura dû être prise conformément aux procédures formelle ou informelle de l'APA et en vertu du pouvoir délégué par la loi à l'administration. En somme, l'administration qui fait usage de son pouvoir réglementaire doit également être en mesure de prendre des actes qui ont une fonction essentiellement explicative, interprétative.

Par contraste, lorsque l'administration prend un acte «réglementaire» sans se conformer aux procédures formelle ou informelle de l'APA, qui ne se cantonnent pas à la simple interprétation d'une règle préexistante, alors cet acte doit être qualifié «d'énonciation de politique générale» (*general policy statement*) et ne doit

19. Voir l'arrêt *State Farm*, 463 U.S. 29, 103 S.Ct. 2856, U.S.Dist.Col.,1983.

20. Voir l'arrêt *Florida East Coast*, 410 U.S. 224 (1973).

21. En outre, plusieurs lois sont venues compléter l'APA pour raffiner les procédures applicables à l'exercice du pouvoir réglementaire des administrations, au nombre desquelles il faut évoquer le *Negotiated Rulemaking Act* (1990). Cette loi est venue codifier une pratique de «négociation réglementaire» (*regulatory negotiation*) qui avait vu le jour dans les domaines du droit du travail et de l'environnement et qui consiste à la négociation par l'administration et les acteurs industriels faisant l'objet de la réglementation et/ou toute autre partie intéressée le projet de réglementation. Une fois celui-ci arrêté, l'administration doit toutefois mettre en œuvre une des deux procédures prévues par l'APA pour que la réglementation soit contraignante. Cette dernière ayant été négociée en amont la phase de commentaire est généralement moins lourde.

22. R. Anthony, Interpretive rules, policy statements, guidances, manuals, and the like – should federal agencies use them to bind the public ?, *Duke Law Journal,* vol. 41, 1992, disponible sur demande auprès de la Cellule de droit comparé.

pas en principe être revêtu d'une quelconque force contraignante[23]. D'un point de vue théorique donc, ces actes devraient relever du droit souple. En d'autres termes, si une administration cherche à imposer à un administré une règle qui relève de sa politique générale, ce dernier pourra faire la démonstration que celle-ci n'étant pas (i) interprétative et (ii) n'étant pas prise conformément aux procédures formelle ou informelle de l'APA, ne peut lui être opposée.

La doctrine observe que, afin d'éviter de devoir se conformer aux différentes étapes des procédures formelle et informelle de l'APA, les administrations ont de plus en plus recours à l'adoption de règles prétendument interprétatives ou de politique générale qui ne se limitent pas au simple commentaire mais viennent également modifier la substance de la loi[24]. Il faut donc examiner la valeur de ces règles interprétatives ou de politique générale.

3) la force juridique contraignante des règles interprétatives

Depuis l'arrêt *Chevron* (1984)[25] de la Cour Suprême américaine les juridictions américaines accordent une grande déférence à l'action de l'administration qu'elle contrôle. Afin de savoir si une règle édictée par une administration doit être revêtue d'une force normative, les juridictions doivent appliquer une analyse composée de deux étapes. La première étape consiste à vérifier que le législateur ne s'est pas prononcé déjà clairement au sujet de l'objet de la règle examinée. Si c'est le cas, c'est la voix du législateur qui prime sur celle de l'administration. En revanche, si l'intention du législateur n'est pas particulièrement claire, alors le juge doit simplement vérifier que la règle proposée par l'administration est une interprétation possible de la loi[26].

Une règle interprétative peut donc revêtir une force obligatoire à l'encontre des administrés. Pour contester l'application d'une règle interprétative, l'administré devra faire la démonstration au cours d'une procédure de *judicial review* que l'administration est allée plus loin que la simple interprétation. À titre d'exemple, l'administration de la santé publique aux États-Unis (*United States Department of Health and Human Services*, «HHS») avait édicté dans les années 1990 au travers de la procédure informelle prévue par l'APA une réglementation selon laquelle les médecins intervenant dans le cadre de certains programmes d'assistance maladie financés au niveau fédéral ne devaient pas conseiller à leur patient d'avorter. La constitutionalité de cette réglementation avait été confirmée par la Cour Suprême des États-Unis[27], mais le Président Bush avait instruit la HHS de ne pas appliquer cette réglementation d'une manière qui remettrait en cause la relation particulière du docteur à son patient. La HHS avait alors instruit les personnes concernées de se conformer aux directives du Président sans pour autant modifier sa réglementation au travers d'une procédure formelle ou informelle. L'instruction de la HSS fut alors

23. R. Anthony, *Ibid*.
24. Breyer, Stewart, Sunstein, Vermeule, *Op. Cit.*, p544, au cours du premier semestre 1987 40 % des règles inscrites dans le *Federal Register* se prévalaient d'une exception prévue par l'APA pour échapper aux procédures formelle et informelle prévues par celui-ci.
25. *Chevron U.S.A., Inc. V Natural Res. Def. Council*, Inc., 467 U.S. 837 (1984).
26. T. Fraser, *Interpretive rules: can the amount of deference accorded to them offer insight into the procedural inquiry*, *Boston University Law Review*, vol.90:1303, p.1320.
27. Rust v. Sullivan, 500 US 173 (1991).

efficacement remise en cause par une association, estimant que cette instruction n'était pas purement interprétative mais venait bien modifier la réglementation initiale.

4) la force pratique contraignante des politiques générales

Une partie de la doctrine américaine s'est émue du fait que les administrations n'hésitent pas à outrepasser leur pouvoir réglementaire en adoptant des politiques générales en se libérant des contraintes des procédures formelles ou informelles de l'APA, qu'elles cherchent ensuite à appliquer aux administrés.[28] Il est possible de recenser plusieurs tentatives, de diverses administrations, d'imposer à leurs administrés des règles prises en méconnaissance de l'APA.

A titre d'exemple, une personne manifestant dans Lafayette Park, en face de la maison blanche fut poursuivie pour ne pas avoir respecté les «conditions d'utilisation» du parc, qui restreignaient la possibilité de stocker tout type de biens dans le parc, alors que cette interdiction ne figurait pas dans la réglementation de l'administration compétente (United States Park Services). La Cour fédérale conclut à la nullité des «conditions d'utilisation»[29].

De même dans plusieurs instances, les administrations n'hésitent pas à modifier les critères applicables à la mise en œuvre d'un dispositif particulier sans passer par les procédures prévues par l'APA. Ainsi l'administration du travail a, par le passé, diminué la protection des travailleurs immigrés dans les exploitations agricoles dans un manuel relatif aux conditions d'emploi des détenteurs d'un visa H2-A, publié dans le *Federal Register* sous la mention «pour information». La Cour fédérale imposa à l'administration de recourir à la procédure informelle de l'APA dès lors qu'elle prétendait que ce manuel avait une force obligatoire[30].

Force est donc de constater que l'administration n'hésite pas à se prévaloir d'instruments réglementaires qui en principe n'ont pas de force contraignante en se reposant sur le fait que ceux-ci ne sont que peu fréquemment attaqués par les administrés. Ces instruments revêtent donc *de facto* une force contraignante, jusqu'à ce que le juge intervienne le cas échéant.[31]

B. Royaume-Uni

1) un pouvoir réglementaire souple

Si à l'instar du droit américain, le droit anglais reconnaît aussi la loi comme la première source du pouvoir réglementaire de l'administration, il semblerait qu'il accorde une plus grande place au droit souple dès lors qu'il semble communément admis que, même en l'absence d'une délégation législative particulière, une administration puisse édicter un certain nombre de règles[32].

28. R. Anthony, *Op. cit.*
29. *United States v. Picciotto*, 875 F. 2d 345 (D.C. Cir.1989).
30. *Comite de Apoyo para los Trabajadores Agricolas v. Dole*, 731 F. Supp. 541 (D.D.C. 1990).
31. R. Anthony, *Op. cit.*
32. P. Craig, *Administrative Law*, 7ème édition (2012), p. 467 disponible sur demande auprès de la Cellule de droit comparé.

Ainsi les règles que peuvent prendre les administrations peuvent prendre une diversité de formes : codes de pratiques, circulaires, lignes directrices, ou réglementations. Toutefois ces appellations ne sont pas des termes de l'art et ne correspondent pas à une classification particulière. Aussi la doctrine anglaise distingue en général les grandes catégories suivantes (sans toutefois en tirer de conclusions quant à leur force juridique): les règles de nature procédurales, les règles interprétatives, les instructions officielles, les règles de prescription et de preuve, les codes, les bonnes pratiques, les déclarations administratives[33]. La doctrine qualifie ces instruments de *quasi-législation*, terme apparu outre Manche au cours du XIX^{ème} siècle[34].

Pour la doctrine, il existe plusieurs raisons expliquant cette approche souple du pouvoir réglementaire administratif. Premièrement, même lorsque la loi ne délègue pas expressément un pouvoir réglementaire à l'administration, celle-ci adoptera le plus souvent des règles indiquant comment l'administration entend utiliser son pouvoir discrétionnaire, dans un certain nombre de situations auxquelles elle est souvent confrontée. Par ailleurs, l'utilisation de règles dites non-juridiques (*non-legal rules*) permet de faciliter l'utilisation d'un vocable moins technique, comme l'illustre, le code de la route ou les codes de la santé et de la sécurité. En outre, de telles règles sont souvent préférées pour leur souplesse dans leur maniement et notamment quant à leur modification, rendue plus facile dès lors qu'il ne faut pas passer par la loi. Enfin, l'absence de force contraignante est parfois l'objectif précisément poursuivi, au motif que dans certains cas il est préférable de persuader plutôt que d'imposer. Pour la doctrine anglaise, il ne faut donc pas automatiquement déprécier les règles souples que peut prendre l'administration.

2) la force juridique des règles souples

Au Royaume-Uni, la contrepartie de la souplesse est l'incertitude quant à la force juridique des règles édictées par l'administration. Plusieurs observations méritent toutefois d'être formulées.

En droit anglais, ce n'est pas parce qu'une administration prend un acte réglementaire sans y être expressément autorisée par la loi que cet acte est invalide. En effet, le pouvoir réglementaire de l'administration découle également du pouvoir discrétionnaire de celle-ci. Ainsi les Cours ont confirmé la validité de telles règles ou lignes directrices dès lors que l'administration n'en fait pas une application trop rigide et dans la mesure où un ensemble de conditions sont respectées[35].

Par ailleurs, d'ordinaire le statut juridique de n'importe quelle règle ne peut être établi qu'en examinant les dispositions législatives applicables. Ainsi, la loi peut tout à fait prévoir qu'un code – c'est le cas du code de la route – doit avoir une certaine force juridique dans le cadre d'une procédure judiciaire, en indiquant quel poids accorder à la violation d'une disposition du code dans une telle procédure[36].

33. *Ibid*.
34. *Ibid*. p.472.
35. *Ibid.* chapitre 18.
36. Voir par exemple le Road Traffic Act (1988), section 38(7).

Les codes peuvent aussi être revêtus d'une force juridique indirecte[37]. Par exemple la non-conformité aux dispositions du code de l'OFCOM (équivalent britannique du CSA) peut justifier le non-renouvellement de la franchise d'un programme télévisé. Le non-respect d'un code peut également justifier le passage de règles souples à des règles ayant pleine force juridique[38].

En outre, même si la règle en question n'est pas adossée à une loi particulière, son applicabilité aux administrés peut susciter en *common law* un droit de consultation publique. C'est le cas notamment lorsque l'administration a indiqué à un individu ou un groupe d'individus qu'elle suivrait une certaine politique publique et qu'elle souhaite ensuite en changer.

Enfin, en droit anglais c'est à travers la procédure du *judicial review* que les tribunaux contrôlent la force obligatoire d'un acte de l'administration. Là aussi, l'action de l'administré est donc nécessaire pour clarifier la force obligatoire des instruments de droit souple édictés par l'administration.

37. Voir par exemple le Communications Act (2003), sections 319 et 325.
38. Voir le *Local Government Planning and Land Act* (1980), section 1 et 2.

Annexe 4 – Éléments de droit comparé : la ***soft law*** et son utilisation en droit comparé romano-germanique

Les présents éléments de droit comparé exposent, à travers différents exemples de pays de droit romano-germanique, la place du droit souple dans le paysage juridique de ces pays. Le droit comparé confirme la tendance, mise en évidence par l'étude annuelle du Conseil d'État, à un recours de plus en plus important au droit souple, avec la prise en compte d'instruments issus du droit international par les juridictions nationales (I), et par les pouvoirs publics (II) et les acteurs privés (III). Si ce recours au droit souple est largement présent, la frontière entre ce qui relève du droit souple et du droit dur reste fluctuante selon les pays et les domaines.

C'est pourquoi la présente annexe propose un classement des différents instruments juridiques qu'elle répertorie selon la convention suivante : les instruments relevant du droit souple seront mentionnés par l'acronyme **DS**, les instruments de droit dur par l'acronyme **DD**, et les instruments à normativité intermédiaire par l'acronyme **DI**.

I. La *soft law* du droit international telle qu'appréhendée par les juridictions nationales

Les exemples de droit comparé retracés ci-après montrent la manière dont les juridictions nationales appréhendent les instruments de droit souple. Ils sont puisés dans le droit international public, relatif à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (1), aux droits des réfugiés (2), aux recommandations du *Codex alimentarius* (3), aux « *memorandums of understanding* » (4), et aux commentaires des modèles OCDE en matière fiscale (5).

1. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

- ESPAGNE

Dans un arrêt portant sur la question de constitutionnalité de la loi ouvrant le droit au mariage aux couples de même sexe, le Tribunal constitutionnel espagnol fait application de l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux tel qu'interprété par le Praesidium dans les **«** *explications relatives à la Charte des droits fondamentaux* **».** Ce dernier énonce que l'article 9 « *n'interdit, ni n'impose l'octroi du statut de mariage à des unions entre personnes de même sexe* » : Tribunal Constitucional (Pleno), décision n° 198/2012 du 6 novembre 2012, RTC 2012\198. **(DS)**

De plus, le Tribunal Supremo a souvent rappelé le texte de la Charte, avant même son entrée en vigueur, à l'appui de son interprétation de la loi.

Par exemple, Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, décision du 3 avril 2001 (RJ 2001\4169) : un arrêt en matière d'expropriation, rappelle le droit au respect de la propriété tel qu'il est énoncé par l'art. 17(1) de la Charte de

Nice ; Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, décision du 25 juillet 2006 (RJ 2006\5136) : la Charte est rappelée dans le cadre constitutionnel (articles 9.3, 24.2 et 103 de la Constitution espagnole) et fonde l'obligation de motivation des actes administratifs imposée par le législateur espagnol (art. 54 de la Loi 30/1992, du 26 novembre 1992 de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*) au titre du droit à une « bonne administration » proclamé par l'art. 41. **(DS)**

2. Instruments élaborés par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et autres accords relatifs aux réfugiés

- ESPAGNE

Le Tribunal Supremo espagnol, dans un premier temps, a affirmé que les lignes directrices ainsi que le manuel du HCR sur la Convention de Genève n'ont pas valeur de norme juridique au sens de l'article 92.1 de la loi sur la juridiction administrative (Loi 29/1998, du 13 juillet 1998, RCL 1998, 1741), les critères constituant uniquement un « guide pratique » d'action : Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), décision du 29 mai 2008, RJ 2008\4107.

Toutefois, le Tribunal a récemment considéré que « *si les lignes directrices ainsi que le manuel du HCR n'ont pas de valeur normative et ne lient donc pas les tribunaux, ils doivent être pris en compte dans le raisonnement du juge parce qu'ils proviennent d'une autorité internationale reconnue et peuvent être cités à des fins interprétatives* » : Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), décision du 15 juillet 2011, RJ 2011\6531. Ainsi, le Tribunal a pu définir la notion de « réfugiés déplacés » conformément aux lignes directrices du HCR : Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) décision du 18 octobre 2012, RJ 2012\9905. **(DS)**

- ALLEMAGNE

Pour juger de l'existence, dans le pays d'origine, de conditions susceptibles de justifier l'octroi du statut de réfugié, le juge administratif allemand se réfère, en particulier, au « Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatif au statut des réfugiés » établi par le HCR, (cf. not. VG Karlsruhe A 2 K 12193/03, 10 mars2005). **(DS)**

Valeur des accords de Dayton en droit interne

- ALLEMAGNE

Les accords de Dayton prévoyaient un droit au retour pour les réfugiés et les personnes déplacées originaires de Bosnie-Herzégovine et confiaient au Haut Commissaire aux réfugiés l'établissement d'un plan permettant de mettre graduellement en œuvre ce retour.

Le Tribunal administratif de Berlin, dans un arrêt du 22 janvier 1996, a considéré, en se fondant sur les accords de Dayton, que ces mesures étaient entachées d'une erreur d'appréciation. Le Tribunal, en se fondant sur le nombre important de parties

et sur le fait que l'accord a mis fin à une guerre particulièrement destructrice et coûteuse pour le pays, a estimé que cet accord, eu égard à leur contenu, avaient un caractère de *soft law*.

Le respect des accords de Dayton dans l'ordre juridique allemand découle du principe de coexistence pacifique des peuples auquel la Cour constitutionnelle fédérale reconnaît le rang de principe constitutionnel. Le Tribunal considère que ce principe contraint les organes étatiques allemands au respect du droit international et qu'il oblige à une interprétation de la règle de droit qui soit conforme au « droit des gens ». Dès lors, l'accord de Dayton et le programme qui en est issu, comme le plan du HCR, doivent être pris en compte lors de la délivrance des autorisations de séjour pour les réfugiés originaires de Bosnie-Herzégovine, limitant ainsi le pouvoir d'appréciation de l'administration (Verwaltungsgericht Berlin, 22 janvier 1996 – 35 A 1608/95). **(DS)**

3. Les recommandations de la Commission Codex alimentarius

- ESPAGNE

Le juge espagnol prend systématiquement en considération le *Codex alimentarius*, dans sa jurisprudence portant sur l'établissement de la définition du « yaourt » tel qu'approuvé par le code alimentaire à Rome par la FAO et l'OMS le 4 juillet 2003 : Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) décision du 10 octobre 2005 RJ 2005\8476 ; Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) décision du 22 décembre 2006 RJ 2006\9225. **(DS)**

4. Les* memorandums of understanding *(MoU) et autres accords internationaux

Le cas des *memorandum* est révélateur de l'ambiguïté de la portée normative de ces instruments de droit souple.

- ITALIE

La Cour constitutionnelle italienne considère que le Traité d'Osimo, *memorandum* conclu entre l'Italie, le Royaume-Uni, les États-Unis et la Yougoslavie relatif au territoire libre de Trieste, fait désormais partie de l'ordre juridique interne dès lors que ce dernier, ratifié et intégré dans l'ordre juridique national, renvoie aux dispositions prévues par le *memorandum* : Cour constitutionnelle, 29 janvier 1996 n° 15. **(DD)**

Quant au Conseil d'État italien, il a rejeté la demande de consultation de la population concernée par l'élargissement d'une base militaire américaine sur le territoire italien, celle-ci n'étant pas prévue par le *memorandum* d'entente de 1995 conclu entre les États-Unis et l'Italie contenant des dispositions relatives à la construction d'infrastructures sur le territoire italien, financées par les États-Unis (Conseil d'État, 29 juillet 2008 n° 3992). **(DD)**

- ALLEMAGNE

Les juridictions administratives allemandes ont considéré, suite aux recours contre le renvoi au Kosovo de demandeurs d'asiles, que le MoU, conclu le

31 mars 2003, entre le ministère de l'intérieur et la Mission des Nations Unies pour le Kosovo (UNMIK), excluant le retour du peuple des Ashkali dans certaines parties du pays, ne pouvait être considéré comme un « *obstacle s'opposant au retour* » (*Abschiebungshindernis*) au sens de l'article 53 de la loi sur les étrangers (*Oberverwaltungsgericht Nordrehein-Westfallen,* 15 février 2005, Az. 18 A 4080/03). **(DS)**

5. Commentaires du modèle OCDE des conventions fiscales

- BELGIQUE

La Cour constitutionnelle belge a rappelé que la Convention franco-belge du 10 mars 1964 règle la répartition du pouvoir d'imposition entre l'État de résidence du contribuable et l'État qui est source principale de revenus du contribuable, ne créant pas de nouvelles obligations fiscales par rapport à leurs droits internes. La Cour rappelle que l'exposé des motifs du projet de loi portant approbation de la Convention précise que la Convention franco-belge s'inspire des modèles de conventions établis au niveau international, et adopte une méthode qui est préconisée, dans une large mesure, par le Comité fiscal de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE).

Dans son arrêt, la Cour rappelle que l'établissement d'un régime fiscal particulier pour les travailleurs frontaliers permet au travailleur de bénéficier d'un régime fiscal qui lui serait applicable s'il travaillait dans le pays où il réside. Une telle méthode de répartition de l'imposition est inspirée par les « *règles de la courtoisie internationale* » et « *figure dans un nombre si élevé de conventions en vigueur entre des pays membres de l'OCDE que l'on peut dire qu'[elle] est déjà internationalement acceptée* » (Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune, version abrégée, OCDE, Paris, 2005, p. 254) : Cour constitutionnelle belge, arrêt n° 117/2011. **(DS)**

- ESPAGNE

Le Tribunal Supremo espagnol qualifie le modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune de l'OCDE (notamment, art. 17.2) de « critère d'interprétation » : TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, décision du 13 avril 2011, RJ 2011\3210). **(DS)**

- ITALIE

La Cour de cassation italienne ne reconnaît pas de valeur interprétative aux commentaires de l'OCDE, dès lors qu'ils ont une valeur non normative et qu'ils ne constituent qu'une recommandation adressée aux États (Civ. 15 février 2008 n° 3889). **(DS)**

- ALLEMAGNE

Les juridictions allemandes se réfèrent couramment au modèle de convention OCDE sur la double imposition afin d'interpréter les dispositions soulevant des problèmes d'interprétation.

Dans un arrêt de la Cour Fédérale des Finances allemande (Bundesfinanzhof) portant sur la déduction, sur l'impôt payé en Allemagne, des revenus tirés d'une exploitation agricole et forestière en Espagne, le modèle de convention OCDE est cité, parmi d'autres sources, comme permettant de déterminer ce qu'il convient d'entendre par « unité d'exploitation » (« *Betriebstätte* ») au sens de la convention conclue entre l'Allemagne et la France pour prévenir les doubles impositions : BFH Urteil, 27 octobre 2011, I R 26/11. **(DS)**

Dans un arrêt de la Cour Fédérale des Finances allemande, le requérant domicilié en France et salarié d'une entreprise française exerçait son activité principalement sur le sol allemand. Le litige portait sur la détermination de l'État d'imposition de l'impôt sur le revenu et donc sur l'établissement du territoire sur lequel le requérant séjournait plus de 183 jours, au sens de la convention franco-allemande sur les doubles impositions, qui reprenait les termes du modèle de convention OCDE : BFH Urteil, 12 octobre 2011, I R 15/11. **(DS)**

La Cour Constitutionnelle Fédérale a fait référence à l'article 24 du modèle de conventions OCDE prohibant les discriminations à l'encontre des ressortissants des États-parties : BVerfG, 2 BvR 168/02, 3 novembre 2003. **(DS)**

II. La *soft law* dans l'action des pouvoirs publics

Dans le droit interne des différents États, le recours accru à des instruments de droit souple se traduit par l'élaboration de codes et chartes de déontologie (1), d'instruments de planification (2), de lignes directrices, recommandations et circulaires diverses (3). On observe également le recours au droit souple dans les relations entre les pouvoirs publics, que ce soit entre l'État et les collectivités territoriales, ou entre organes de l'État (4).

1. Les codes de conduite et les chartes de déontologie

- ESPAGNE

Le code de conduite pour les fournisseurs de services d'investissement

L'art. 78 de la *Ley del Mercado de Valores* espagnole (loi 24/1988, du 28 juillet 1988) prévoit que les fournisseurs de services d'investissement doivent respecter les codes de conduite approuvés par le gouvernement ou par le ministre de l'économie et des finances, sur proposition de la Commission nationale pour le marché des valeurs mobilières (al. 1.b) ainsi que les règles de conduite internes (al. 1.c).

La fixation du contenu minimal des règles de conduite internes revient au ministre de l'économie et des finances et à la Commission nationale (al. 2). Par ailleurs, l'existence d'un Code de conduite interne constitue une des conditions nécessaires pour qu'une entité obtienne l'autorisation d'exercer en tant que société de services d'investissement (art. 67 al. 2(i), loi 24/1988). **(DI)**

Codes de déontologie ou de bonnes pratiques adoptés par le responsable du fichage des données

Les « modèles de codes de conduite » sont définis par la loi espagnole n° 15/1999 du 13 décembre 1999 sur la protection des données à caractère personnel (LOPD) tels que les codes de déontologie ou les bonnes pratiques adoptés par le responsable du fichage des données afin de faciliter la mise en œuvre de la réglementation relative à la protection des données. Ce sont des codes de conduite qui visent à compléter, faciliter et standardiser les systèmes de protection des données personnelles. Ils se présentent comme une option facultative pour les responsables de traitement de données (public et privé), à laquelle ils peuvent volontairement adhérer. **(DS)**

- ITALIE

En application de l'art. 58 bis du décret législatif n° 29 du 3 février 1993, le code de bonne conduite pour les fonctionnaires a été adopté par décret du ministère de la fonction publique le 31 mars 1994. Ce code établit les droits et devoirs des fonctionnaires et énonce des règles éthiques de comportement. Si le non-respect de ces règles de bonne conduite n'est pas assorti de sanction, il induit en revanche une pression morale dans l'environnement de travail. Ce code constitue un guide d'action pour les fonctionnaires dans des situations qui ne sont pas réglementées, afin de trouver une solution conforme aux principes qui fondent l'action administrative. Depuis le décret ministériel du 28 novembre 2000 (publiée dans la *Gazzetta Ufficiale* du 10 avril 2001, n° 84) les ministères peuvent aussi se doter de codes spéciaux qui peuvent déroger aux règles posées par le code de 1993. **(DS)**

De façon analogue, le code de déontologie règlemente l'exercice d'une profession conformément aux valeurs communes de référence. La Cour de cassation italienne a considéré, dans son arrêt n° 21732 du 11 octobre 2006, que les règles déontologiques, règles internes aux catégories professionnelles, s'imposent aux membres au titre de leur appartenance à l'ordre, et que le juge ne peut pas contrôler leur application. **(DS)**

Le code régissant l'activité de fourniture de services téléphoniques à valeur ajoutée

La relation juridique entre les opérateurs de services téléphoniques et les fournisseurs de services téléphoniques à valeur ajoutée est régie par un contrat type, devant être approuvé par le Secrétaire d'État aux télécommunications et à la société de l'information (art. 7 et 9, *Orden* PRE/361/2002, 14 février - RCL 2002, 568). Par ce contrat-type, les deux parties acceptent et se soumettent aux dispositions contenues dans le code de conduite établi pour la prestation de ces services (Résolution du 30 décembre 2002 du Secrétariat d'État aux télécommunications et à la société de l'information).

Ce code est établi par la Commission de surveillance des services téléphoniques à valeur ajoutée, organe collégial de nature interministérielle, également compétente pour le contrôle et la surveillance du respect du code (art. 5, *Orden* PRE/361/2002). **(DD)**

La nature contractuelle du code de conduite a été récemment confirmée par la section administrative du TS (Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, décision du 16 octobre 2012, RJ 2012\9683). **(DD)**

2. Les instruments de planification

- ESPAGNE

Les « plans » et « programmes » sont de nouveaux instruments de manifestation de l'action de l'administration moderne[1]. Leur typologie révèle une grande hétérogénéité. Certains constituent des « programmes d'objectifs » des différentes unités administratives, n'ayant aucune nature normative. D'autres sont des plans pluriannuels « d'activité » relatifs aux différentes branches de l'administration publique (plan d'infrastructures, planification énergétique, plan de développement des nouvelles technologies, etc.). Existent, enfin, des plans contraignants pour tous les acteurs, publics et privés, établissant des droits et des obligations pour les uns et les autres, dans la perspective d'un objectif d'intérêt public (plans d'urbanisme, plans hydrologiques, plan de gestion des ressources naturelles, etc.). Ces derniers ont une nature normative qui leur a été reconnue par la jurisprudence. **(DD)**

La nature normative du plan d'urbanisme, par exemple, est confirmée par une jurisprudence constante : Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) décision du 23 décembre 2011, RJ 2012\3048. **(DD)**

- ALLEMAGNE

En Allemagne, il n'existe pas de forme juridique spécifique appelée « plan ». Les plans sont émis dans les formes traditionnelles du droit, quand cela est prévu par la loi, comme par exemple sous la forme d'un statut dans les plans d'aménagement selon l'article 10 I de la loi sur la construction (*BauGB*).

La Cour administrative fédérale apprécie, au cas par cas, l'effet normatif des documents techniques que l'administration édicte, tels les plans d'occupation des sols, ou les plans de sauvegarde de la pureté de l'air. Elle a ainsi estimé qu'un plan d'occupation des sols devait être inclus dans le champ d'application de la procédure de contrôle des normes. Le représentant du gouvernement fédéral arguait de l'absence de valeur contraignante de cet instrument pour le soustraire à tout contrôle. La Cour a, pour sa part, considéré que les plans d'occupation des sols affectaient de manière décisive la situation juridique des citoyens et qu'ils devaient, de ce fait, être inclus dans les normes soumises à son contrôle : BVerwG 4 CN 3.06. **(DD)**

*Les plans d'occupation des sols (*Flächennutzungspläne*)*

Le plan d'occupation des sols est défini au 1 II de la loi sur la construction comme un « plan d'aménagement préparatoire », et s'oppose au plan de construction (Bebauungsplan), qui est lui un « plan d'aménagement contraignant ». **(DS)**

1. M. Sanchez Moron, *Derecho administrativo. Parte general*, 8ème édition, Madrid, 2012, p. 191.

Le plan de protection de l'air (Luftreinhalteplanung)

Les plans de protection de l'air et les plans d'action de l'article 47 de la Loi fédérale allemande sur la protection contre les immissions (*Bundes-Immissionsschutzgesetz – BimSchG*) sont d'autres exemples de plans qui, d'après une grande majorité des auteurs de la doctrine allemande, ne doivent pas être qualifiés de droit dur (*Aussenrecht*). **(DS)**

3. Les circulaires, lignes directrices et recommandations émanant de divers organismes publics

Le droit souple se manifeste également dans les lignes directrices et recommandations émises par l'administration ou divers organismes publics.

- ALLEMAGNE

L'administration allemande utilise, à l'instar de l'administration française, des instruments de droit souple, les « prescriptions » ou « *Verwaltungsvorschrift* », instruments qui sont comparables aux circulaires françaises.

Selon la définition prévue par l'article 69 I du Règlement intérieur commun des ministères fédéraux (*Gemeinsamen Geschäftordnung der Bundesministerien - GGO*), il s'agit de « *règles qui contiennent des dispositions générales et abstraites ayant des effets liant l'administration* ». Leur fonction principale est de clarifier l'état du droit, d'assurer l'efficacité de la loi ainsi que de les compléter.

La Cour administrative fédérale a jugé que les textes édictés par l'administration, circulaires, directives ou prescriptions n'étaient pas des normes juridiques (« *keine Rechtsnormen* » BVerwG, 4 août 2006, 2 B 12/06). La doctrine considère que ces textes relèvent de la *soft law*. **(DS)**

Les « prescriptions » (*Verwaltungsvorschriften*) adoptées par l'administration des impôts pour faciliter l'appréhension par le contribuable de la législation fiscale ont toutefois une valeur normative ambiguë. Opposables à l'autorité qui les a édictées dans le cadre d'un recours administratif introduit par un contribuable, le juge les tient, en revanche, pour dépourvues de toute valeur juridique. **(DS)**

Sont à ranger également dans la *soft law* produite par l'administration fiscale, les atypiques « exemptions d'application » (*Nichtanwendungserlasse*) que cette dernière prend pour enjoindre à ses services de ne pas appliquer une décision juridictionnelle contraire à ses prescriptions, sauf à l'égard des parties à l'instance. Bien que dépourvues de valeur juridique, elles ont force de loi pour les services fiscaux qui écartent, sur ce fondement, les décisions des juridictions fiscales y compris celles de la juridiction fiscale suprême. **(DS)**

L'exemple de l'Autorité de la concurrence allemande (Bundeskartellamt)

L'Autorité de la concurrence allemande est particulièrement ouverte aux instruments de droit souple.

En 2006, l'autorité de la concurrence a adopté les « Lignes directrices relatives à la sanction » (*Bussgeldleitlinien*), inspirées des lignes directrices de la Commission

européenne. Bien que ces lignes directrices aient été désignées également comme une communication, la terminologie nouvelle dans le contexte national invite à y percevoir une fonction particulière.

Le pouvoir d'édiction des lignes directrices est fondé sur une habilitation prévue par la loi relative aux restrictions à la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*). Toutefois, elles n'ont pas de force juridique contraignante comparable à celle de la loi. **(DS)**

- ESPAGNE

Le Tribunal Supremo espagnol a précisé que les actes nommés « circulaires » constituent des « lignes directrices », émises dans l'exercice du pouvoir hiérarchique, afin d'établir les critères d'application et d'interprétation juridique devant être pris en compte dans l'élaboration des futurs actes administratifs : Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), décision du 21 juin 2006, RJ 2006\5831). **(DS)**

L'exemple des circulaires de l'Agence pour la protection des données espagnole

Il existe des actes nommés « circulaires », mais qui constituent, au-delà du *nomen juris*, des dispositions réglementaires. Tel est le cas des circulaires de la Banque d'Espagne adressées aux établissements financiers (art. 3 de la loi 13/1994 du 1er juin 1994, *Autonomía del Banco de España*. **(DD)**

Le Tribunal a précisé que l'Agence de protection des données a le pouvoir d'émettre des « instructions » ayant une efficacité « *ad extra* », dans la mesure où elles s'adressent directement aux opérateurs qui procèdent au traitement automatisé des données, et ont une valeur contraignante pour ces derniers, ainsi qu'il ressort de l'art. 43.2.b) de la même loi. Ces instructions sont, en conséquence, différentes des « instructions » visées à l'art. 21 de la loi 30/92 (RCL 1992, 2512, 2775 et RCL 1993, 246), ayant des effets uniquement « *ad intra* », qui s'adressent aux organes hiérarchiquement subordonnés et visent à coordonner les activités du service dans le cadre des pouvoirs de direction, en s'imposant aux subordonnés uniquement en vertu du principe de l'autorité du pouvoir hiérarchique : Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), décision du 16 février 2007, RJ 2007\739). **(DD)**

- ITALIE

L'exemple de l'Autorité chargée du recouvrement des impôts

En Italie, l'Agenzia delle entrate (autorité chargée du recouvrement des impôts) peut publier des *circolari* exposant l'interprétation d'une disposition fiscale.

Les indications de l'administration peuvent être contenues non seulement dans des circulaires et des résolutions, mais aussi dans des mesures d'instruction, des informations présentes sur internet, ou encore des contacts informels entre le contribuable et les fonctionnaires, ou peuvent également découler du silence ou de l'inertie de l'administration.

Ces documents sont uniquement destinés à un usage interne et ne sont contraignants ni pour le contribuable ni pour le juge administratif (Conseil d'État,

6243/2005), mais ils peuvent être néanmoins invoqués par le particulier dans ses rapports avec l'administration afin de faire valoir sa position. **(DS)**

L'article 10 alinéa 2 du statut du contribuable établi par la loi n° 212/2000 dispose qu'« *aucune sanction ni intérêt ne sont demandés au contribuable lorsqu'il s'est conformé aux indications contenues dans des actes de l'administration fiscale, même s'ils ont été par la suite modifiés par la même administration (…)* ». Une telle règle vise ainsi à protéger le contribuable qui a suivi des interprétations contenues dans des actes de l'administration, qui ont ensuite fait l'objet d'un revirement. Le contribuable est obligé de se fonder sur ces indications pour s'acquitter de son obligation fiscale, ce qui contribue également à créer une confiance légitime vis-à-vis de son destinataire.

Du principe de la protection de la confiance légitime découle, enfin, l'obligation pour l'administration d'assurer un meilleur niveau d'information par tous les moyens disponibles, notamment informatiques, afin que le contribuable ait une pleine connaissance de l'orientation de l'administration. **(DS)**

L'exemple de l'Autorité italienne des marchés financiers

Le Tribunal administratif du Latium a admis pour la première fois, par un arrêt du 26 novembre 2002 n°10709, un recours en annulation formé par un entrepreneur contre une communication de l'Autorité italienne des marchés financiers (*Commissione Nazionale per le Società e la Borsa, CONSOB*).

La question soulevée est celle de la nature et de l'efficacité juridique des communications de la CONSOB. L'Autorité des marchés financiers formule, notamment, des communications de portée générale, par lesquelles elle précise les normes applicables, et des communications ponctuelles en réponse aux questions précises posées par les opérateurs économiques. Il s'agit d'instruments propres dont l'Autorité s'est dotée, en absence de dispositions le prévoyant, pour satisfaire des exigences pratiques. En revanche, si l'activité de l'Autorité relève d'une disposition législative, les communiqués de la CONSOB ont une nature réglementaire et ne constituent pas une simple orientation. **(DD)**

L'exemple des lignes directrices du ministère de la santé italien

Les juridictions de première instance considèrent depuis longtemps que les lignes directrices ont une portée obligatoire, telles celles portant sur la procréation médicalement assistée (*TAR Roma*, sez III, 9 mai 2005 n° 3452). Le Tribunal administratif de Rome a ainsi considéré que les lignes directrices du ministère de la santé sur la procréation médicalement assistée n'étaient pas des actes internes à l'administration, car elles pouvaient avoir des effets dommageables sur les tiers, et n'étaient pas simplement interprétatives parce qu'elles réglaient la procédure et les techniques utilisées. **(DD)**

Le Conseil d'État Italien considère aujourd'hui que les directives et les actes d'orientation sont contraignants et n'ont pas simplement une portée d'interprétation interne à l'administration (12 décembre 2012, n° 38) et qu'elles peuvent donc faire l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir. Le

critère déterminant pour les considérer comme contraignants est la formulation utilisée et le contenu de l'acte. Ainsi, une délibération communale concernant les conditions pour obtenir un appel d'offres ne peut être considérée comme un acte d'orientation si elle pose de nouvelles conditions (10 décembre 2012, n° 6278). **(DD)**

Le Conseil d'État Italien a jugé au contraire le 28 juin 2004 (n° 4780) qu'un acte de coordination et d'information ne peut être considéré comme un acte directement applicable, contraignant, et ayant une efficacité *erga omnes*, lorsqu'une transposition en droit régional est nécessaire. Il s'agissait en l'espèce d'un décret présidentiel contenant des dispositions qui relevaient de la compétence régionale, n'ayant pas d'effet direct dans l'ordre juridique régional sans une transposition. Cette position est régulièrement réaffirmée (8 octobre 2012 n° 5222). **(DS)**

- SUISSE

En Suisse, les actes étatiques non obligatoires répondent selon la doctrine au principe d'efficacité qui a rang constitutionnel (art. 170 de la Constitution fédérale), en permettant à l'État de ménager les marges d'initiative nécessaires à la mise en œuvre des politiques publiques.

Selon le Tribunal Fédéral suisse : « *Rendus aussi rigides que les actes juridiques, leur utilité disparaîtrait. Il n'est pas nécessaire que toute intervention étatique prenne la forme d'une décision, sinon le bon fonctionnement de l'administration pourrait en être affecté. Il est souvent indispensable que l'administration procède de façon informelle* » : ATF 128 II, 156. **(DS)**

Le droit souple est soumis au contrôle juridictionnel des actes étatiques non obligatoires. Si l'acte de droit souple entretient une relation fonctionnelle avec une décision attaquable, il sera intégré dans le système de la décision pour permettre que le contrôle juridictionnel s'exerce également à son égard. Par ailleurs, certains actes de droit souple autonomes bénéficient de mécanismes de contrôle juridictionnel spécifiques. C'est par exemple le cas de l'ouverture d'une procédure ordinaire en cas d'échec de la procédure non obligatoire (rejet d'une recommandation par son destinataire).

Le Tribunal Fédéral estime qu'indépendamment de la nature juridique de la norme, « *quiconque est à tel point touché par une intervention étatique qu'il risque d'être atteint de façon inadmissible dans ses droits fondamentaux doit avoir la possibilité de demander à l'autorité compétente (de première instance) une décision attaquable* » : ATF 128 II, 156.

Cet arrêt portait sur une ordonnance édictant des mesures d'organisation (accès des visiteurs, repos nocturne) d'un centre d'hébergement provisoire pour demandeurs d'asile. Alors que le département fédéral estimait que la loi fédérale relative à la procédure administrative n'était, en tout état de cause, pas applicable, le Tribunal fédéral a distingué, pour sa part, parmi les décisions prises en application de ce texte, entre celles qui sont susceptibles de porter atteinte à un droit fondamental et celles qui n'ont pas d'impact sur ces droits : ATF 128 II, 156. **(DS)**

4. Le droit souple dans les relations entre les pouvoirs publics

L'État et les collectivités territoriales ont de plus en plus recours au droit souple dans leurs relations, à travers des contrats tels que les contrats de plan, qui n'engagent pas le plus souvent la responsabilité de leurs auteurs.

- ESPAGNE

En atteste la place grandissante dans l'administration espagnole accordée aux pactes, accords et conventions en lieu et place de décisions unilatérales. Ne pouvant pas être qualifiés de règlements, ils suivent un régime propre en ce qui concerne leur élaboration et adoption, leur validité et leur efficacité : Tribunal Supremo espagnol (Sala de lo Contencioso-Administrativo), décision du 9 mars 2001, RJ 2001\1708. Ils constituent ainsi une forme alternative de régulation de l'administration. Dans une affaire portant sur un Accord du Conseil de la Generalitat Valenciana du 11 mai 1992, il s'agissait de savoir si l'accord en question peut être qualifié d'*acto ordenado*, relevant uniquement de l'application du décret du 1987, ou bien d'*acto ordenador*, introduisant des règles générales venant intégrer le cadre normatif dans la matière. Le Tribunal a considéré qu'en dépit de sa dénomination d'accord, l'acte en question a une nature réglementaire particulière en raison du fait qu'il introduit des nouvelles règles de portée générale dans le système juridique. **(DD)**

- ALLEMAGNE

Les indications étroites de la Loi fondamentale ne laissent aucune place à des normes exécutives commandant le comportement des institutions constitutionnelles, en dehors du droit. Dans la mesure où la Loi fondamentale laisse parfois des vides normatifs sur certaines questions centrales, l'on trouve quelques règles complémentaires dont le caractère normatif est souvent ambigu. Dans tous les cas, les accords de coalition et autres conventions entre acteurs ne doivent pas être considérés comme de la *soft law*, car ils ne remplissent pas les conditions de la définition de la *soft law* concernant leur source. Ainsi, selon la définition de M. Knauf[2], « *la* soft law *recouvre des règles comportementales, qui sont édictées par des autorités, c'est-à-dire avec l'exercice de l'autorité des autorités saisies (choisies/ en charge), qui ne se conforment alors à aucun force juridique contraignante ou seulement à une force juridique contraignante issue de la sphère intérieure du régulateur et qui réussissent à atteindre à atteindre une gouvernance à travers des voies autres que juridiques.* » **(DS)**

Accord de Königstein (1950)

L'accord de Königstein des ministres-présidents des Länder relatif au choix du président du Bundesrat du 30 août 1950 constitue un exemple de *soft law* en droit constitutionnel. Cet accord complète l'article 52 I de la Loi fondamentale ainsi que l'article 51 du Règlement du Bundesrat (*Geschäftsordnung des Bundesrates - GOBRat*), dans lequel le président du Bundesrat est élu pour un an sans discussion

2. M. Knauff, « Der Regelungsverbund : Recht und Soft Law im Mehrebenensystem », Mohr Siebeck (2010).

du Bundesrat. L'accord a pour but d'empêcher les candidatures dissidentes des ministres-présidents ainsi que l'occupation de la fonction par quelques *Länder* seulement.

Cet accord pourrait être qualifié de *Gentlemen's Agreement*. Le contenu de l'accord et le contexte de l'action des parties à leurs fonctions comme ministres-présidents des *Länder* et membres du Bundesrat pourraient le rapprocher d'une convention (*Vereinbarung*) (juridique), dont le respect serait attendu indépendamment des personnalités des parties. En définitive, l'accord de Königstein doit être qualifié de *soft law* collégiale, qui *de facto* prend la place d'un contrat étatique (*Staatsvertrag*) constitutionnel fédéral. **(DS)**

Accord de Lindau (1957)

L'« Entente entre le gouvernement fédéral et les chancelleries des Länder sur le droit relatif à la conclusion des contrats au niveau fédéral » du 14 novembre 1957, ou l'accord de Lindau, est un autre exemple significatif de la *soft law* en droit constitutionnel allemand. L'accord de Lindau doit son existence aux querelles existant entre l'État fédéral et les *Länder* sur la capacité constitutionnelle de compétence de conclure des contrats de droit international sur la base de l'article 32 de la Loi fondamentale. L'accord de Lindau donne à l'État fédéral la compétence de conclure des accords de droit international dans les domaines de compétence des *Länder*. Toutefois, cela est conditionné à l'adhésion des *Länder* à l'accord de droit international, lorsque l'État fédéral ne détient aucune compétence législative. En outre, est prévue une participation en amont des *Länder*, afin qu'ils puissent influencer la formulation du texte même du contrat, ainsi que son contenu. **(DS)**

Certains auteurs de la doctrine contestent toutefois la qualification de *soft law* à ces deux accords, lui préférant celle de G*entlemen's Agreements*.

III. La *soft law* dans le droit privé

Enfin, le droit comparé témoigne du recours au droit souple dans le secteur privé, à travers de multiples instruments.

1. Les codes de conduite dans le cadre du droit du travail

- ESPAGNE

Le code de conduite interne au Banco de España : le Tribunal Supremo a précisé que « *le fait que la Banque d'Espagne soit une entité de droit public (article 1 de la loi 13/94) ne présuppose pas que les relations avec les travailleurs relèvent du droit public, mais il agit comme un simple employeur, dans le cadre d'un contrat de travail de droit privé* ». Ainsi, la circulaire qui établit le code de conduite interne ne relève pas d'un pouvoir réglementaire de nature administrative reconnu à la Banque en tant qu'organisme public, mais demeure dans le cadre du rapport contractuel de travail régi par le droit privé (Tribunal Supremo, Sala de lo Social, décision du 8 février 2005, RJ 2005\2597). **(DD)**

2. Les codes déontologiques des ordres professionnels

- ITALIE

De façon analogue, le code de déontologie règlemente l'exercice d'une profession conformément aux valeurs communes de référence. La Cour de cassation italienne a considéré dans son arrêt n° 21732 du 11 octobre 2006, que les règles déontologiques sont des règles internes aux catégories professionnelles et n'ont donc pas de valeur juridique. Elles s'imposent aux membres au titre de leur appartenance à l'ordre et leur infraction relève de la compétence de l'organe disciplinaire mis en place par l'ordre. La détermination et l'application de ces normes appartient ainsi à ce dernier et le juge judicaire (en l'occurrence, la Cour de cassation) peut en contrôler l'application dans la meure où la décision issue de la procédure disciplinaire est viciée. **(DS)**

- BELGIQUE

La Cour de cassation belge a affirmé que l'arrêté royal du 18 avril 1985 portant approbation du règlement de déontologie établi par le Conseil national de l'Ordre des architectes ne peut être considéré comme un arrêté réglementaire devant être soumis à l'avis de la section de législation du Conseil d'État : Cour de cassation, 20 novembre 2003. **(DS)**

- ALLEMAGNE

Les directives d'éthique au sein d'une entreprise

La Cour d'appel du travail de Düsseldorf a estimé que les « directives d'éthique » émises par la société mère américaine d'une entreprise de droit allemand devaient être adoptées par le comité d'entreprise de cette dernière, chaque fois que leurs dispositions touchent à des domaines régis par la codécision. La Cour n'aborde aucunement la nature juridique de ces lignes directrices mais se borne à identifier les mesures préconisées qui entrent dans le champ d'application de la codécision (dénonciation, même anonyme, des comportements déviants par rapport aux lignes directrices, politique en matière d'acceptation des cadeaux des fournisseurs, politique en matière de harcèlement, interdiction des relations amoureuses entre salariés) : LAG Düsseldorf 10 TaBV 46/05. **(DS)**

Les comportements spontanément adoptés par un groupe d'entreprises

Un comportement d'une entreprise s'écartant d'un simple code de conduite dont s'est doté une association ou un groupement d'entreprises ne peut être considéré comme déloyal au sens de l'article 3 § 1 de la Loi sur la concurrence déloyale. Si les règles que se donne un tel groupement peuvent, sous certaines conditions, générer une pratique, il n'est pas possible de déduire pour autant qu'un comportement s'en écartant puisse être qualifié de « déloyal ». « *Si l'habitude devait être élevée au rang de norme, la concurrence en serait singulièrement réduite* ». Cour de cassation (*Bundesgerichtshof*), BGH 09 septembre 2010, I ZR 157/08. **(DS)**

Contributions

« Le droit souple vu de la CNIL : un relais nécessaire à la crédibilité de la régulation des données personnelles »

Isabelle FALQUE-PIERROTIN, *présidente de la CNIL*

« Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets »

Pascale DEUMIER, *professeur à l'université Jean Moulin (Lyon III), Équipe de droit privé*

« Entre droit souple et droit dur : les « Principes » en droit des contrats internationaux »

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II), présidente de la Société de législation comparée*

« L'utilisation des normes volontaires dans la réglementation »

Olivier PEYRAT, *directeur général de l'Afnor,*
Christophe LELART, *responsable du département juridique de l'Afnor*

Le droit souple vu de la CNIL : un droit relais nécessaire à la crédibilité de la régulation des données personnelles

Isabelle FALQUE-PIERROTIN,
Présidente de la CNIL

L'univers contemporain est celui de la complexité. Celle-ci tient à la fois à une évolution sans précédent et toujours plus rapide des technologies et des usages ; elle tient à la mondialisation des échanges ; elle tient à l'interdépendance croissante entre acteurs publics et privés sur de nombreux sujets. Le pilotage de tels univers ne peut entièrement reposer sur les seules normes législatives et réglementaires. Il nécessite d'innover et, notamment, de recourir à une palette d'outils régulatoires nouveaux plus ou moins contraignants. La protection des données personnelles est un champ d'expérimentation privilégié d'une telle évolution et la CNIL s'appuie de plus en plus sur toute une gamme d'instruments juridiques flexibles et fins, négociés souvent avec les acteurs privés. Ce « droit souple », qui est au cœur de la régulation des données personnelles d'aujourd'hui, apparaît à la fois comme le relais et la condition de mise en œuvre des principes qui fondent la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et aux libertés et la directive de 1995 relative à la protection des données personnelles.

La crédibilité de la régulation aujourd'hui est donc liée à la capacité du régulateur d'intégrer ces instruments juridiques hétérogènes, venus d'horizons différents et de les mobiliser, aux côtés des instruments classiques, de façon efficiente.

Le droit souple, un relais nécessaire mais conditionné

Il fut une époque, pas si lointaine, où le droit souple était volontiers qualifié de « droit mou ».

Sans qu'il soit nécessaire de revenir longuement ici sur une évolution qui n'est pas que sémantique, comme en témoigne l'étude annuelle 2013 du Conseil d'État, l'intérêt est croissant pour des outils qui répondent à une nécessité partagée par les acteurs publics et privés. Le domaine de la protection des données personnelles en constitue un bon exemple.

Trois éléments justifient une telle évolution.

Le premier est lié aux limites même de la norme générale dans un environnement en pleine mutation.

En matière de protection des données personnelles, pour appréhender l'ampleur du changement, il suffit de songer que le cadre juridique communautaire est issu de la directive de 1995, antérieure donc à l'émergence massive d'internet, des réseaux sociaux, des *smartphones*, du *cloud*, ou encore de la biométrie ou de

la vidéoprotection. Pourtant, ce sont bien les mêmes principes – protection des données personnelles, finalité des traitements, loyauté, licéité et proportionnalité de la collecte, mais aussi recueil du consentement de la personne concernée – qui sont au cœur du dispositif. Il appartient donc aux régulateurs nationaux, sur leur territoire et dans un cadre de coopération communautaire étroite, d'adapter les modalités d'application de cette norme.

Comment, par exemple, assurer l'effectivité du principe du consentement de la personne en matière de « fichiers clients », de prospective commerciale par courriel ou téléphone, ou encore d'installation de *cookies* sur un ordinateur ? Comment faire en sorte de recueillir ce même consentement quel que soit le support (formulaire papier, formulaire électronique, sur un ordinateur fixe, une tablette ou un s*martphone*) ? Comment, dans un tout autre domaine, articuler le droit à l'effacement des données, prévu par les textes, avec les obligations ou les nécessités, d'archiver les documents publics ou privés ?

Face à toutes ces questions très concrètes d'usages, lesquels peuvent au demeurant changer en quelques mois, la réponse législative ou réglementaire n'est pas adaptée.

Pour appliquer ce « droit dur » et le faire entrer concrètement dans les faits, il faut nécessairement recourir à la médiation d'instruments novateurs, à la granularité plus fine que la loi, permettant de décliner la mise en œuvre de celle-ci.

Le second est que le traitement des données personnelles est de plus en plus déterritorialisé. En d'autres termes, le temps des fichiers nationaux, ne concernant que les seules personnes résidant dans un État et mis en œuvre depuis ce même État, est révolu. Avec deux conséquences : la première est que les entreprises française évoluent dans un environnement globalisé, et font donc l'expérience quotidienne de la *soft law* et de ses éventuels avantages. S'il convient donc de rester fidèle à une tradition juridique fondée sur un « cœur normatif » fort et étendu, le développement d'un droit relais répond aussi à une hybridation croissante des cultures juridiques.

La seconde conséquence est que, en dépit d'une harmonisation européenne réelle, le nombre de pays concernés et la diversité des environnements juridiques et administratifs font obstacle à une adaptation permanente de la norme à l'émergence constante de problématiques nouvelles. C'est donc au régulateur d'assurer cette adaptation transitoire.

Enfin, la protection des données personnelles est en train de changer de paradigme, comme en témoigne le projet de règlement européen présenté par la Commission européenne le 25 janvier 2012, appelé à se substituer à la directive de 1995. Initialement, le régime juridique était fondé sur un système relativement binaire : formalités préalables (déclarations, autorisations, etc.) d'une part ; plaintes, contrôles et éventuellement sanctions, d'autre part. Cependant aujourd'hui, face à l'explosion des données personnelles et à leur circulation généralisée, la protection des données personnelles ne peut plus passer uniquement par ces deux volets sauf à accepter une action de régulation limitée et peu efficiente.

L'enjeu est dès lors de rentrer dans la réalité des usages et de veiller à ce que ceux-ci respectent effectivement les principes informatique et libertés. Le règlement prévoit ainsi une responsabilisation accrue des responsables de traitement à travers la mise en place d'une couche régulatoire nouvelle, celle de « l'accountabilité ». Ce mot, intraduisible en français, illustre l'obligation de se doter d'instruments ou de procédures mettant en œuvre, et en témoignant, les principes du règlement. Quel que soit le sort du projet de règlement et le risque d'un calendrier retardé, il semble clair que la tendance soit là et nous l'avons déjà anticipée en France.

Le rôle du régulateur s'enrichit alors, au-delà du contrôle *a priori* et *a posteriori*, d'une mission d'accompagnement des organismes publics et privés dans un processus dynamique et permanent de mise en conformité. À la réglementation prescriptive s'ajoute donc la nécessité d'une régulation plus partenariale, fondée sur des instruments juridiques souples et « personnalisés ».

Le droit souple, une palette d'instruments complémentaires et adaptables

Le principal avantage du droit souple est en effet son caractère « plastique », réactif et adaptatif, ce qui lui permet d'épouser les contours de situations juridiques mouvantes et variées. Ceci conduit donc à retenir une gamme d'instruments diversifiés, plutôt qu'à privilégier une approche monolithique contraire aux objectifs poursuivis.

La CNIL a ainsi développé toute une gamme d'outils en ce sens, soit mis à sa disposition par le législateur, soit rendus nécessaires par sa mission de conseil.

Quelques exemples permettent de rendre compte de cette diversité, selon un degré de contrainte croissant :

- Le premier instrument est naturellement la possibilité pour la CNIL de rendre publics des conseils pour permettre aux responsables de traitement de respecter les prescriptions normatives. Ces « conseils », sans être inscrits dans le marbre donnent des orientations, des premières lignes directrices sur des sujets ou pratiques novateurs. À titre indicatif, c'est dans cette catégorie que s'inscrivent les « conseils aux entreprises » que la CNIL a rendu publics en juin 2012 en matière « d'informatique en nuage » (*cloud computing*), c'est-à-dire de stockage déterritorialisé des données des entreprises (courriels, fichiers, documents divers). Ils consistent notamment, dans un marché très concentré où les clients – responsables légaux de leurs fichiers – achètent parfois des prestations « sur étagère » à des prestataires mondialisés, en des clauses contractuelles types déterminant les obligations des deux parties.

- Le deuxième instrument, utilisé de longue date par la CNIL, est celui des recommandations. Illustration type du droit souple, les recommandations permettent à la CNIL de fixer des lignes directrices qui, sans être juridiquement contraignantes par elles-mêmes, précisent les conditions d'application de la loi dans un secteur donné. Si, en règle générale, la CNIL examine chaque situation en tenant compte de ses caractéristiques propres, les recommandations visent une approche plus générale de la règle de droit. Deux exemples illustrent leur usage : le premier est bien sûr celui de l'anonymisation des bases de jurisprudence[1], destinée

1. Délibération n° 01-057 du 29 novembre 2001 portant recommandation sur la diffusion de données

à prévenir la reconstitution du passé juridictionnel d'une personne sans que cela ait lieu d'être ; le second est celui de la recommandation adoptée par la CNIL sur le vote électronique[2], qui a conduit progressivement la plupart des prestataires à relever le niveau des garanties de leurs solutions en termes de secret du vote.

- Même en matière d'autorisations, la CNIL s'est ménagée des éléments de droit souple. Elle a ainsi développé les « autorisations uniques » qui lui permettent, confrontée à un nombre important de demandes d'autorisations similaires (comme, par exemple, en matière de mise en ligne d'archives publiques d'état-civil par les services départementaux), de fixer un cadre, juridiquement contraignant, définissant les conditions générales du régime juridique en cause. Le responsable de traitement qui accepte de s'y conformer doit alors souscrire un engagement de conformité, moins lourd et plus rapide. S'il veut déroger à ces règles communes, il doit solliciter une autorisation individuelle, dont les conditions de délivrance sont moins rapides. La CNIL dispose ainsi du moyen de fixer les règles et bonnes pratiques applicables à un secteur, à l'issue d'une procédure concertée, tout en facilitant les démarches des organismes concernés. C'est ce qu'elle a fait en 2012, par exemple, en matière d'archives publiques[3] : par cet acte, elle a ainsi autorisé les services départementaux des archives à publier en ligne les actes d'état civil, mais en fixant des délais de publication, notamment des mentions marginales, compatibles avec la protection des données personnelles et de la vie privée des ayants droits.

- Enfin, la labellisation est une compétence que la CNIL est en train de développer, et qui permet à un responsable de traitement qui le souhaite d'obtenir un label « CNIL », à condition de s'engager à respecter une série d'obligations définies par le régulateur, qui vont au-delà de la loi mais lui permettent en retour de se prévaloir de ce haut niveau de conformité à l'égard de ses clients. En un an, deux référentiels ont ainsi été développés, d'une part, pour les formations au droit « informatique et libertés », et, d'autre part, pour les audits de traitement de données à caractère personnel. Seize labels ont d'ores et déjà été délivrés.

Cette gamme d'instruments de droit souple, non exhaustive, est désormais complétée par une nouvelle démarche que la CNIL a souhaité initier en direction des professionnels : les « packs de conformité ». Il s'agit de fixer, pour un secteur donné, dans un document non contraignant, les bonnes pratiques « informatique et libertés » de nature à la fois à garantir le respect de la loi et, dans certains cas, à être « mieux disant ». Ces packs sont plus directement opérationnels que les recommandations. Ils sont par exemple à l'étude dans le domaine des compteurs intelligents afin de fixer le cadre juridique précis de plusieurs scénarios d'usages et d'innovation en la matière.

Que déduire de ce rapide inventaire ?

---

personnelles sur internet par les banques de données de jurisprudence.

2. Délibération n° 2010-371 du 21 octobre 2010 portant adoption d'une recommandation relative à la sécurité des systèmes de vote électronique.

3. Délibération n° 2012-113 du 12 avril 2012 portant autorisation unique de traitements de données à caractère personnel contenues dans des informations publiques aux fins de communication et de publication par les services d'archives publiques.

En premier lieu, le droit souple est un droit qui permet de dépasser la seule approche principielle pour définir « sur mesure » des pratiques conformes au droit dur. Il ne renonce pas au caractère prescriptif de ce droit « source », mais il se situe en aval de celui-ci, face à la diversité des situations de fait, pour résoudre des problèmes opérationnels et les rendre intelligibles. C'est, en d'autres termes, un droit de mise en œuvre, centré sur les bonnes pratiques, permettant de les définir et de les harmoniser.

En deuxième lieu, le droit souple peut difficilement se définir par quelques critères objectifs et communs, tels que son caractère volontaire (évident dans le cas de la demande d'obtention d'un label, par exemple, mais très éloigné de la logique d'une recommandation) ; son caractère contraignant (les « packs de conformité » ne le sont pas juridiquement, là où les autorisations uniques le sont) ; ou son caractère de stricte conformité à la loi (évident pour des autorisations uniques, tandis que les labels répondent au contraire à une logique de concurrence vertueuse allant au-delà des exigences de la loi). Dans le fond, le droit souple se définit plus par sa nature de déclinaison du droit dur, celle-ci pouvant répondre à des critères très différents selon ce qui est attendu de l'instrument en termes de ciblage et d'intensité de l'éventuelle prescription.

En fait, le droit souple se définit surtout par une méthode d'élaboration. Si, comme le relevait en 2011 le Conseil d'État dans ses considérations générales[4], la norme est de plus en plus élaborée dans le cadre d'une concertation effective, un tel processus s'impose en matière de droit souple. Parce qu'il vise à entrer dans les usages, les contraintes spécifiques, les métiers des acteurs, il implique nécessairement de connaitre la réalité de ceux-ci. Il en résulte que chacun des cinq instruments précédemment évoqués (conseils généraux, recommandations, autorisations uniques, labels, pack de conformité) est adopté par la CNIL au terme d'un processus approfondi de concertation avec les acteurs concernés. La révision de la doctrine de la CNIL en matière de biométrie au travail en 2012 est ainsi intervenue après une procédure de consultation intéressant tant les organisations patronales que des syndicats de salariés. Les bénéfices de cette concertation sont doubles : elle donne à la production normative qui en découle des garanties de réalisme ; elle assure également un respect de celle-ci par les acteurs qui ont participé activement à son élaboration.

Un enjeu de concurrence internationale et de compétitivité

Comme indiqué précédemment, l'une des causes de l'émergence de la *soft law*, notamment dans le domaine du numérique et de la protection des données personnelles, réside dans la déterritorialisation des traitements, corollaire de la globalisation de l'économie. Or, dans un univers ainsi intégré, il est indispensable, pour promouvoir un modèle juridique fondé sur l'humanisme européen, mais aussi pour soutenir la compétition juridique mondiale à armes égales, d'être très présent sur cette part substantielle du droit que représente aujourd'hui le droit souple. Car il est clair que cette approche s'étend au niveau mondial.

4. Conseil d'État, Rapport public 2011*, Consulter autrement, participer effectivement*, La documentation Française, juillet 2011, 230 p.

La protection des données personnelles est un bon exemple de ce nouveau terrain d'affrontement normatif. Nous assistons en effet à de grandes manœuvres entre les différentes régions du globe. La Commission européenne a proposé, début 2012, un nouveau règlement européen sur la protection des données personnelles. Les États-Unis et l'APEC sont en train de structurer un cadre juridique pour l'utilisation des données personnelles, autour notamment de l'idée du « *safe harbor* », c'est-à-dire d'un système fondé sur des principes robustes, mais peu nombreux, que les entreprises s'engagent à respecter à travers des codes de bonne conduite ou des chartes, sous contrôle des autorités nationales.

L'enjeu va être de savoir comment ces différentes démarches vont s'articuler, comment va être assurée l'interopérabilité des systèmes, afin de permettre les transferts de données d'un bout à l'autre du globe ; à quel niveau d'exigence et via quels mécanismes peut s'établir un « standard mondial ».

À ce titre, le projet de règlement européen doit démontrer qu'il est capable, avec une démarche ambitieuse sur le plan du droit dur, d'assurer un haut niveau de protection des données, compétitif par rapport à la démarche, apparemment plus souple et plus pragmatique, que proposent nos compétiteurs étrangers. Mais pour y arriver, les Européens doivent livrer la bataille du droit souple et donc penser et organiser une articulation innovante entre la tradition européenne normative et les apports de la *soft law*. Concrètement, ils doivent organiser la production de référentiels adaptés, de lignes de conduite… bref, d'une « *accountabilité* » qui décline de façon efficace les principes du règlement. Ils doivent montrer qu'ils sont en phase avec les réalités du numérique mais aussi que la prévisibilité du cadre juridique pour les entreprises et les citoyens est mieux assurée par la démarche européenne. Ceci suppose donc que le règlement renvoie à des instruments plus souples le soin de définir les modalités concrètes de certaines obligations.

À cet égard, l'une des critiques apportées au règlement européen a porté sur le nombre de renvois à des actes délégués – près de 50 – qu'il comporte. On sait que ces actes délégués de la Commission européenne sont aux règlements communautaires ce que, pour simplifier, sont les décrets d'application à nos lois. Or ces textes, réglementaires et prescriptifs, ne répondent pas toujours à l'exigence d'une adaptation au « terrain », et aux besoins des entreprises, compte tenu notamment des instruments existants dans d'autres régions du globe et auxquels elles sont également soumises. C'est pour cette raison que la CNIL a proposé, dans un certain nombre de cas, un système alternatif. L'idée serait que les 27 CNIL européennes, réunies actuellement au sein du groupe « G29 », déterminent ensemble, à partir des besoins qu'elles auraient identifiés, des référentiels par thème ou par secteur. À titre indicatif, les modalités précises de recueil du consentement en matière de *cookies* ou de prospection commerciale feraient ainsi l'objet de référentiels communs. Ces instruments, en principe non contraignants, seraient ensuite homologués par la Commission, ce qui leur donnerait une force exécutoire dans l'ensemble de l'Union. Ainsi, des outils de droit souple viendraient progressivement compléter le corpus du droit dur et acquéraient ainsi un caractère contraignant.

La réussite de l'élaboration de ce corpus juridique commun à l'ensemble de l'Union, sur un secteur – les données personnelles – qui constitue aujourd'hui

l'un des principaux gisements de croissance économique comme l'un des enjeux contemporains de protection des libertés publiques, est donc à la fois un enjeu démocratique et de compétitivité de l'Union. En la matière, une juste articulation de la norme et du droit souple est l'un des meilleurs moyens de garantir l'adaptation de notre régime juridique.

L'articulation entre droit dur et droit souple, clé de toute régulation ?

In fine, c'est bien à la définition de la régulation moderne que renvoie la question de l'articulation entre obligations substantielles et droit souple. S'agit-il d'une régulation « combinatoire » ou « autonome » ?

Pendant longtemps, les tenants de chaque camp ont souhaité opposer ceux-ci. L'autorégulation était ainsi vantée dans le numérique comme seule réponse pertinente aux enjeux de régulation du secteur. De même, les classiques considéraient que le droit mou ou gazeux n'était pas du droit, qu'il constituait une dégradation de la norme, seule la norme générale et impersonnelle étant, d'une certaine façon, susceptible de garantir la stabilité juridique nécessaire aux citoyens et aux entreprises.

La prise en compte de la complexité des questions actuelles impose une vision plus équilibrée.

En premier lieu, le droit dur reste le seul instrument capable d'exprimer des principes généraux communs à tous. Le droit souple, on l'a dit, est un droit de mise en œuvre. Mais il faut se garder d'un risque qui serait de faire de celui-ci un simple système d'obligations procédurales. De plus en plus en effet, notamment sous l'influence du droit anglo-saxon, les instruments juridiques issus de la corégulation ou de l'autorégulation des entreprises sont, de fait, des instruments procéduraux. Ils renvoient souvent à des procédures internes, parfois complexes, à respecter, ou à des séries d'obligations qui sont autant de cases à cocher pour garantir une conformité effective. Le risque existe alors d'une éviction progressive des obligations substantielles au profit d'obligations procédurales.

Le danger est réel car, face à la difficulté croissante de dégager des positions de consensus sur les sujets de fonds, il est plus simple de s'entendre sur une procédure. En matière de protection des données, la tendance se fait jour : dans le projet de règlement par exemple, on ne définit pas réellement les traitements à risque mais on considère qu'ils doivent faire l'objet d'une étude d'impact.

Pour se garder d'une telle évolution qui mine l'essence même de la régulation, le régulateur doit veiller à ce que les obligations substantielles soient au cœur du droit souple et lui servent de boussole. Il doit bien sûr s'assurer que la complexité et les pesanteurs administratives ne se transfèrent pas de la substance à la procédure, alors même que les pouvoirs publics s'emploient à simplifier dans le droit dur.

Le deuxième enjeu de cette juste articulation réside, comme indiqué précédemment, dans le besoin de sécurité juridique des organismes soumis aux obligations issues de la législation sur la protection des données.

La sécurité juridique implique en effet, comme l'a rappelé le Conseil d'État dans ces mêmes considérations quinze ans plus tard, tant la stabilité que l'intelligibilité de la norme. Sur ces deux points, dans un univers en constante évolution, le droit dur trouve ses limites et on ne peut simultanément déplorer l'inflation normative et se priver des possibilités qu'offrent les instruments du droit souple. Soit l'on attend de la norme qu'elle prévoie et régisse tous les possibles, et alors il faut admettre son instabilité relative, soit on considère que la ligne de crête entre droit dur et autres instruments juridiques permet précisément de stabiliser le droit dur et d'adapter ses déclinaisons à travers des instruments plus souples. Dans cette deuxième hypothèse, c'est alors au droit souple d'assurer une partie de l'évolutivité et de l'adaptabilité du droit, ce qui est d'autant plus facile que, sectoriel et souvent plus détaillé, il est également élaboré, dans la plupart des cas, à la suite d'une concertation très étroite avec les acteurs, gage de prévisibilité.

Loin de s'opposer en termes de sécurité juridique, droit dur et droit souple sont donc les deux étages complémentaires d'une même pyramide normative.

***

Ni nouveau carcan, ni instrument d'auto-exemption des obligations substantielles pesant sur les organismes publics ou privés qui y sont soumis, le droit souple constitue donc une opportunité formidable : opportunité juridique, tout d'abord, pour diversifier la palette des instruments juridiques disponibles en fonction de leur caractère plus ou moins contraignant, et contribuer à stabiliser le droit dur en permettant une plus grande « respiration normative » en aval ; opportunité économique, ensuite, parce que dans un environnement mondialisé, la concurrence se joue également sur le terrain juridique, et que les entreprises ont besoin de disposer d'outils comparables à ceux qui se développent ailleurs dans le monde ; opportunité politique, enfin, puisque le droit souple offre à la régulation moderne, y compris en termes de protection des droits, une source renouvelée de légitimation et d'appropriation par les acteurs.

Sous ces trois angles, la protection des données personnelles présente aujourd'hui des possibilités prometteuses, sous le contrôle vigilant de la CNIL.

Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets

Pascale DEUMIER
Professeur à l'université Jean Moulin (Lyon III)
Équipe de droit privé

Le droit souple « *est souvent qualifié, selon l'expression consacrée, de mal identifié. La présente étude va désormais s'efforcer de mieux en délimiter les contours* »[1]. Il n'est guère difficile de vérifier que cet objectif du Conseil d' État répond à un besoin réel, celui de mieux saisir une notion déjà fuyante bien que d'apparition récente. Une rapide interrogation des bases de données juridiques permet de dresser un panorama de l'émergence de l'expression et de son utilisation par la doctrine française. Dans les années 1990, l'occurrence est rare ; quand elle apparaît, elle est employée dans son sens commun, le droit « souple » désignant le caractère particulièrement flexible et adaptable d'un droit[2]. Ce n'est pas à dire que le phénomène n'existait pas : il était déjà connu, sous l'appellation anglophone de *soft law*, née et particulièrement développée en droit international public[3]. L'expression alternative de « droit souple » va se diffuser, sans toutefois envahir la littérature juridique[4], à compter de 2003, date de la publication de l'article fondateur de Catherine Thibierge[5]. Elle a depuis été retenue par la Commission de terminologie et de néologie en matière juridique pour traduire la *soft law*[6]. Si l'expression est parfois utilisée pour illustrer les symptômes des évolutions plus générales du droit et de l' État[7], elle l'est plus souvent pour qualifier un instrument juridique déterminé. À cet égard, il est possible de faire un constat classique en la matière, celui de la diversité des manifestations ainsi désignées à longueur

1. V. au 1. 2. 2. *in fine* de l'étude.
2. Par ex. du fait du rôle important du juge et de la CNIL, J. Frayssinet, « Nouvelles technologies et protection des libertés dans l'entreprise », *Dr. Social,* 1992. 596. Cette utilisation se rencontre encore : v. pour son utilisation la plus raisonnée, D. Fenouillet, « La parentalité en question : des fondements incertains », *LPA,* 24 fév. 2010, n° 39, p. 25.
3. Ex. sur la base Dalloz.fr, 53 utilisations de « droit souple » et 307 de « *soft law* », au 9 mai 2013. Relevons toutefois que l'emploi du terme *soft law* se multiplie sensiblement dans les mêmes années, à savoir à compter de 2005 : il y a bien soit un phénomène de multiplication de ces outils, soit un phénomène de mode doctrinale pour leur étude.
4. Sur la base Dalloz.fr, 53 utilisations au 9 mai 2013 (dont 8 en 2009). Le chiffre est exactement le même sur la base Dalloz Bibliothèque. 40 utilisations sur la base LexisNexis (rubrique Revues) : une seule avant 2003, 8 en 2012. 44 sur la base Lextenso (Revues) : une seule avant 2003, 8 en 2008. Relevons que 3 publications font référence au rapport du Conseil d'État en préparation, ce qui semble particulièrement inédit.
5. « Le droit souple », *RTDciv*., 2003. 599.
6. V. rapport 2003-2007, définition désormais inscrite dans le vocabulaire des affaires étrangères : « *Notion doctrinale relative à des textes ou à des dispositions juridiques n'ayant pas par eux-mêmes d'effets contraignants mais susceptibles de contribuer, dans certaines conditions, à la formation de nouvelles règles juridiquement contraignantes* », *JORF* n° 0245, 19 octobre 2008.
7. Ex. S. Pellé, « La réception des correctifs d'équité par le droit », *D*., 2011. 1230.

de revues : RSE, norme ISO, avis, recommandations ou délibérations d'autorités administratives indépendantes, normes professionnelles et réglementaires, guide législatif, certifications et labels, codes de gouvernance, codes de conduite, recommandations d'organisations internationales, guides de bonnes pratiques, chartes éthiques, Principes Unidroit[8], accords de Bâle, référentiels de l'ONIAM, Livre Vert. Pour les désigner, il n'est pas rare que soient employées plusieurs expressions dans le même mouvement, les auteurs qualifiant simultanément une manifestation de droit souple, mou et *soft*, les lignes de partage entre ces différentes expressions semblant moins clairement admises que la notion générale. L'une de ces lignes de partage se dégage un peu plus nettement : l'expression de « droit souple » est très généralement utilisée pour désigner un droit non contraignant ; elle est en revanche plus rarement utilisée pour les énoncés vagues ou indéterminés, qui sont plutôt mentionnés comme « droit flou ». Dans la présente contribution, à l'instar de l'étude du Conseil d'État, la terminologie de droit « souple » n'inclura pas le droit « flou », pour ne conserver que l'idée générale d'un droit non contraignant.

Même ainsi délimité, le droit souple est dominé par l'hétérogénéité de ses manifestations. Très accueillante, la notion est une bannière sous laquelle il est possible de ranger toutes les nouvelles manifestations qui, pour ne pas rentrer dans les cadres plus ou moins bien tracés des sources formelles, tombent par défaut dans la très accueillante catégorie de droit souple : la notion s'approche d'abord en négatif, le droit souple étant ce qui n'est pas du droit dur sans pour autant tomber dans un néant juridique. La notion cherche ainsi à sortir de l'alternative binaire entre droit et non-droit, à constituer une forme d'entre deux entre la règle obligatoire et l'absence de juridicité. Va alors se développer une idée générale, objet d'un assez large assentiment, selon laquelle le droit souple désigne un droit non contraignant (ce qui le distingue du droit dur) mais susceptible de produire un effet tout de même (ce qui le distingue du non-droit)[9]. Passée cette idée générale, les désaccords commencent. Ils portent souvent sur la possibilité de déduire de cet effet du droit souple que celui-ci est du vrai droit ou non. Faute de pouvoir réconcilier ce qui relève de conceptions irréductibles de la définition du droit, serait-il à tout le moins possible, plus modestement, de s'accorder sur ce que recouvre exactement la notion de droit souple ? À défaut, la notion ne risque-t-elle pas, à accueillir tous les « machins » qui ne rentrent pas dans les catégories traditionnelles, de prendre pour un succès ce qui constitue progressivement son inutilité ? Il y a pour l'heure une forme de mouvement perpétuel : l'hétérogénéité des manifestations empêche l'émergence d'une définition ; l'absence de définition permet d'ajouter de nouvelles manifestations[10]. L'étude du Conseil d' État pourrait dès lors ralentir le phénomène – restant à construire de nouvelles catégories pour les manifestations exclues de la définition proposée.

8. Sur leur relation avec le droit souple, v. la contribution de B. Fauvarque-Cosson.

9. Pour ce caractère non contraignant mais produisant un effet juridique, v. *Les « petites » sources du droit* de S. Gerry Vernières, Economica, 2012. Pour une définition plus généreuse, la *soft law* étant « un droit dont la juridicité (et la force contraignante) est ambiguë ou mise en question, G. Abi-Saab, « Éloge du « droit assourdi » «, *in Mélanges F. Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 59, sp. 60.

10. Ainsi, le rattachement du Rapport Dintilhac est-il « a*ssez aisé. D'une part, faute de définition consensuelle du droit souple, il est possible sans trop forcer les mots d'accueillir en son sein toute norme qui ne relève pas du droit dur mais dont l'objet est juridique* », M. Robineau, « Le statut normatif de la nomenclature Dintilhac et ses objectifs », *JCP G,* 2010, doctr. 612.

La tâche de clarification est colossale. De telles entreprises sont régulièrement menées. Souvent, elles procèdent par la sous-catégorisation, au sein du droit souple, de ses différentes figures : par exemple, le droit souple serait droit flou, droit doux ou droit mou[11] ; le *soft law* en général pourrait être intra-législatif, péri-législatif, para-législatif ou méta-législatif[12] ; la *soft law* internationale serait composée d'accords informels politiques, interprétatifs et normatifs[13]. La démarche permet d'embrasser largement le droit souple, en maintenant son hétérogénéité, voire en la renforçant, tout en l'ordonnant. Une autre démarche consiste à l'inverse à tenter de resserrer les frontières du droit souple par l'élaboration d'une définition plus précise de cette source du droit, ajoutant des critères à l'idée générale de droit non contraignant[14]. Cependant, le droit souple, processus informel et protéiforme, se laisse difficilement enfermer dans une définition dure[15] (I.). Peut-être alors est-il possible, pour saisir le droit souple, de chercher non à ajouter des précisions à la définition générale mais à mieux cerner le maniement de ce qui est déjà son élément central : ses effets (II.).

1. Saisir le droit souple par sa définition ?

Le droit souple est souvent envisagé par le prisme de l'une de ses frontières : il n'est pas le droit dur. Il ne faut pas oublier qu'il est également borné de l'autre côté : il n'est pas le non-droit. Définir le droit souple, c'est dès lors tenter de tracer ces deux frontières.

Réduire le droit souple au seul « droit » ? – Pour accueillir le droit souple, il faut accepter d'élargir la normativité au tracé d'un modèle[16]. Mais, ce faisant, les doutes surviennent sur la juridicité dudit modèle, les normes économiques, techniques, politiques, sociales ou morales traçant tout autant des modèles. Au regard de l'hétérogénéité des manifestations qualifiées de droit souple, une première tentative de restriction pourrait dès lors chercher à dissocier, au sein de ce magma, les seules normes réellement juridiques, la matière étant déjà suffisamment encombrée pour ne pas vouloir y ajouter la souplesse des autres systèmes normatifs. Toutefois, le projet se heurte à deux obstacles, et non des moindres.

D'une part, les frontières du droit et des autres systèmes normatifs sont connues pour être perméables, façon plus délicate de dire qu'elles sont intraçables. Parmi les critères les plus souvent retenus, la norme juridique se reconnaîtrait par son

11. C. Thibierge, précitée.
12. Précisons que l'auteur emploie, à dessein, *le soft law*, I. Hachez, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « *soft law* » », *RIEJ*, vol. 65, 2010, p. 1.
13. P. M. Eisemann, « Engagements non contraignants », *Rep. Dalloz internat*., 2001.
14. C'est la démarche adoptée par le Conseil d' État autour des trois critères développés au point 1.3.3.
15. F. Tulkens, S. Van Drooghenbroeck et F. Krenc, « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme – Questions de légitimité et de méthode », *in Les sources du droit revisitées,* vol. 1, p. 381, sp. p. 385 : « *Fort logiquement en effet, il est de l'essence d'un phénomène qui prétend se situer à la marge de limites préétablies, en occupant un espace-tiers réfractaire aux logiques binaires, de ne pas s'astreindre, quant à lui, à aucune forme de frontières posées a priori* » ; G. Abi-Saab, précité, p. 62 : « *Vouloir à tout prix imposer des seuils et des frontières à des notions et des phénomènes juridiques continus comporte nécessairement une bonne part d'artifice et d'arbitraire* ».
16. C. Thibierge, précitée et *La force normative*, C. Thibierge et alii, LGDJ, 2009.

caractère contraignant ou par sa création par une source du droit. Or, le propre du droit souple est de ne pas être contraignant et sa reconnaissance comme source du droit est justement en question. Une autre spécificité du droit pourrait alors tenir à sa formalisation et sa structuration, notamment à son expression sous forme d'« *articles énonçant des indications prescriptives* »[17]. Cependant, une première difficulté est que cette forme juridique est elle-même peu exclusive, comme en témoigne le Décalogue, ou spécifique, comme en témoigne la coutume. Elle est en outre particulièrement difficile à repérer pour le droit souple, qui est loin de toujours docilement prendre les atours de la règle traditionnelle et dont le nom, la forme ou l'élaboration sont parfois en décalage avec le contenu. Le droit souple ne se caractérise pas seulement par une tendance au mimétisme avec le droit dur ; aussi souvent, il recourt à un registre plus pédagogique et explicatif. Cette capacité à accompagner le commandement ou la permission du droit dur d'une concrétisation ou d'un éclaircissement est d'ailleurs l'une des utilités du droit souple. Aussi, plus qu'un élément de définition de la notion de droit souple, la forme empruntée pourrait être l'un des indices de détermination de son effet potentiel. En définitive, contrainte, source ou forme, le « droit » du droit souple peut difficilement être identifié par les critères habituels, puisque ceux-ci ont été forgés en contemplation du droit dur.

D'autre part, le droit souple se caractérise par une plus grande internormativité que le droit dur, qui explique d'ailleurs son succès et ses atouts : si le droit souple est réputé plus réactif, plus effectif, plus adapté et plus réel[18], c'est aussi parce qu'il intègre les considérations économiques, politiques et techniques. Vouloir isoler en son sein la seule composante juridique expose à sa dénaturation pour le rapprocher d'un modèle auquel il est justement censé apporter un contrepoint, celui de la norme dure. Ainsi, vouloir dissocier la norme de gestion de la norme juridique dans un code de conduite ou la norme éthique et la norme juridique dans un avis risque de s'avérer périlleux. En définitive, le ressort juridique n'est pas le seul à chercher à orienter les comportements et le droit souple, parce qu'il émerge hors des canaux officiels de production du droit, exploite les différents ressorts existants, ce qui fait sa richesse et son utilité. Plus que son origine, sa nature, ses ressorts, c'est peut-être alors une spécificité de l'effet produit qui pourra permettre de distinguer le « droit » souple. Traditionnellement, cet effet découle de l'instrument qui porte la norme. Or, le droit souple, en dissociant instrument et effet, oblige à préciser l'élément qui sera cardinal dans sa définition.

Limiter le « non contraignant » à l'instrument ? – Les définitions du droit souple utilisées par la doctrine se divisent en deux grandes conceptions. La première définit le droit souple comme les « *règles de conduite énoncées dans des instruments auxquels n'a pas été conférée une force obligatoire en tant que telle, et qui peuvent néanmoins produire certains effets juridiques - indirects - et dont l'objet est potentiellement de produire des effets pratiques* »[19]. La seconde le définit comme

17. Pt 1.3.3.

18. Sur cette « qualité particulière de réel qu'il incorpore en lui », J.-M. Jacquet, « L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double) », *in Mélanges B. Oppetit,* Litec, 2009, *p.* 331, sp. 348.

19. Linda Senden, *Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?,* EJCL, Vol 9, 1er janvier 2005. Cette définition a été reprise par le Parlement européen, qui définit la

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'obligations de droit positif, ou ne créeraient que des obligations peu contraignantes* » [20]. La première s'attache à la seule souplesse de l'instrument, l'autre y ajoute la souplesse de l'effet[21]. L'étude du Conseil d' État s'inscrit dans la seconde tendance et traite dès lors aussi bien des lois non normatives, des lois programmatoires et des principes et objectifs à valeur constitutionnelle que des avis, des recommandations et des codes de conduite, tous unis par leur effet d'orientation des comportements sans création d'obligation. Ce choix permet de rétablir une certaine réalité de la norme au-delà de son apparence formelle : la loi en réalité dépourvue de contenu prescriptif quitte la catégorie de droit dur ; la recommandation dont l'effet est reconnu cesse de se faire passer pour du non-droit.

Pourtant, il est possible de se demander si ces deux illustrations du phénomène général de la gradation de la normativité appellent des analyses comparables. Ainsi, les lois non normatives soulèvent des questions du type : est-il opportun d'utiliser la forme juridique pour un contenu non prescriptif ? Quelle conséquence pour la qualité de la loi ? Comment graduer la normativité de la loi ? L'instrument souple oblige plutôt à se demander : quel effet peut néanmoins être produit ? Quelle prise en considération devant le juge ? Qu'encourt celui qui ne suit pas une norme souple ? Dès lors, vouloir penser dans le même temps et la même catégorie les lois programmatoires et les avis d'autorités de régulation risque de diluer la notion et les conséquences qui en sont tirées. Le Conseil d' État semble d'ailleurs à cet égard être amené à dissocier au sein du droit souple les lois non normatives sous la forme d'un « droit mou » [22], introduisant une forme de sous-catégorisation là où la proposition d'une définition affinée voulait éviter les distinctions[23]. En définitive, l'option large oblige à revenir aux sous-catégorisations.

La recherche d'une définition du droit souple aboutit finalement à des exclusions et des inclusions, quand ce n'est pas la volonté *a priori* de ces inclusions et exclusions qui oriente les critères de définition permettant d'atteindre un tel résultat. Le droit souple est en définitive ce que l'on choisit d'en faire, et donc affaire de convention[24]. Une fois ce choix précisé, permet-il de distinguer une catégorie aux frontières bien définies ? Difficilement car le droit souple, au-delà de ce choix, et quel que soit ce

soft law par la référence aux « *instruments juridiques non contraignants* », résolution du Parlement européen du 4 septembre 2007 sur les implications juridiques et institutionnelles du recours aux instruments juridiques non contraignants (soft law) (2007/2028(INI)).

20. J. Salmon (dir.), *Dictionnaire du droit international public*, Bruylant, 2000, v° *soft law.*

21. V. la recherche sur *Les sources du droit revisitées* : initiée sur une approche large retenant les deux conceptions du droit souple, I. Hachez conclura sur ses doutes de la pertinence de ce choix : « *On peut toutefois se demander s'il n'y avait pas là, dès le départ, un piège viciant la notion qu'elle prétend circonscrire »,* « Le *soft law :* qui trop embrasse mal étreint ? », *Les sources du droit revisitées*, I. Hachez et alii (dir.), vol. 4, p.539.

22. V. Introduction : « *Le passage des termes de "droit mou" à ceux de "droit souple" traduit non un changement de position mais un élargissement de l'approche : il s'agit d'étudier les instruments non contraignants (…)* » ; également pt 1.2.1., les critiques sur le droit mou des lois non normatives n'étant pas des critiques du droit souple mais sur le mélange des genres.

23. Pt 1.3.3., « les distinctions à opérer au sein du droit souple ».

24. Not. I. Hachez, « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », précité, p.53.

choix, ne se caractérise pas tant par sa source que par ses effets. Par définition, ces effets existent mais ne peuvent, comme il est traditionnel en droit, être déduits de l'instrument qui les porte. Loi souple, si elle est maintenue dans la catégorie, et droit souple dissocient la forme d'une norme et son effet : l'instrument dur n'est droit souple qu'à condition de ne pas produire un effet normatif, restant à s'en assurer et le justifier ; l'instrument souple n'est droit souple qu'à condition de produire un effet normatif, restant à savoir lequel. En définitive, la recherche d'une définition du droit souple, de ce qui est droit, de ce qui est souple, ramène irrésistiblement à la question des effets produits.

2. Saisir le droit souple par ses effets ?

Chercher à définir ce qu'est un effet juridique non contraignant-obligatoire-impératif se heurtera aux mêmes difficultés que la recherche d'une définition de la source, celle de dissocier le droit des autres systèmes normatifs et celle de dissocier la forme du contenu. Dès lors que l'effet juridique ne se définit plus comme celui pouvant donner lieu à contrainte, il se montre comme une orientation des comportements ou un modèle pour l'action et le jugement[25]. Cependant, tous les modèles normatifs n'agissent pas de la même façon pour obtenir cette orientation. Il est possible de chercher une gradation selon le registre d'action utilisé par la norme souple (programmatoire, indicatif, incitatif, proposé, accepté, engagé, recommandé, fortement recommandé) ; selon le ressort sur lequel s'appuie l'orientation (désapprobation, adhésion, incitation, pédagogie, confiance, obéissance) ; selon la forme de la réception par le droit dur (délégation, homologation, habilitation, sanction) ; selon la fonction assurée par cet effet (définition, suppléance, adaptation, coordination, correction, coopération, régulation[26]). Les outils ne manquent donc pas pour catégoriser les types d'effet : mais pour les saisir ?

Quels effets cherche-t-on à saisir ? – L'idée que certains instruments non contraignants vont toutefois produire un effet ne veut pas dire grand-chose. En effet, tout est susceptible de produire effet en droit, par des voies plus ou moins médiates, plus ou moins dépendantes du système juridique formel. Chercher à identifier les effets du droit souple implique ainsi de chercher à saisir des effets caractéristiques et donc à exclure ceux ne traduisant pas une autorité particulière. Or, savoir ce qu'est un effet juridique n'est en définitive guère plus simple que savoir ce qu'est une source de droit.

L'effet souvent attribué au droit souple est l'effet réel, l'effectivité d'un comportement ayant été atteinte sans passer par la menace de la contrainte, par des phénomènes d'imitation, de suivisme, de recherche d'un intérêt économique, de confiance dans une proposition savante, de crainte pour la réputation, d'insertion dans un groupe, d'image de marque, de respect d'une autorité morale ou d'une expertise, de vigilance à l'égard d'une surveillance assurée par les autres membres du groupe, les cabinets d'audit, les actionnaires, les ONG, etc. Cette

25. C. Thibierge, « Rapport de synthèse », *in Le droit souple*, p. 414, sp. p. 150 et 159 ; I. Hachez, précitée, n° 19.
26. V. S. Gerry-Vernières, précitée.

effectivité est souvent avancée (plus souvent qu'elle n'est démontrée) pour fonder l'effet juridique d'une norme souple. En dépit de son importance pour la notion, elle est plus souvent espérée dans le choix du recours à un instrument de droit souple que mesurée dans son application[27]. Manquant d'outils pour l'appréhender, les juristes vont généralement plutôt mesurer les effets qui leur sont plus familiers, car ils se produisent au sein du système juridique.

Cependant, ces effets ne sont pas nécessairement beaucoup plus clairement identifiables et encore moins aisés à analyser. Vouloir saisir le droit souple impliquerait en principe de vouloir isoler les manifestations pouvant directement produire un effet juridique, en excluant celles opérant par une influence de la norme dure. Or, il n'est pas toujours évident de distinguer, dans les figures variées d'« *emprunt d'obligatoriété* »[28], l'effet directement produit de l'effet produit par le truchement d'une source formelle. En réalité, l'effet produit par une norme est souvent l'effet d'une conjonction de normes et d'autorités, rendant difficile la tentative d'isoler l'effet de la force matérielle et celui de la source formelle, celui du standard et celui de la prescription. Commençons par l'effet sur le législateur, au sens large. Il peut prendre différentes formes. L'une des plus connues pour le droit souple, notamment du fait de son importance dans la matrice du droit international, est la possibilité de servir à la préparation d'une norme dure, soit parce que l'adoption d'une norme souple préfigure celle d'une norme dure, et l'encourage, soit parce que des formes souples interviennent dans la procédure d'élaboration de la norme dure[29]. Faut-il pour autant les isoler de la norme à laquelle ils participent pour leur reconnaître un effet propre ? Des doutes identiques pourraient être nourris à l'égard du droit négocié[30], forme d'adoption de la norme plus que norme dissociée, voire des outils de cadrage politique, dont l'effet dépendra largement de leur concrétisation par une norme dure. Leur prise en considération semble intéresser l'étude de l'orientation de la norme dure plus que celle des comportements. L'effet est parfois plus direct, la norme dure homologuant une norme souple préexistante. Son effet ne porte plus aucune incertitude, la principale question se déplaçant sur les situations dans lesquelles ce mode de réglementation est le plus pertinent : la présomption d'une norme souple plus adaptée, effective et efficace mérite d'être vérifiée au cas par cas ; la certitude que lui conférera son homologation d'être mise en balance avec la rigidification qu'elle entraînera. Dans d'autres situations encore, le droit dur organise la place du droit souple au sein du système juridique, par exemple en instituant une autorité de régulation et en lui donnant compétence pour émettre une recommandation. L'effet y semble donc plus clair ; il faut toutefois se méfier de cette apparente clarté, le droit souple pouvant déjouer le cadre lui étant fixé : ainsi, ce n'est pas parce que le droit dur décide qu'une recommandation n'est pas contraignante qu'elle ne l'est pas de fait. Cet effet réel, distinct de l'effet formellement institué, va se produire dans les faits avant d'être éventuellement reconnu par le juge.

27. Sur la difficulté de cette mesure, C. Pérès, « La réception du droit souple par les destinataires », *in Le droit souple*, précité, p. 93 et s.
28. F. Tulkens, S. Van Drooghenbroeck et F. Krenc, précités, p. 400.
29. Pour l'exclusion des documents préparatoires en application du critère de l'influence directe sur le comportement des acteurs, v. pt 1.3.3.
30. Pt 1.1.3., 2.3.2.

C'est dès lors souvent devant le juge que la réalité de l'effet du droit souple est recherchée. Or, sa perception y est peut-être encore plus difficile qu'ailleurs. Que l'on songe à la prise en compte par le juge, par exemple, d'un code de conduite pour l'appréciation d'une faute : cette norme souple a-t-elle produit directement un effet juridique, en ce que c'est bien le comportement qu'elle indique qui va être sanctionné, ou cet effet n'est-il qu'indirect car tout entier dépendant du standard légal interdisant le comportement fautif ? La question se pose également lorsque le juge reconnaît le caractère « dur » d'une norme souple : cette sanction lui confère-t-elle sa force obligatoire ou est-ce parce qu'elle est obligatoire qu'elle est sanctionnée ? À cela s'ajoutent toutes les hypothèses dans lesquelles le droit souple n'est pas sanctionné ou non, consacré ou rejeté : il est pris en considération[31], cette prise en considération jouant plus ou moins fortement en fonction de la pesée de son autorité puis de son insertion dans l'entremêlement d'éléments de droit positif et d'arguments qui aboutiront à la prise de décision. Ce poids, sur le comportement des destinataires comme sur le jugement du juge, qu'il joue comme élément de persuasion, d'appréciation ou de sanction, est toujours sujet à variation, et c'est cette variation qu'il faut chercher à saisir pour tenter de mesurer la liberté de comportement réellement laissée au destinataire par la norme souple.

Comment chercher à les saisir ? – Parce qu'il ne commande pas, le droit souple indique, propose ou recommande. Or, chacun sait qu'entre la proposition suggérée et la proposition à suivre, entre la simple recommandation et la recommandation fortement recommandée, il existe des différences de contrainte réelles. Mais comment les mesurer ? Les effets du droit dur sont prédéterminés en fonction de l'auteur et de la forme. Ceux du droit souple, en revanche, faute d'une telle prédétermination, ne peuvent être appréciés qu'*a posteriori*, en fonction d'une conjonction d'indices de leur autorité. Là encore, identifier les effets d'une norme de droit souple ne peut donc procéder par catégories étanches et clairement prédéterminées. Le potentiel d'effet produit ne dépend ni du nom adopté par la catégorie, ni de sa forme, ni de son auteur. Ainsi, certaines circulaires ont un effet impératif, d'autres non ; certaines publications de la CCI ont un effet normatif, d'autres non ; certains codes de conduite engagent, d'autres non. La recherche de l'effet produit doit donc se faire non catégorie par catégorie mais instrument par instrument, et plus précisément, au sein d'un même instrument informel, disposition par disposition. Le potentiel d'effet de cette disposition pourra être soupesé, plus qu'affirmé, en fonction d'un faisceau d'indices.

L'auteur de la norme souple influera différemment sur son autorité selon qu'il est une autorité publique ou privée, politique ou experte, une association professionnelle, une autorité de régulation, une communauté savante. Le droit souple adopté par une autorité dotée par ailleurs d'une compétence pour une norme dure éveille une certaine vigilance. Il est également important de tenir compte de sa position de monopole ou non, de son pouvoir de sanction et de décision à l'égard des destinataires ou non. Lorsque l'auteur est une autorité privée, l'effet sera le

31. Sur la prise en considération, distincte de l'application, en droit international privé, la loi prise en considération l'étant comme un élément de fait caractérisant la situation litigieuse, P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981. 277 ; E. Fohrer-Dedeurwaerder, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, 2008.

plus souvent variable en fonction des possibilités de l'appuyer sur un élément d'engagement, unilatéral ou contractuel, ou la démonstration d'une effectivité. Le destinataire de la norme est également susceptible d'aider à mesurer le potentiel d'effet juridique : ce n'est pas la même chose d'adopter un acte non contraignant pour soi et pour les autres ; pour un petit groupe homogène et réactif ou pour la société dans son ensemble ; pour des destinataires ordinaires ou des titulaires d'une puissance, cette puissance pouvant être une puissance économique. L'attitude du destinataire face à la norme souple pourra également être prise en compte, notamment la recherche de son adhésion à la norme, avérée ou présumée, voire de son engagement à la respecter. Parfois, l'attitude du destinataire va être considérée non pour mesurer l'application du droit souple mais au contraire sa non-application : certaines normes souples peuvent ne pas être suivies, sous la seule condition de s'en expliquer au regard des circonstances particulières. L'auteur et le destinataire de la norme peuvent enfin ne former qu'un, la norme souple étant une déclaration sur son propre comportement, l'effet dépendant alors notamment des termes, plus ou moins normatifs, de cet engagement et des attentes qu'il aura suscitées chez autrui. Cependant, le droit souple peut également produire un effet en dehors de tout engagement ou de toute acceptation pour son destinataire. Il faudra alors tenir compte de la connaissance qu'ont pu en avoir les destinataires, pas seulement en utilisant le critère du droit dur de la publication officielle, mais en se plaçant du point de vue de la connaissance des destinataires. Ainsi, plus une norme souple est largement suivie dans un groupe, plus elle peut être présumée connue. Un autre élément pouvant peser est l'existence d'un modèle unique de comportement ou de modèles concurrents. La diversité de recommandations contradictoires, de codes professionnels divergents, d'avis discordants relativise leur effet à chacun. Enfin, et surtout, l'analyse du contenu de la norme sera toujours prise en compte. Un contenu normatif se décèle notamment par le verbe employé : « s'engager » n'est pas « souhaiter promouvoir » ; il implique également un certain degré de précision ; il suggère une prescription, et non une simple constatation d'évidence ou un souhait ; il ajoute aux législations contraignantes en vigueur et ne se contente pas de les reprendre dans une formulation plus pratique ou didactique. Avec le droit souple, c'est donc le contenu qui donne l'effet, non la forme ou plutôt pas seulement la forme : celle-ci n'est qu'un autre des éléments à mettre en balance dans le faisceau de normativité. Cette délicate mise en balance permettra-t-elle de saisir le droit souple en ce qu'il a de spécifique, à savoir ses effets ? Il ne faut guère se leurrer sur l'importance de la marge d'appréciation laissée pour une telle qualification : tenter de saisir le droit souple, c'est aussi accepter sa part d'insaisissable.

Entre droit souple et droit dur: les « Principes » en droit des contrats internationaux[1]

Bénédicte FAUVARQUE-COSSON
Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II),
Présidente de la Société de législation comparée

Le droit des contrats internationaux est propice à l'éclosion du droit souple dans toutes ses formes : codes de conduite, lois-modèles, guides de bonnes pratiques, recommandations, contrats-types, usages d'entreprises, termes normalisés élaborés pour les échanges commerciaux par la CCI (Incoterms), règles et usances uniformes pour le crédit documentaire, codifications privées ou savantes, etc. Les Principes sont souvent apparentés aux codifications doctrinales dites savantes ou « privées », dépourvues de force obligatoire intrinsèque[2]. Ils ne constituent que l'une des variétés du droit souple[3]. Dès lors, pourquoi leur consacrer une étude spécifique ? Le succès des Principes, qui sont composés de règles générales (comme l'indique le terme « Principes ») mais parfois aussi détaillées et précises, suffirait à le justifier. Mais il y a davantage. S'ils sont du droit souple d'un point de vue formel, les Principes n'ont rien d'un droit mou ou incantatoire sur le plan matériel et peuvent être directement appliqués. Par ailleurs, ils créent une tendance pour les juges, les législateurs, les parties contractantes ; sans doute même une certaine pression. Entre droit souple et droit dur, voici le « droit-cadre » constitué par les Principes ou « règles de base » (*Grundregeln*), selon l'expression employée par la doctrine allemande[4].

1. Ainsi qu'il en a été convenu dès l'origine, l'article qui suit se limitera à l'examen de l'application d'une variété de droit souple en matière de contrats internationaux. Ses possibles développements à d'autres objets ne seront évoqués qu'à tire indicatif.

2. Parmi une littérature abondante, v. P. Deumier, « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source de droit ?, *RTD Civ.* 2006.63 ; G. Rouhette, « Les codifications du droit des contrats », *Droits*, 1996, n° 24, p. 111 ; R. Cabrillac, *Les Codifications*, Puf, 2004., sp. p.73. ; C. Thibierge, Le droit souple », *RTD civ.,* 2003. 599 ; J.-M. Jacquet, « L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double) », *Mélanges B. Oppetit,* Litec, 2009, p. 331 ; G. Chantepie, Les codifications privées, Association H. Capitant, *Le droit souple*, Dalloz, 2009 ; B. Fauvarque-Cosson, L'incidence des codifications doctrinales sur les sources du droit des contrats », in *Les sources du droit. Aspects contemporains*, Société de législation comparée éd., 2007.125.

3. Les Principes remplissent les « trois conditions cumulatives » posées dans l'étude du Conseil d'État :« - *ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant leur adhésion ; / - ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations / - ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit*. » (Le droit souple, Étude annuelle du Conseil d'État).

4. V. par ex. S. Vogenauer, Die UNIDROIT Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2010, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 1/2013, p. 7 ; *Grundregeln* des Europäischen Vertragsrechts, Teile 1 und 2, München, Sellier, 2002.

Les « Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international » (Principes d'Unidroit)[5] et les « Principes du droit européen du contrat » (Principes européens)[6], serviront de base à cette étude[7]. Très proches dans leur origine, leur méthodologie et leur contenu, ces Principes le sont aussi dans leurs objectifs : construire un modèle contractuel à partir d'un ensemble de règles contractuelles communes et faciliter ainsi le commerce international. Les Principes peuvent, sous certaines limites, être choisis par les parties et appliqués dans un litige. Ils produisent alors des effets juridiques, variables selon le contexte dans lequel ils s'insèrent. De plus - fait suffisamment rare pour être relevé- ils organisent eux-mêmes l'articulation du droit souple et du droit dur, avec un degré de précision jusqu'alors jamais atteint dans un instrument de droit souple.

L'organisation internationale qu'est Unidroit aurait pu traiter ses Principes comme une étape vers une convention, mais cela les aurait maintenus dans un état de gestation inachevée et les aurait privés de leur fonction de modèle. Unidroit a préféré les promouvoir en tant que tels puis diffuser des clauses-modèles destinées à faciliter le choix des Principes par les parties contractantes[8]. La CNUDCI, dont proviennent divers instruments de droit souple, a avalisé les Principes et en a recommandé l'utilisation[9].

5. *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Unidroit, 2010.
Sur ces Principes, voir not. M. Fontaine, « Les Principes Unidroit : expression de la pratique contractuelle actuelle ? », *in Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international – Réflexion sur leur utilisation dans l'arbitrage international*, Bull Cour Int. Arb. CCI supplément spécial (Paris 2002), p. 101 ; Chr. Larroumet, "La valeur des Principes d'Unidroit applicables aux contrats du commerce international", *J.C.P.* 1997.I.4011 ; C. Kessedjian, « Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international : les principes proposés par l'UNIDROIT », *Rev. Crit.* 1995.641, 658 ; C. Seraglini, « Du bon usage des Principes Unidroit dans l'arbitrage international », *Rev. Arb.* 2003.1101 ; P. Deumier, « Les Principes Unidroit ont dix ans : bilan en demi teinte », *RDC* 2004.774, sp. p. 777. B. Fauvarque-Cosson, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *Revue internationale de droit comparé* 1998.462.

6. *Principes du droit européen du contrat*, version française préparée par G. Rouhette, avec I. de Lamberterie, D. Tallon, C. Witz, coll. droit privé comparé et européen, vol. 3, Société de législation comparée éd., 2003, rééd. 2006. Ces Principes sont parfois dénommés Principes Lando, du nom de l'initiateur du projet. Ils sont souvent désignés par leurs initiales, « PECL » (*Principles of European Contract Law*, Parts I and II (éd. O. Lando and H. Beale), Kluwer, 2000, *Principles of European Contract Law*, *Part* III, 2001).

7. D'autres codifications du droit des contrats existent : v. not. l'*Avant-projet de Code européen des contrats*, G. Gandolfi (dir.), Livre premier, Milano, A. Giuffrè, 2004, rédigé en français (mais ce modèle n'a pas connu le même rayonnement que les Principes européens). Des « Principes » ont également été élaborés dans d'autres branches du droit (responsabilité, sûretés personnelles, insolvabilité, contrats d'assurance, procédure, divorce) ou sont en cours d'élaboration : v. not. *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Wien, Springer, 2005; *Principles of European Law*, vol. 3, *Personal Security*, ed. U. Drobnig, Munich, Sellier, 2007 ; *Principles of European Insolvency Law*, ed. W.W. McBryde, A. Flessner, S.C.J.J. Kortmann, Kluwer Legal Publishers, 2003 ; *Principes du droit européen du contrat d'assurance* (PDECA, cités note 12). En droit de la famille et des personnes, v. les travaux de la commission de droit européen de la famille (CEFL) : *Principles or European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses* (Intersentia 2004), Principes relatifs à l'autorité parentale (2006). En droit de la procédure, v. les Principes ALI /UNIDROIT de procédure civile transnationale.

8. *Model Clauses for the Use of the UNIDROIT Principles* of International Commercial Contracts, Unidroit, mai 2013.

9. La CNUDCI a aussi avalisé les Incoterms et les Règles et usances uniformes sur le crédit documentaire.

Les Principes européens sont à l'origine de projets régionaux semblables en Amérique latine et en Asie[10]. En Europe, ils ont inspiré le Projet de cadre commun de référence élaboré par le « Groupe d'études sur le code civil européen » dirigé par le professeur Christian von Bar, œuvre de codification la plus complète, la plus commentée – la plus controversée aussi-, menée au cours des quinze dernières années par des universitaires européens en droit privé[11]. Les rédacteurs des Principes du droit européen du contrat d'assurance (PDECA)[12], ainsi que le groupe français qui a élaboré des « Principes contractuels communs »[13] ont aussi directement pris appui sur les Principes européens. La Commission européenne les a transmis, comme modèle de référence, au groupe de travail qu'elle a chargé de rédiger une étude de faisabilité préalable à la Proposition de règlement relative à un « droit commun européen de la vente »[14].

Les Principes d'Unidroit et les Principes européens favorisent la convergence des droits à travers la circulation des modèles. Ils pourraient un jour inspirer un code mondial des contrats internationaux[15]. Par ailleurs, la méthode a retenu l'attention de la Conférence de la Haye qui unifie le droit international privé. Un projet de « Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats internationaux » a été élaboré au sein de cette organisation internationale. L'apport de la Conférence de la Haye et des États qui en sont membres à l'élaboration de ces nouveaux « Principes » est plus marqué qu'il ne le fut à Unidroit[16]. Cette évolution, si elle altère la nature dite « doctrinale » ou « privée » des Principes, renforce leur

10. Principes du droit asiatique du contrat et Projet commun de droit des contrats en Amérique latine. Ces projets sont soutenus par la Fondation pour le droit continental. V. N. Kanayama, PACL (*Principles of Asian Contract Law*), *Rev. des contrats* 2010.995 ; *El Derecho de los Contratos en Latinoamérica bases para unos Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos*, Fondation pour le droit continental, Paris et *Fundación Fernando Fueyo Universidad Diego Portales*, Santiago (Chile), 2012.

11. Projet de cadre commun de référence, en anglais *Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Munich, Sellier, 2010. Ce recueil de règles modèles couvre tout le domaine du droit civil patrimonial, y compris les contrats. Les Livres II et III (contrats et autres actes juridiques : obligations et droits correspondants) sont très proches des Principes européens, davantage par leur contenu que leur structure, comme le montrent les tables des correspondances et divergences établies au début de l'ouvrage. Le *DCFR* a été publié dans une édition compète de 6563 pages, en 6 volumes qui sont de formidables instruments de droit comparé, disponibles gratuitement en ligne : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf.

12. *Principes du droit européen du contrat d'assurance* (PDECA) ou *Principles of European Insurance Contract Law,* Fritz Reichert-Facilides, Helmut Heiss, édités par Jürgen Basedow, John Birds, Malcolm Clarke, Herman Cousy, Helmut Heissin, en coop. avec Leander D. Loacker, Sellier 2009), http://www.restatement.info/, v. *infra,* II, B.

13. *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, Ass. H. Capitant et Société de législation comparée, 2008

14. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011) 635 final du 11 octobre 2011, sur laquelle v. *infra,* II, B

15. M.J. Bonell, "Do we need a Global Commercial Code?", *Revue de droit uniforme,* 2000, p, 469 ; O. Lando, "The European Principles in an Integrated World", *European Review of Contract Law*, 2005, p. 1 ; « CISG and Its Followers : A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", *American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 379. Ces auteurs évoquent la troïka (Convention de Vienne, Principes d'Unidroit, Principes européens) sur laquelle reposerait un futur code mondial des contrats commerciaux internationaux.

16. Les experts (universitaires et parfois juges) mandatés par Unidroit pour élaborer les Principes ne représentaient pas les États membres de l'organisation et ces derniers ne sont pas intervenus lors de l'élaboration des Principes.

légitimité[17]. Au fil du temps, les conditions d'élaboration des Principes deviennent plus transparentes, plus représentatives aussi des différentes traditions juridiques et des intérêts en présence, ce dont témoignait déjà la composition du troisième groupe de travail d'Unidroit.

En vingt ans, les Principes sont devenus des instruments privilégiés du droit souple international (I). Ils produisent d'importants effets juridiques, variables selon les circonstances (II).

I. Les Principes, instruments privilégiés du droit souple international

En droit des contrats internationaux où règne l'autonomie de la volonté, il existe une forte concurrence entre les instruments de droit souple, élaborés dans des cénacles plus ou moins représentatifs de la pratique (groupes d'experts, organisations professionnelles, chambres et corporations, etc.). Cette concurrence est avivée par les organisations internationales qui promeuvent, parallèlement aux conventions internationales, des instruments destinés à circuler auprès des législateurs, des juges, des praticiens : lois-modèles, guides pratiques, contrats-types, Principes, etc. En ce domaine très concurrentiel, les Principes d'Unidroit et les Principes européens constituent deux modèles de référence (A). Aisément accessibles, ils organisent l'imbrication entre le droit dur et le droit souple, dans le respect de la hiérarchie des normes, grâce à des dispositions spécifiques qui tranchent les conflits de normes et d'espaces juridiques (B).

A. Principes d'Unidroit et Principes européens : deux modèles de référence

1. Présentation

Les Principes d'Unidroit ont été élaborés par un groupe d'experts universitaires et de juges, représentatifs des divers systèmes juridiques, ce qui « *garantit le caractère universel de ce texte* »[18]. Des observateurs, représentants d'organisations internationales ou de centres d'arbitrage, ont participé aux sessions. La troisième édition (2010) a été préparée par un groupe de travail, composé de vingt membres, de tous les continents. Vingt-deux observateurs ont également pris part aux discussions qui se sont déroulées de 2006 à 2010[19]. Une base de données relative aux Principes a été créée[20].

17. Sur ces Principes, v. la deuxième partie de cet article. Le Projet a été soumis à une commission spéciale composée de représentants des membres de la Conférence et d'observateurs qui sera invitée « *à donner son approbation finale pour l'ensemble formé par les Principes et le Commentaire ou à soumettre cet ensemble à la Commission spéciale, si nécessaire* » (Conclusions et recommandations adoptées par le Conseil, 9 – 11 avril 2013, disponibles sur http://www.hcch.net).

18. B. Oppetit, *Le droit international privé, droit savant*, RCADI, 1992, tome 235, p. 331 s., sp. p. 351.

19. La présence, comme observateurs, de nombreux représentants d'institutions internationales (telle la CNUDCI) ou d'arbitrage du monde entier (telles la CCI, la China International Economic and Trade Arbitration Commission, v. la liste dans l'édition de 2010, p. x) renforce l'autorité des Principes d'Unidroit et facilite leur diffusion. La participation aux travaux de rédaction d'experts impliqués dans la recodification de leur droit contribue à assurer ce rayonnement des Principes. D'importants développements leur sont par ailleurs consacrés dans les ouvrages de droit commercial international ou de droit des contrats, par ex. : R. Goode, H. Kronke, E. McKendrick, *Transnational Commercial Law, Primary materials* et *Text, cases and Materials* (2 volumes), Oxford University Press, 2007 ; H. Beale, B. Fauvarque-Cosson, J. Rutgers, D. Tallon, S. Vogenauer *Cases, Materials and Texts on Contract law, Ius Commune Casebooks on the Common Law of Europe*, 2ème ed., 2010, Hart.

20. http://www.unilex.info.

Les Principes du droit européen du contrat ont été élaborés au sein de la Commission pour le droit européen du contrat, créée au début des années 80, présidée par le professeur Ole Lando. Les travaux ont duré vingt ans. Ils ont d'abord été diffusés en anglais (2000 et 2001 pour la troisième partie), puis en français (2003) et dans de nombreuses autres langues. Ils contiennent des règles sur les contrats en général, y compris ceux conclus avec des consommateurs. À partir des droits nationaux et du droit international, ils « *ont recherché les règles qui conviendraient le mieux pour le futur* » [21].

Dans l'ensemble, les solutions retenues par ces deux codifications sont très semblables et le choix de privilégier l'analyse des Principes d'Unidroit dans cette étude s'explique surtout en raison de leur vocation internationale qui leur confère une portée plus universelle. Ces deux codifications ont en partie puisé leur inspiration dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Leurs objectifs sont les suivants :

- faciliter le commerce international ou renforcer le Marché unique grâce à une infrastructure générale sur laquelle pourront s'appuyer les mesures communautaires particulières en matière de contrats ;

- constituer une loi-modèle, source d'inspiration pour les législateurs et les juges ;

- servir de lien entre la tradition civiliste et celle de *common law* et poser les jalons d'un futur code européen ou mondial des contrats ;

- offrir aux parties la possibilité de choisir un droit neutre ;

- procurer aux arbitres une formulation moderne de la *lex mercatoria*.

Ces diverses fonctions sont énoncées par le Préambule des Principes d'Unidroit :
« Les Principes qui suivent énoncent des règles générales propres à régir les contrats du commerce international.
Ils s'appliquent lorsque les parties acceptent d'y soumettre leur contrat.
Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties acceptent que leur contrat soit régi par les "Principes généraux du droit", la "lex mercatoria" ou autre formule similaire.
Ils peuvent s'appliquer lorsque les parties n'ont pas choisi une loi particulière devant régir leur contrat.
Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter d'autres instruments du droit international uniforme.
Ils peuvent être utilisés afin d'interpréter ou de compléter le droit national.
Ils peuvent servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux[22].»

120 articles en 1994, 185 en 2004, 211 en 2010 : à chaque nouvelle édition, les Principes d'Unidroit ont été enrichis de nouveaux sujets qui « *présentent un intérêt pour les communautés juridiques et économiques internationales* »[23] (ces sujets sont généralement aussi traités par les Principes européens)[24]. L'autonomie

21. *Principes du droit européen du contrat*, (préc. note 6), Introduction, p. 21. Sur l'historique des commissions successives, v. p. 7.
22. Comp. l'art *Art. 1 : 101 (1) d*es Principes européens.
23. *Principes d'Unidroit op. cit.* (préc. note 5), p. vii.
24. Ces deux codifications, élaborées au cours des mêmes décennies par des universitaires qui étaient parfois membres des deux groupes de travail, sont très proches, dans leur structure comme dans leur contenu, avec une orientation à peine plus protectrice pour les Principes européens qui visent aussi

de la volonté est promue et encadrée (voir les règles sur la bonne foi, la lésion, ou encore l'illicéité – ajout de la version 2010). La « *favor contractus* » sous-tend de nombreux textes. Les parties sont dotées de pouvoirs unilatéraux (nullité ou résolution par notification, sans recourir au juge). Le juge a des pouvoirs que le droit civil français lui refuse encore et que la *lex mercatoria* ne lui accorderait peut-être pas (notamment celui d'adapter ou de mettre fin au contrat en cas de changement de circonstances qui rendent le contrat excessivement onéreux[25]). Les règles (« *black letter rules* ») des Principes d'Unidroit sont assorties de commentaires et d'illustrations empruntées à la pratique commerciale internationale.

2. Les Principes d'Unidroit et les Principes européens : formulations modernes de la *lex mercatoria ?*

Les rédacteurs des Principes ont cherché à définir leur identité juridique, sans nécessairement y parvenir tant ces codifications innovaient[26]. Joachim Bonnell, président du Groupe de travail d'Unidroit, a rapproché les Principes d'Unidroit du *Restatement 2nd of the Law of Contract»* élaboré par l'*American Law Institute*[27]. Cependant, tandis que les *Restatements* s'efforcent de refléter le droit positif des États d'Amérique du Nord, les Principes représentent un progrès par rapport au fonds commun des législations nationales et des conventions internationales, ceci afin de répondre aux besoins du commerce international. Les Principes d'Unidroit ont aussi été rapprochés des règles élaborées par la Chambre de commerce internationale, en particulier des Incoterms ou des règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires, mais leur vocation est plus large.

Les Principes d'Unidroit et les Principes européens se présentent eux-mêmes comme une formulation moderne de la *lex mercatoria* permettant de s'affranchir de recherches longues et hasardeuses[28]. Cette assimilation a d'abord suscité de vives critiques en raison de l'origine savante des Principes[29]. Puis un débat s'est engagé sur la nature de la *lex mercatoria* : pourquoi ne pas la définir comme l'ensemble des règles échappant à l'emprise d'un droit national inapproprié et y inclure les codifications savantes[30] ?

---

les contrats de consommation (v. not. 4.110 sur les clauses abusives qui n'ont pas été l'objet d'une négociation individuelle).

Les 11 chapitres des Principes d'Unidroit traitent des questions suivantes : Dispositions générales, Formation du contrat et Pouvoir de représentation, Validité , Interprétation, Contenu du contrat, Droits des tiers et obligations conditionnelles, Exécution, Inexécution, Compensation, Cession des créances, Cession des dettes, Cession des contrats, Délais de prescription, Pluralité de débiteurs et de créanciers.

25. Cf. la section 2 du chapitre 6 des Principes d'Unidroit, intitulée « *hardship* ».

26. Les Principes européens ont d'ailleurs été qualifiés « d'objet juridique non identifié » par Ph. Rémy in « Ouverture », *in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats,* sous la direction de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz 20003, p. 3, sp. p. 7.

27. M. J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law. The Unidroit Principles of International Commercial Contracts*, Transnational Publishers, Inc., 3ème éd., 2005.

28. Sur la *lex mercatoria,* C. Kessedjian, *Droit du commerce international*, Puf, thémis 2013, par. 154.

29. On observera toutefois que plus ces codifications seront utilisées et plus elles pourront facilement être identifiées à la *lex mercatoria* ou aux usages et pratiques, dont les Principes reconnaissent la force obligatoire, sauf si leur application est déraisonnable (art. 1.9 des Principes d'Unidroit).

30. P. Mayer, « Principes Unidroit et *lex mercatoria* », *in L'actualité de la pensée de Berthold Goldman, Droit du commerce international et européen, éd. Paris II,* dir. Ph. Fouchard et L. Vogel, 2004, p. 31 ; Ch. Pamboukis, « La *lex mercatoria* reconsidérée », *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz 2005, p. 635, sp. p. 649

Au fil des ans, ces codifications ont conquis leur autonomie par rapport à la *lex mercatoria*. Leur origine, leur caractère structuré, leur contenu, leur diffusion dans de nombreuses langues : autant de facteurs qui leur ont conféré un statut privilégié. Ce sont des « règles de droit » que les arbitres peuvent appliquer en tant que telles et qui présentent en outre l'avantage d'expliciter la manière dont elles s'imbriquent dans le droit dur, qu'il soit impératif ou supplétif, national, régional ou international.

B. L'imbrication du droit souple dans le droit dur : un phénomène organisé par les Principes

Les Principes d'Unidroit et les Principes européens organisent de diverses manières l'imbrication du droit souple dans le droit dur. Ils prévoient leur retrait face aux règles impératives d'origine nationale, internationale ou supranationale. Ils contiennent des règles sur l'illicéité. Ils gèrent l'articulation de l'impératif et du supplétif en leur propre sein.

1. Prééminence des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale

L'article 1.4 des Principes d'Unidroit, intitulé « règles impératives », fixe les limites du droit souple : *« Ces Principes ne limitent pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé »* (art. 1.4)[31].

Les règles impératives « d'origine nationale » sont celles « promulguées par les États de façon autonome » (par exemple : exigences de forme pour certains contrats, interdiction des clauses pénales, licences, réglementations environnementales). Les « *règles impératives, d'origine […] internationale ou supranationale » viennent des conventions internationales ou du droit public international (par exemple les Règles de la Haye-Visby, la convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illégalement exportés, la Conventions des Nations Unies contre la corruption, la Déclaration universelle des droits de l'homme, etc.). Ce sont encore les règles adoptées par des « organisations supranationales, tel le droit de la concurrence européen* »[32].

La notion de règles impératives est entendue de manière large par les Principes. Elle inclut les règles impératives établies par une loi et les principes généraux d'ordre public, qu'ils soient d'origine nationale, internationale ou supranationale (par exemple « *la prohibition de la corruption et des ententes de soumission ; la protection de la dignité humaine, la prohibition de la discrimination fondée sur le sexe, la race ou la religion, la prohibition des restrictions abusives à la liberté du commerce, etc.* »)[33].

31. Rappr. l'article 1 :103 des Principes européens.
32. *Principes d'Unidroit, op. cit.* (note 5), p. 12.
33. *Ibid.*

Pour mettre en œuvre l'article 1.4, il faut distinguer les deux cas de figure suivants[34] :

- Les Principes, s'ils sont incorporés au contrat, s'imposent aux parties du fait de cette incorporation. Les règles impératives du droit interne applicable au contrat continuent de s'appliquer et, en cas de conflit, l'emportent sur celles incorporées au contrat. Celles de l'État du for ou même d'autres États peuvent éventuellement s'appliquer lorsqu'il y a un lien suffisamment étroit entre ces pays et le contrat (lois de police ou règles internationalement impératives).

- Les Principes, s'ils sont valablement choisis en tant que droit régissant le contrat, s'imposent aux parties et prévalent sur les règles impératives ordinaires du droit interne. Seules les lois de police de l'État du for ou d'autres États s'appliqueront, selon les circonstances du cas[35].

2. Traitement de l'illicéité par les Principes

Le Chapitre 3 des Principes d'Unidroit contient une nouvelle section intitulée « Illicéité » qui sanctionne la violation d'une règle impérative applicable au contrat en vertu de l'article 1.4, qu'elle soit d'origine nationale, internationale ou supranationale. Si un contrat viole ces règles (par ses clauses ou ses effets), les effets de la violation sont ceux « *expressément prescrits par la règle impérative violée* » (article 3.3.1). À défaut pour la règle de prescrire de tels effets, les Principes autorisent les parties à « *exercer les moyens fondés sur l'inexécution du contrat qui sont raisonnables dans les circonstances* » (3.3.2) et donnent toute une série d'indices pour déterminer ce qui est « *raisonnable* » (3.3.3). L'article 3.3.2 organise les restitutions.

3. Existence de règles impératives au sein des Principes

Les Principes ont leur cohérence et défendent leurs valeurs, auxquelles les parties ne peuvent déroger. C'est pourquoi ils organisent l'articulation entre l'obligatoire et l'optionnel et rendent exceptionnellement certains textes impératifs. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 1.7 intitulé « *Bonne foi* » (v. l'art. 1.7.2 : les parties « *ne peuvent exclure cette obligation ni en limiter la portée* ») ou encore, mais avec des exceptions, des dispositions du chapitre sur la validité (art. 3.19).

Les parties peuvent simplement intégrer certaines dispositions dans leur contrat et soumettre celui-ci à un droit étatique, auquel il appartiendra alors de fixer les limites de la liberté contractuelle par référence à sa propre impérativité interne. Si elles choisissent les Principes comme loi du contrat, elles se soumettent alors à un noyau dur de textes qu'elles ne peuvent éluder (impérativité intrinsèque aux Principes) et leur donnent force obligatoire.

Entre la loi et le contrat, les Principes fixent la manière dont ils s'imbriquent dans le droit dur. Ils n'ont d'effets obligatoires que dans des limites compatibles avec la hiérarchie classique des sources.

34. *Ibid.*
35. Dans l'arbitrage international, le tribunal arbitral n'a pas de *lex fori* préétablie. Il est surtout attentif aux lois de police des États dans lesquels la sentence devra recevoir exécution.

II. Les effets des Principes

Dépourvus de force obligatoire propre, les Principes n'en produisent pas moins d'importants effets juridiques. Les parties peuvent choisir les Principes comme loi contractuelle (A). Les juges et les législateurs peuvent s'y référer dans diverses circonstances (B).

A. Les Principes, loi des parties contractantes

L'instrument juridique de promotion des Principes est le contrat, ce qui est conforme à la théorie classique (art. 1134 C. civ.). Lorsque les parties choisissent les Principes, l'ordre public et les lois impératives sont partiellement refoulés (encore faut-il rappeler que seules les règles impératives internes sont écartées, non les lois de police ou règles internationales impératives)[36].

1. Avantages et pratique du choix des Principes

Le choix des Principes peut présenter des avantages, notamment lorsque les parties recherchent un droit neutre. Le contrat soumis aux Principes est affranchi de toute loi étatique : en ce sens, il est « sans loi », ce qui ne signifie qu'il échappe à toute règle de droit.

Le Préambule des Principes d'Unidroit confère aux parties la possibilité « *d'y soumettre leur contrat* ». Des clauses-modèles sont proposées, sous le Préambule (elles ont depuis été développées dans un instrument à part[37]) : « *le présent contrat sera régi par les Principes d'Unidroit (2010), (à l'exception des articles…)* », ou encore : « *Le présent contrat sera régi par les Principes d'Unidroit (2010), (à l'exception des articles…), complétés le cas échéant par le droit (du pays X)* ».

Dans certains contrats-modèles, la Chambre de commerce internationale a inséré des clauses d'*electio juris* qui proposent une option entre les principes généraux du droit du commerce international – avec une référence expresse aux Principes d'Unidroit – et la loi nationale d'un pays. Parfois, ces contrats expriment leur préférence pour la première branche de l'option[38].

Tandis que le contrat sans loi est accueilli avec faveur dans l'arbitrage, il en va différemment devant la justice étatique. Les raisons sont « *liées aux sources et aux méthodes du droit international privé, mais aussi à la crainte d'étendre à l'excès l'autonomie de la volonté des parties et au souci corrélatif de protéger la partie faible au contrat* »[39].

---

36. V. *supra* les développements sur l'art. 1.4 ; comp. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? – Pour une théorie dialectique du droit,* Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 118.
37. V. *supra* note 8.
38. A. Mourre et E. Jolivet, « La réception des Principes Unidroit dans les contrats modèles de la Chambre de commerce internationale », *Revue de droit uniforme,* 2004-2, 275, sp. p. 293.
39. L. Gannagé, Le contrat sans loi en droit international privé. *Rapports généraux du XVIIe congrès international de droit comparé*, dir. K. Boele-Woelki et S. van Erp, Bruylant, 2007, sp. par. 8 ; repr. in Electronic Journal of Comparative Law , vol. 11.3, http://www.ejcl.org/113/article113-10.pdf.

Le règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit règlement Rome I) n'admet pas le contrat sans loi[40]. On en déduit que si les parties choisissent des Principes ou la *lex mercatoria*, le juge doit rechercher la loi applicable selon les critères objectifs subsidiairement énoncés par ce règlement. Cette loi précisera si elle autorise l'incorporation au contrat des règles en question[41]. Le développement du droit souple international codifié pourrait conduire au recul de l'interdiction du contrat sans loi.

2. Vers l'admission, à l'échelon international, du choix des Principes d'Unidroit ou des Principes européens

La Conférence de la Haye de droit international privé, organisation intergouvernementale mondiale qui élabore des instruments juridiques multilatéraux, entend promouvoir l'autonomie de la volonté dans le monde (notamment dans les pays d'Amérique latine) et favoriser la réception du droit non étatique dans les ordres juridiques nationaux. Elle mène cette entreprise par l'élaboration de Principes : « Projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux »[42].

L'article 3 du Projet de Principes, intitulé « *Règles de droit* » (expression empruntée à l'arbitrage commercial international), autorise le contrat sans loi, à certaines conditions : « *Dans ces Principes, on entend la référence à la loi comme incluant les règles de droit généralement acceptées au niveau international, supranational ou régional comme un ensemble de règles neutres et équilibrées, à moins que la loi du for n'en dispose autrement* ».

Une hiérarchie est instituée. La normativité du droit souple est graduée. Seule une petite partie du droit souple peut devenir *lex contractus*. Le droit spontané est exclu car non suffisamment structuré. Certains travaux ont peu de chances de franchir le seuil fixé, si structurés soient-ils : ceux des organismes professionnels

40. Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *Art. 3 : « Liberté de choix, 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix est exprès ou résulte de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat ».*

41. Comp. l'approche préconisée par P. Mayer et V Heuzé : « *tenir pour non écrite leur clause de choix, et appliquer exclusivement la loi étatique objectivement désignée* » (*Droit international privé*, Montchrestien, 2010, par. 703).

En 2005, la Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles avait autorisé le choix des Principes d'Unidroit ou des Principes européens (mais non celui de la « *lex mercatoria* » ou des principes généraux) : « *Les parties peuvent également choisir comme loi applicable des principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire. Toutefois, les questions concernant les matières régies par ces principes ou règles et qui ne sont pas expressément tranchées par eux seront réglées selon les principes généraux dont ils s'inspirent, ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable à défaut de choix en vertu du présent règlement » (*art. 3 par. 2). Il en reste une marque dans le règlement (CE) n° 593/2008 : « *Si la Communauté adopte dans un instrument juridique spécifique des règles matérielles de droit des contrats, y compris des conditions générales et clauses types, cet instrument peut prévoir que les parties peuvent choisir d'appliquer ces règles »* (considérant 14).

42. Ce projet de Principes a été approuvé et le Conseil a invité le Groupe de travail à élaborer un projet de Commentaire (ces documents sont disponibles sur le site de la Conférence de la Haye). L'esprit et la méthode des travaux du groupe d'experts mandaté sont inspirés de ceux d'Unidroit, comme le révèle le préambule du projet de Principes.

(trop partisans) ou des groupes d'experts auto-constitués (trop peu connus ou insuffisamment représentatifs). En définitive, les organisations internationales ou régionales, qui rassemblent experts et « parties prenantes » et assurent une représentation géographique équilibrée (critère primordial même si les experts sont indépendants) sont les mieux placées pour produire ce droit souple « durci » car élevé au rang de « règles de droit » et même de « loi » par l'article 3[43].

Le Projet de Principes ne permet un tel choix que dans les limites posées par un ordre juridique étatique donné, celui du juge saisi (« *à moins que la loi du for n'en dispose autrement* »). D'apparence très restrictive, cette disposition ne l'est peut-être pas autant qu'il paraît car souvent, les ordres juridiques n'interdisent pas explicitement le contrat sans loi.

Ce Projet de Principes, dont le premier objectif est de promouvoir l'autonomie de la volonté, pourrait ainsi devenir l'instrument de promotion des codifications savantes « *généralement acceptées au niveau international, supranational ou régional* ». Il a relancé le débat sur la révision du règlement Rome I sur ce point[44].

Cette initiative parviendra-t-elle à gommer la méfiance qu'inspire aux parties toute source non étatique de droit – y compris lorsqu'il s'agit de droit dur, telle la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises[45] ? L'absence de juridiction susceptible d'assurer une interprétation uniforme des Principes et le défaut de publication systématique des sentences arbitrales[46] ébranlent la sécurité juridique, d'autant que les Principes utilisent des standards (le raisonnable) ou des principes généraux (la bonne foi) diversement appréhendés par des interprètes de traditions juridiques différentes. Ces incertitudes sont en partie compensées par les commentaires et illustrations des Principes, l'œuvre académique (dont un imposant commentaire des Principes d'Unidroit[47]) et le site Unilex qui publie les décisions judiciaires et les sentences arbitrales qui s'y réfèrent[48]. Les données diffusées révèlent toutefois la rareté des cas dans lesquels les Principes sont choisis par les parties ou appliqués en tant qu'expression de la *lex mercatoria* ou des principes généraux du droit. C'est surtout en cas de défaut de choix de droit

43. Le projet de commentaire cite d'ailleurs les Principes d'Unidroit, la Convention de Vienne (désignée comme ensemble de règles contractuelles), les Principes du droit européen du contrat ou le droit commun européen de la vente (sur lequel, voir *infra*, II.A, 2).
44. O. Lando, The Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts and Rome I, *Mélanges H. van Loon*, Intersentia, 2013, p. 299.
45. V. l'étude empirique *Vogenauer/Hodges*, Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law, 2008, accessible à l'adresse http://www.iecl.ox.ac.uk/. L'application de la Convention de Vienne est fréquemment exclue par les parties par le moyen d'un *opt-out* (v. la question 27 : l'*opt-out* est pratiqué « régulièrement » par 46 % des participants interrogés, et « occasionnellement » par 19 %).
46. Le *Journal du droit international (Clunet)* et la Chambre de commerce internationale ont fait état de certaines sentences arbitrales qui utilisent les Principes Unidroit. Cf. en part. E. Jolivet, Les Principes Unidroit dans l'arbitrage CCI, communication au colloque conjoint CCI/Unidroit sur les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats de commerce international 2004, Paris, 10 décembre 2004, Supplément spécial du Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Principes Unidroit : nouvelles évolutions et applications, publication CCI n. 662 E et F, 2005, p. 71.
47. S. Vogenauer et J. Kleinheisterkamp, *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, 2008.
48. http://www.unilex.info

fait par les parties que l'arbitre, qui doit désigner le droit applicable, soumet le contrat aux Principes (la volonté des parties reste étrangère à la désignation des Principes, le contrat est alors « objectivement » sans loi)[49]. Lorsque ce choix existe, il ne se réfère aux Principes qu'à titre subsidiaire, pour renforcer la légitimité de leur sentence[50].

B. Les Principes, référence nouvelle pour les juges et législateurs

Les Principes ici visés sont les Principes d'Unidroit et les Principes européens, devenus l'un et l'autre des modèles de référence pour les juges et les législateurs.

1. L'appréhension des Principes par les juges

Les juges peuvent indirectement donner force obligatoire aux Principes, soit en les qualifiant d'usages (comme pour les Incoterms), soit en se référant à des principes généraux du droit inspirés de ces règles prises comme fonds contractuel commun, soit encore par une interprétation librement créatrice du droit dur, appuyée sur les Principes.

a. Les Principes, expression de principes généraux et « fonds commun du droit contractuel »

Les codifications savantes, aisément accessibles, sont les grands bénéficiaires de l'essor de la démarche comparatiste auprès des juges et avocats généraux, nationaux ou européens.

« *Il faut en droit communautaire, pour l'interprétation des déclarations de volonté, recourir aux principes généraux de droit. Les dispositions sur les principes généraux de droit relatifs à l'interprétation des déclarations de volonté peuvent être tirées du chapitre 5 intitulé «Interprétation» de l'ouvrage «Principles of European Contract Law» (Principes du droit européen des contrats). Il s'agit d'un ouvrage qui couvre le fonds commun du droit contractuel des États membres* »[51].

b. Les Principes, compléments du droit international uniforme

Le droit souple peut servir à compléter le droit dur. Dans l'arbitrage commercial international les Principes d'Unidroit viennent compléter la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises[52] . Ils peuvent aussi servir à l'interpréter. La Cour de cassation belge en a récemment donné un exemple frappant, tant l'interprétation se rapproche en réalité d'une modification de la règle de droit.

Dans une affaire qui concernait un contrat devenu déséquilibré en raison de l'augmentation de 70% du prix de la matière première utilisée, la Cour de cassation belge a jugé que les matières non expressément tranchées par la Convention de Vienne devaient être interprétées à la lumière des principes généraux l'ayant

49. L. Gannagé, art. préc. note 39.

50. Pour des premiers exemples, M.J. Bonell, *An International Restatement of Contract Law,* Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

51. Conclusions de l'Avocat général Verica Trstenjak, Aff. C/1-06, *Bonn Fleish,* par. 68.

52. Ainsi, l'article 7.4.9 des Principes d'Unidroit, qui complète la Convention de Vienne qui prévoit l'attribution d'intérêts moratoires sans en déterminer le taux a souvent été appliqué par les arbitres.

inspirée et en conformité avec l'article 7.1 de cette convention[53]. Elle a considéré qu'en vertu de ces principes, tels qu'ils sont notamment établis par les Principes d'Unidroit dans la section intitulée « *hardship* », une partie pouvait se prévaloir des nouvelles circonstances qui bouleversent l'économie du contrat, et que celles-ci pouvaient constituer un empêchement au sens de l'article 79 de la Convention. Pourtant, le silence de la Convention sur cette question était traditionnellement interprété comme une volonté des rédacteurs d'exclure la révision judiciaire pour imprévision et de s'en tenir au principe *pacta sunt servanda.* Mais l'arrêt met en relief l'article 7.1 de la Convention qui ordonne à l'interprète de prendre en considération le caractère international de la Convention et la bonne foi, ainsi que l'article 7.2 qui écarte la référence aux droits nationaux pour les matières régies par la Convention mais qu'elle ne tranche pas expressément[54].

Les codifications savantes suivent la même méthode pour leur interprétation et le comblement de leurs lacunes (v. par ex. art. 1.6, Principes d'Unidroit). Certaines se réfèrent même aux codifications savantes fondatrices pour guider l'interprète. Il en est ainsi de l'art. 1 : 105 des Principes du droit européen du contrat d'assurance (PDECA) : « *Les questions émergeant du contrat d'assurance que les PDECA ne règlent pas de manière expresse, doivent être résolues en conformité avec les PDEC et, lorsque ces derniers ne contiennent pas de dispositions applicables, en accord avec les principes généraux communs aux droits des États membres* »[55].

L'article 4 de la proposition de règlement relative à un « *droit commun européen de la vente* »[56] consacre également le principe d'interprétation autonome : « *Le droit commun européen de la vente doit être interprété de façon autonome, conformément à ses objectifs et aux principes sous-jacents à celui-ci* ». L'article 4 § 2 précise que ce principe s'applique aux questions « *qui relèvent du champ d'application du droit commun européen de la vente mais qui ne sont pas expressément réglées par celui-ci* ». Les Principes européens et les Principes d'Unidroit qui ont inspiré ce droit commun européen de la vente seront certainement utilisés pour l'interpréter, y compris par la Cour de Justice de l'Union européenne si le règlement devait être adopté.

---

53. C. cass. Belge, 19 juin 2009, D. Philippe, Renégociation du contrat en cas de changement de circonstances dans la vente internationale, RDC 2011.963 ; C. Witz, Panorama, Droit uniforme de la vente internationale de marchandises : janvier 2008 - novembre 2009, D. 2010.932 ; B. Fauvarque-Cosson, Renégociation et révision judiciaire du contrat en cas de changement de circonstances : l'interprétation audacieuse de la CVIM par la Cour de cassation belge, *RDC*, 2010.1405 ; http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html.

54. Sur les instruments qui assurent une interprétation uniforme de la CVIM, dont les commentaires et la nouvelle édition du *Précis de jurisprudence relative à la Convention de Vienne*, sous l'égide de la CNUDCI (en ligne dans sa version anglais sur son site), v. C. Witz, Droit uniforme de la vente internationale de marchandises, Dalloz 2012, Panorama, p. 1150.

55. *Principes du droit européen du contrat d'assurance (PDECA) ou Principles of European Insurance Contract Law*, Fritz Reichert-Facilides, Helmut Heiss, édités par Jürgen Basedow, John Birds, Malcolm Clarke, Herman Cousy, Helmut Heissin, en coop. avec Leander D. Loacker, Sellier 2009), http://www.restatement.info/.

56. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM(2011) 635 final du 11 octobre 2011.

Cette proposition de règlement présente la particularité d'instituer un droit facultatif (v. l'article 3 intitulé « *Caractère facultatif du droit commun européen de la vente* » : « *Les parties peuvent convenir de soumettre au droit commun européen de la vente leurs contrats transfrontières portant sur la vente de biens ou sur la fourniture de contenus numériques ou de services connexes, dans le cadre du champ d'application territorial, matériel et personnel défini aux articles 4 à 7* »). Elle rejoint une nouvelle catégorie, celle des « instruments optionnels européens » qui s'intègrent dans les systèmes juridiques nationaux, sans les remplacer toutefois car ils proposent un « deuxième régime », facultatif [57]. Tandis que le droit souple se durcit, le droit dur s'amollit.

2. Les Principes, modèles pour les législateurs et les organisations internationales

a. Le droit souple inspire le droit dur

Les Principes constituent un fonds contractuel commun qui circule librement. La traduction et la diffusion de ce fonds sur internet contribue à son rayonnement. Les législateurs nationaux s'y réfèrent lorsqu'ils réforment leurs droits[58]. Il en va de même au niveau régional.

Principes du droit européen du contrat et Principes d'Unidroit ont inspiré les nombreux travaux sur le droit européen du contrat : *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) ou « *Projet de cadre commun de référence* » (PCRD)[59], travaux français (*Terminologie contractuelle commune* et *Principes contractuels communs)*[60], Principes du droit européen du contrat d'assurance (PDECA), droit commun européen de la vente.

Le rayonnement des Principes s'étend au-delà de l'Europe. En Amérique latine et en Asie, des Principes de droit des contrats sont en cours d'élaboration[61]. En Afrique, les Principes d'Unidroit ont inspiré un avant-projet d'acte uniforme pour l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)[62] ainsi que certaines règles de la nouvelle version de l'acte uniforme relatif au droit commercial, adoptée le 15 décembre 2010 à Lomé.

57. Pour une étude d'ensemble de ces instruments, que l'on trouve notamment en droit des sociétés, de la propriété intellectuelle, en droit processuel européen, voir l'étude remise au Parlement européen (B. Fauvarque-Cosson et M. Béhar-Touchais, *Mise en oeuvre des instruments optionnels européens en droit privé*, coll. « Trans Europe Experts », vol. 5, Société de législation comparée, 2012.

58. La *Revue de droit uniforme* (publication d'Unidroit) rend compte de l'influence législative des Principes d'Unidroit (en Russie, en Estonie, en Lituanie, en Argentine, en Chine etc.).

59. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference* (*DCFR)*, Outline Edition, Sellier. European Law Publishers, 2009, par C. von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nölke ed., avec H. Beale, J. Herre, J. Huet, P. Schlechtriem, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano, F. Zoll.

60. Association H. Capitant et Société de législation comparée, *Projet de cadre commun de référence. Terminologie contractuelle commune* et *Principes contractuels communs,* volumes 6 et 7, SLC, 2008.

61. V. supra, note 7.

62. Ce projet a été assez mal accueilli en France car les pays de l'OHADA ont un droit très proche du droit français et que ce texte s'en écarte. D'autres projets ont été élaborés, aucun n'a encore été adopté par l'OHADA. S.K. Date-Bah, "The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and the Harmonisation of the Principles of Commercial Contracts in West and Central Africa – Reflections on the OHADA Project from the Perspective of a Common Lawyer from West Africa", *Revue de droit uniforme*, 2004, p. 269.

b. Le droit souple évince-t-il le droit dur ?

La mise en œuvre et la promotion des instruments internationaux de droit souple sont des enjeux majeurs pour les organisations internationales, promptes à fournir une assistance technique en vue de réformes législatives et à organiser des séminaires pour les promouvoir[63]. Plus remarquable encore : de nouveaux Principes sont élaborés, non seulement au sein d'organisations adeptes du droit souple (pour le droit des contrats, essentiellement la CNUDCI et Unidroit), mais aussi par celles qui n'y recouraient pas, telle la Conférence de La Haye, qui ne dirigeait jusqu'alors que des travaux menant à des conventions ou à des protocoles.

Cette organisation internationale a élaboré le « *Projet de Principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux* », après avoir demandé à ses États membres et à de nombreux intéressés (notamment aux centres d'arbitrage international et à la communauté internationale des affaires, par l'intermédiaire de la Chambre de Commerce Internationale), d'indiquer leur préférence quant à la forme et à la teneur éventuelles d'un instrument[64]. Elle a relevé « *les expériences positives d'autres organisations comme UNIDROIT ou la CNUDCI en matière de commerce international* » et souligné que les « *Principes, Lois types ou Guides de bonnes pratiques développés par ces organisations internationales bénéficient d'une haute crédibilité et utilité pratique parmi les milieux intéressés* ». Elle a ajouté qu'il est « *quasi-impossible d'obtenir un accord de volonté de la part des États sur la nécessité d'un instrument contraignant au niveau mondial* » mais qu'il « *se pourrait en revanche que l'élaboration d'un instrument non contraignant constitue une étape préalable qui, dans un avenir plus lointain, puisse faciliter l'adoption d'une véritable convention internationale en la matière au sein de la Conférence de La Haye* »[65].

Le fait de pouvoir échapper aux contraintes et compromis inhérents à la négociation des traités est l'une des raisons du succès des Principes. Le Bureau de la Conférence de la Haye était désireux d'établir un modèle universel de règles de conflit applicables aux contrats, « *source d'inspiration constante pour le développement progressif de règles uniformes en matière de loi applicable aux contrats internationaux* »[66] et « *source d'inspiration de futurs instruments contraignants, tant au niveau national, régional qu'international* »[67].

63. Des centres de recherche spécialisés dans le recensement des règles transnationales constituent des bases de données pour mesurer l'impact du droit souple, tel Unilex pour les Principes d'Unidroit.

64. Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux – Le contexte de l'arbitrage international, Doc. prél. No 22 C, 2007, Par 61.

65. Étude de faisabilité sur le choix de la loi applicable dans les contrats internationaux – Rapport sur les travaux effectués et plan de travail suggéré pour l'élaboration d'un futur instrument, Doc. prél. N° 7, Mars 2009, Par. 24.

66. Note établie par le Bureau permanent, mars 2009, Par. 25.

67. Ibid., par. 30. Sur la base d'une « étude comparative d'instruments de *soft law* », le Bureau a opté pour un instrument en la forme « *d'une compilation de règles formulées de façon similaire à des règles contraignantes (« black letter rules »), accompagnées de commentaires et d'illustrations qui contribuent à la compréhension de la règle* » (note préc., par. 31). Le Bureau a relevé que cette forme avait été choisie « e*ntre autres, par l'American Law Institute pour les Restatements ou pour sa compilation récente relative à la propriété intellectuelle (Principles of the law, Intellectual property, principles governing Jurisdiction, Choice of law, and Judgments in Transnational Disputes, 2008) ou par UNIDROIT (Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international)* » (par. 32).

Conclusion

Les Principes ont été relégués au rang des sources inférieures du droit. En dépit de cette position modeste, ils ont rapidement incarné une forme nouvelle de codification. Leur existence et leur succès montre que malgré la complexité du monde et l'internationalisation de la vie des affaires, un modèle général codifié est non seulement possible mais utile et qu'il peut aller au-delà des standards généraux abstraits[68]. Il est néanmoins difficile de mesurer le succès des Principes dans la pratique contractuelle ou auprès des juges, particulièrement en France où les tribunaux procèdent à une motivation succincte de leurs décisions et ne peuvent mentionner l'éventuelle prise en compte des codifications savantes et autres modèles[69]. Lorsqu'ils sont pris en considération par les juridictions nationales ou communautaires, les Principes sont utilisés essentiellement dans une fonction persuasive : le plus souvent, l'arbitre ou le juge, après avoir recherché la solution dans le droit national ou international applicable, conforte la légitimité de sa décision en soulignant sa conformité aux Principes.

L'intérêt des organisations internationales pour les Principes et autres instruments dépourvus de force obligatoire propre a transformé la physionomie du droit souple. Longtemps jugé lacunaire, inaccessible, inconsistant, il est désormais structuré, accessible, codifié. Il n'est ni spontané, ni directement issu de la pratique, même si celle-ci est intégrée par les groupes d'experts ou institutions qui entreprennent de rédiger des principes. Le succès des Principes engendre la coopération mais aussi la concurrence entre des organisations internationales devenues les premiers producteurs du droit souple international. Cette forme de droit souple se rapproche du droit dur, lequel s'assouplit parfois en devenant « facultatif » (tels les règlements optionnels européens ou la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, art. 6)

Les Principes révèlent le changement profond de la manière dont s'élabore le droit international. Dans l'environnement juridique actuel, marqué par le pluralisme et l'enchevêtrement des sources de droit, la méthode des Principes présente un degré élevé d'universalité. Elle permet d'élaborer un ensemble de règles cohérentes, qui couvre un large champ d'application. Cependant, l'avènement de ce droit-modèle n'est pas sans risque. En 1982, avant l'essor des Principes, le doyen Prosper Weil attirait l'attention sur le « *déplacement de l'axe du droit international des États vers la communauté internationale* ». Il dénonçait les risques de « *dislocation de la structure normative du droit international* » et de « *dénaturation de ses fonctions* »[70]. À cette critique liée à une certaine conception du droit international,

68. La codification de règles modèles ou Principes est d'ailleurs utilisée dans les pays de *common law*, surtout aux États-Unis, v. not. le *Uniform Commercial Code* et les *Restatements*.

69. Sur ce constat, v. P. Deumier, « *L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », D. 2008, p. 494. Des références aux Principes se trouvent dans les conclusions des avocats généraux de la Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) qui y voient parfois l'expression de « principes généraux du droit* » (v. infra) et les utilisent les PDEC ou le DCFR comme un instrument d'interprétation des directives ou des règlements de l'Union (Pour un ex., v. les conclusions de l'avocat général, Mme Verica Trstenjak, présentées le 11 septembre 2008 dans l'affaire C-180/06 (*Ilsinger*), § 45).

70. P. Weil, Vers une normativité relative ne droit international ?, *Revue générale de droit international public*, 1982, par. 24 et s. Prosper Weil dénonçait encore la « normativité diluée » de l'ordre international.

s'en ajoutait une autre d'ordre sociologique : lorsque la pression se fait trop forte, le droit « désiré » par certains devient « le droit établi » pour tous les autres[71]. « *Il est temps pour les juristes de réagir* » concluait Prosper Weil. Quelles formes cette réaction peut-elle prendre aujourd'hui ? Le fait que la communauté internationale soit de plus en plus composite génère un pluralisme juridique qu'on ne peut éradiquer et qu'il faut « *ordonner* »[72]. Toute opération de mise en ordre suppose, en premier lieu, de saisir l'ampleur du désordre, en l'occurrence de celui causé par le droit souple. L'étude du Conseil d'État qui appréhende le droit souple dans toutes ses manifestations et propose une « doctrine de recours et d'emploi du droit souple » constitue une étape précieuse en ce sens. Il reste à élaborer des règles pour résoudre non plus les seuls conflits de lois mais les *« conflits de normes »,* afin que les divers ordres juridiques (durs et souples, nationaux et supranationaux) puissent coexister harmonieusement[73]. Pour les contrats, de telles règles figurent déjà pour partie dans les Principes européens et les Principes d'Unidroit qui instituent en leur sein une nouvelle forme d'impérativité graduée et fixent le cadre de l'articulation du droit souple et du droit dur, dans le respect de la hiérarchie des normes.

71. P. Weil, art. préc., par. 42.
72. Selon la célèbre expression de M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné – les forces imaginantes du droit (II)*. Paris, Seuil (2006).
73. P. Deumier, *Introduction générale au droit,* LGDJ, 2011, par. 269 et s.

L'utilisation des normes volontaires dans la réglementation

Olivier PEYRAT,
Directeur général de l'Afnor
Christophe LELART
Responsable du département juridique de l'Afnor

Activité d'intérêt général, la normalisation permet l'élaboration de documents de référence sur demande du marché et par voie consensuelle. Les normes sont conçues, élaborées et appliquées, par nature, de manière volontaire sauf exception marginale, lorsqu'un texte réglementaire les rend d'application obligatoire ; ce qui ne concerne qu'environ 350 normes sur un total de quelque 35 000 normes dans la collection française.

En France, la normalisation et sa promotion sont assurées par le système français de normalisation composé :

- d'une part d'AFNOR, qui oriente et coordonne l'élaboration des normes nationales et la participation à l'élaboration des normes européennes et internationales, et qui est le membre français des organisations non gouvernementales de normalisation européenne et internationales ;

- d'autre part, de vingt-trois bureaux de normalisation sectoriels chargés d'organiser et de participer à l'élaboration des normes françaises, européennes ou internationales dans divers secteurs économiques. Ces bureaux animent des commissions de normalisation composées des experts mandatés par les divers acteurs socioéconomiques, en charge d'élaborer ou de contribuer à élaborer les documents de normalisation. En fonction des sujets – notamment horizontaux – et des secteurs d'activité, AFNOR est amenée à animer directement des commissions de normalisation. Elle exerce alors une activité analogue à celle d'un bureau de normalisation.

L'élaboration des normes obéit à des principes et des règles clairement édictés. L'action du système français de normalisation, tant au niveau national qu'européen et international, est régie par un ensemble de textes internationaux (accord sur les obstacles techniques au commerce), européens (règlement du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur la normalisation européenne et les règles du CEN/CENELEC[1]) et nationaux (décret du 16 juin 2009, règles du système français de normalisation et norme NFX50-088).

1. *The European Committee for Standardization* (CEN), *The European Committee for Electrotechnical Standardization* (CENELEC)

Conformément à l'accord sur les obstacles techniques au commerce, les organismes de normalisation doivent notamment respecter les principes de transparence, d'ouverture, d'impartialité et de consensus.

La norme française NFX 50-088 « Activités des bureaux de normalisation » qui complète l'ensemble des textes qui régissent l'action du système français de normalisation, explicite les principes précités qui guident le travail normatif et décrit les exigences qui s'appliquent aux bureaux de normalisation en matière d'organisation, de gouvernance, de conduite des processus induits par les travaux normatifs. Le décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation, en édictant sa gratuité, facilite la participation aux commissions de normalisation animées par les bureaux de normalisation, associations de protection de l'environnement, syndicats représentatifs des salariés et PME en qualité de parties intéressées. AFNOR associe en outre toutes les parties intéressées aux activités de normalisation notamment par leur participation au comité de coordination et de pilotage de la normalisation (CCPN) ainsi qu'au comité de concertation normalisation et collectivités territoriales (CCNC), au comité de concertation normalisation et artisanat (CCNA) et au comité de consommation (COSAC).

AFNOR fait également la promotion de la normalisation auprès des syndicats professionnels et a dédié un espace sur son portail à ces différentes catégories de parties intéressées pour les inciter à participer aux travaux de normalisation. En outre, chaque acheteur de norme reçoit un questionnaire d'évaluation intitulé DONOVAN (donner votre avis sur les normes) l'invitant à faire des suggestions et à participer aux travaux. Le taux de satisfaction des acheteurs de normes qui ressort de ces questionnaires est particulièrement élevé puisqu'il est de 90 %.

Depuis trente ans, le champ d'intervention de la normalisation n'a cessé de s'élargir à de nombreux domaines : les systèmes de management au sein des organisations (ISO 9001 et 14001), la sécurité alimentaire (ex: ISO 22000), l'environnement (ex : ISO 14001), les services, la responsabilité sociétale des entreprises (ISO 26000) et l'énergie (ISO 50001). A chacune de ces évolutions, des situations tenues par certains comme acquises et insusceptibles d'amélioration ont été remises en cause et la normalisation a alors permis, grâce au respect des principes précités qui la sous-tendent notamment en matière de consensus, d'établir des règles acceptées cette fois par toutes les parties intéressées. La normalisation a ainsi acquis une légitimité auprès des acteurs des différents marchés concernés.

Le développement corrélatif de la certification des systèmes de management sur la base des normes ISO 9001 et 14001 a permis aux entreprises et plus récemment aux administrations d'améliorer la qualité de leurs prestations et de leurs relations avec leurs clients ou usagers.

Dans le même temps, la référence aux normes volontaires dans les réglementations a connu un essor considérable sous l'impulsion de la nouvelle approche utilisée par la Commission européenne à partir de 1985. L'utilisation des normes volontaires dans la réglementation n'implique ni une réduction du pouvoir des autorités publiques, ni une délégation de responsabilité à d'autres parties. Les autorités publiques disposent toujours du pouvoir de modifier ou de mettre à

jour leur réglementation à tout moment, de demander la révision d'une norme ou de supprimer la référence à celle-ci si sa validité n'est plus avérée dans le cadre de la réglementation considérée. Le renvoi aux normes volontaires dans la réglementation signifie simplement que les autorités réglementaires font usage du consensus existant sur un texte de référence.

L'utilisation des normes volontaires présente de nombreux avantages :

- satisfaction consensuelle d'un besoin : du processus d'élaboration d'une norme de façon consensuelle, qui tient compte de divers intérêts, naît une solution susceptible de répondre aux attentes de la majorité des intéressés visés par la réglementation ;

- accès à une plus grande expertise : la norme représente souvent une somme de connaissance d'un ensemble de spécialistes, nécessairement plus vaste que celui auquel a accès l'autorité réglementaire, notamment lorsqu'il s'agit de normes européennes ou internationales ;

- économie de temps et de ressources : la référence à une norme volontaire dans une réglementation offre à l'administration un gain de temps et de ressources ;

- facilitation de l'application de la réglementation et de la conformité à ses exigences, grâce au recours à des solutions éprouvées mises au point de manière conjointe et consensuelle par les acteurs eux-mêmes (entreprises, milieux associatifs, consommateurs, pouvoirs publics...). Par ailleurs, une norme qui fait l'objet d'une certification par une tierce partie renforce la confiance en un produit, un service ou un système et peut ainsi fournir un appui utile à une exigence réglementaire ;

- prise en compte plus aisée des évolutions technologiques et de l'état de l'art : la participation d'un ensemble de spécialistes à leur élaboration garantit la pertinence des normes volontaires qui sont en outre régulièrement évaluées et révisées (tous les cinq ans au plus tard) ;

- efficacité par capitalisation du savoir : le fait que les producteurs utilisent le même outil pour répondre aux besoins du marché et aux exigences réglementaires améliore l'efficience économique ;

- facilitation de l'observation des obligations gouvernementales en matière de prévention des entraves techniques aux échanges.

Comme indiqué précédemment, la référence aux normes volontaires dans la réglementation ou les politiques publiques permet :

- aux pouvoirs publics de simplifier et recentrer la réglementation sur les objectifs de politique publique qu'ils ont définis, en vue notamment d'améliorer sa lisibilité ;

- aux opérateurs économiques de faciliter le respect des exigences réglementaires, grâce au recours à des solutions éprouvées mises au point par les acteurs eux-mêmes ;

- aux pouvoirs publics, de disposer d'outils techniques pour vérifier le respect des exigences réglementaires.

Ceci n'implique ni une réduction du pouvoir des autorités publiques, ni une délégation de responsabilité à d'autres parties.

Grâce à l'utilisation des normes volontaires, quatre objectifs principaux peuvent être poursuivis: la simplification et la réduction du nombre de textes réglementaires (mécanisme de la nouvelle approche), l'appui aux politiques publiques, l'aide aux contrôles que les autorités publiques mènent sur les entreprises et le respect des engagements internationaux

I. Simplification et réduction du nombre de textes réglementaires

Un premier objectif visé peut être de simplifier les textes réglementaires. Plusieurs rapports, dont le dernier en date est l'œuvre de MM. Lambert et Boulard, ont mis en évidence l'inflation de la production normative en France. En l'espèce, l'inflation de normes dont il est question concerne les normes réglementaires constitutives de la pyramide des normes de Hans Kelsen. Les quelque 35 000 normes volontaires de la collection des normes françaises ne font pas partie de cette pyramide. La confusion fréquente dans l'esprit du plus grand nombre entre les normes juridiques et les normes volontaires AFNOR ne doit pas pour autant occulter le caractère complémentaire que peuvent revêtir les normes volontaires par rapport à la réglementation et ce à l'appui d'une simplification et d'une réduction du nombre de textes réglementaires.

Le principe de la « Nouvelle approche » est défini par la résolution du Conseil européen du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche européenne en matière d'harmonisation technique et de normalisation.

Il a été réaffirmé, notamment par la résolution du Conseil du 10 novembre 2003 relative à la communication de la Commission européenne intitulée «Améliorer l'application des directives nouvelle approche », qui confirme la nécessité d'étendre son application à de nouveaux domaines. Ce principe vise à refondre l'harmonisation technique au sein de l'Union européenne (UE) sur une nouvelle base en se limitant à harmoniser uniquement les exigences essentielles des produits et en appliquant le « renvoi aux normes » et le principe de reconnaissance mutuelle afin de mettre fin aux entraves techniques à la libre circulation des marchandises.

La « Nouvelle approche » a créé une articulation étroite entre réglementation et normalisation qui a permis le développement d'une réglementation plus légère et plus souple dans des domaines où, à défaut, toutes les règles techniques auraient dû être définies par voie réglementaire.

En adoptant la nouvelle approche et en mettant en œuvre ses principales caractéristiques décrites ci-après, l'Union européenne a ainsi réduit de manière significative ses textes réglementaires tout en assurant le pilotage de sa réglementation, sa mise à jour ainsi que sa surveillance :

- la réglementation (certaines directives européennes) fixe, sous forme d'« exigences essentielles » obligatoires, les objectifs à atteindre pour assurer la sécurité et la santé des personnes ou la protection de l'environnement. Elle fixe des obligations de résultat ;

- des normes, établies sur « mandat » de la Commission européenne, décrivent des solutions permettant d'atteindre les objectifs obligatoires définis par la directive correspondante. Ces normes restent d'application volontaire, mais les produits conçus selon leurs prescriptions sont présumés être en conformité avec les exigences essentielles fixées par la réglementation. Le mandat de normalisation est une demande de la Commission européenne confiée aux organismes européen de normalisation (c'est-à-dire le CEN, le CENELEC ou l'ETSI), après avoir recueilli l'avis du Comité de la directive 98/34, aux fins d'élaborer et d'adopter des normes européennes (EN). Un mandat doit préciser les besoins des autorités publiques en indiquant également le contexte de la politique européenne et en se référant, le cas échéant, aux exigences de la législation concernée ;

- pour éviter de conférer auxdites normes un caractère indirectement obligatoire, le fabricant doit disposer d'une autre possibilité que le respect de la norme volontaire. Ainsi la réglementation prévoit-elle fréquemment l'alternative suivante :

-- soit fabriquer conformément à la (aux) norme(s) référencée(s) au Journal officiel. Sans être obligatoires, ces normes constituent le mode privilégié d'évaluation de la conformité ;

--soit fabriquer conformément à un modèle conforme aux exigences réglementaires («examen de type»).

A titre d'illustration, on peut citer la directive européenne 2009/48 relative à la sécurité des jouets qui définit les exigences essentielles de sécurité applicables aux jouets. La liste des exigences concernant les propriétés mécaniques de ce vaste ensemble fait qu'une page et demie. Il s'agit d'exigences telles que *«les arêtes (...) doivent être conçues et fabriquées de manière à réduire, dans la mesure du possible, les risques de blessure lors d'un contact», ou «les jouets et leurs pièces ne doivent pas présenter de risque d'étranglement», ou «les jouets (ne doivent) présenter aucun risque ou seulement les risques minimaux inhérents à (leur) utilisation, du fait du mouvement de leurs pièces»,* etc., c'est-à-dire des objectifs à atteindre.

Pour permettre aux fabricants d'atteindre ces objectifs et aux organismes de contrôle de vérifier que les exigences réglementaires sont satisfaites, la norme sur les propriétés mécaniques et physiques pour la sécurité des jouets définit en une cinquantaine de pages les prescriptions et les méthodes d'essai correspondantes (qu'est-ce qu'un bord coupant et comment s'assure-t-on qu'un bord ne risque pas de couper l'enfant, etc.).

Ce mécanisme de nouvelle approche consistant à articuler des exigences essentielles définies par la réglementation et des normes volontaires détaillant de manière opérationnelle les moyens d'atteindre les objectifs fixés par la réglementation, a été utilisé avec succès dans des textes réglementaires français, à des secteurs non couverts par ces directives. On peut citer à titre d'exemples, le décret de 1994 relatif aux équipements d'aires de jeu (balançoires, toboggans, etc.) et le décret de 2006 sur la sécurité des barbecues (cf. annexe 1).

Comme le préconisent MM. Lambert et Boulard dans leur rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative du 26 mars 2013 (cf. annexe 2

ci-après reproduisant l'annexe IV dudit rapport « Pour l'avènement d'un droit intelligent articulant normes juridiques et normes techniques »), la « nouvelle approche à la française » pourrait être développée tout en respectant la réglementation communautaire qui impose que les réglementations nationales autres que les textes transposant des réglementations de portée communautaire faisant référence à des normes volontaires doivent comporter une clause de reconnaissance mutuelle. En effet, en application du règlement n° 764/2008 du 9 juillet 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre État membre et abrogeant la décision n° 3052/95/CE, les produits qui respectent des réglementations, normes, spécifications techniques ou procédés de fabrication prévus dans la réglementation d'un autre État membre de l'Union européenne, ou d'un État partie à l'accord instituant l'Espace économique européen, ou de Turquie et, assurant un niveau de sécurité équivalent à celui qu'offre le dispositif français, doivent avoir accès au marché français.

II. Appui aux politiques publiques

La référence aux normes volontaires peut faciliter la mise en œuvre de certaines politiques publiques dont elle constitue un outil technique privilégié.

C'est ainsi que dans le domaine de la métrologie, les normes de méthodes d'essai ou de mesure viennent fréquemment en appui à la réglementation pour le contrôle du respect des seuils fixés par cette dernière. Par exemple : la métrologie des humidimètres dans le secteur des céréales, les chronotachygraphes, les éthylomètres.

En matière de sécurité des consommateurs, pour faciliter le respect de l'obligation générale de sécurité prévue à l'article L. 221-1 du code de la consommation, qui dispose que « *les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes* », les pouvoirs publics font régulièrement appel à la normalisation pour améliorer le niveau de sécurité des produits et des services. Notamment, suite à des avis de la Commission de la sécurité des consommateurs (CSC), les pouvoirs publics peuvent initier des travaux de normalisation (par exemple, les piscines en kit). Les normes volontaires résultantes ne sont pas nécessairement référencées dans la réglementation, mais elles contribuent cependant à la mise en œuvre de la politique publique de sécurité des consommateurs.

En matière d'allégation sur certaines qualités des produits dans le cadre de la loyauté des transactions, l'arrêté du 17 mars 2008 fixant les exigences et recommandations en matière de certification de conformité des blés, farines et pains dispose, dans son annexe que « *les exigences sont les règles de production, de transformation et de conditionnement d'un produit ou d'une famille de produits qui s'imposent à l'opérateur souhaitant obtenir une certification de conformité* » garantissant « *que le produit certifié se différencie du produit courant».* Au sujet des exigences

spécifiques aux pains. il dispose que « *la note de panification pour pain courant français est établie à l'aide de l'essai normalisé AFNOR NF V 03-716 de février 2002* ».

Enfin, une illustration très récente, et originale, d'une articulation vertueuse entre la réglementation et la normalisation volontaire, a été fournie par la publication le 4 juillet 2013 de la norme NF Z74-501 – Avis en ligne de consommateurs *Principes et exigences* – portant sur les processus de collecte, modération et restitution des avis en ligne de consommateurs. Face à l'apparition de plusieurs cas « d'achats d'avis » auprès d'officines situées à l'étranger, les pouvoirs publics français ont encouragé la création d'une norme volontaire permettant d'une part, d'établir un état de l'art utilisable par chacun des acteurs vertueux ; d'autre part, de faciliter la mise à l'index des acteurs indélicats, à droit dur constant (code de la consommation notamment).

D'autres exemples de référence à des normes facilitant la mise en œuvre de politiques publiques figurent à l'annexe 3 ci-après.

III. Allègement des contrôles sur les entreprises par les autorités publiques

La référence à certains types de normes volontaires et à la certification volontaire associée peut permettre une présomption de moindre risque d'où une simplification des contrôles des entreprises par les pouvoirs publics.

En matière de cosmétiques, la directive 76/768/CEE[2] du Conseil, du 27 juillet 1976, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux produits cosmétiques, modifiée,(en cours de révision) dispose, à son article 7 bis,que « *le fabricant (...) s'assure que les autorités compétentes des États membres (...) ont, à des fins de contrôle, aisément accès (...)aux informations suivantes : (...) c) la méthode de fabrication conformément aux bonnes pratiques de fabrication prévues par le droit communautaire(...)* ».

Or, actuellement, la réglementation ne définit pas ces bonnes pratiques de fabrication.

C'est pourquoi une lettre-circulaire du directeur général de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) aux fabricants et conditionneurs de produits cosmétiques leur recommande la norme NF EN ISO 22716 « Cosmétiques – Bonnes Pratiques de Fabrication (BPF) – Lignes directrices relatives aux Bonnes Pratiques de Fabrication » parue en 2008. Cette lettre-circulaire indique que cette norme n'est pas à ce jour un document juridiquement opposable, mais constitue le référentiel auquel se référeront les inspecteurs lors de leurs prochaines inspections.

La directive 76/768/CEE sera abrogée avec effet au 11 juillet 2013 par le règlement n° 1253/2009 qui prévoit en son article 8 §2 que « *le respect des bonnes pratiques de fabrication est présumé lorsque la fabrication est effectuée conformément aux normes harmonisées applicables dont les références ont été publiées au journal officiel de l'Union européenne.* »

2. Transposée dans le code de la santé publique par les articles L. 5131-1 à L.S 131-11 et R.S 131-1 à R.S 131-14.

Dans certaines circonstances, les pouvoirs publics utilisent la référence à la certification volontaire de produits et services telle qu'elle est définie à l'article L. 115-27 du code de la consommation. C'est le cas dans le secteur des services à la personne, l'article D. 347-3 du code de l'action sociale et des familles dispense de l'évaluation prévue à l'article D. 347-1 du même code, les services qui ont fait l'objet d'une certification volontaire définie à l'article L. 115-27 du code de la consommation.

C'est aussi le cas en matière de microbiologie des aliments, où le recours à des méthodes d'analyse autres que celles de référence est autorisé par le règlement n° 2073/2005 de la Commission européenne lorsque ces méthodes sont validées selon le protocole pour la validation des méthodes alternatives (norme EN ISO 16140).

Plus récemment, nous pouvons également citer le cas du décret n°2012-147 du 30 janvier 2012 qui introduit la prise en compte de la certification dans le cadre de l'évaluation externe des établissements, services sociaux et médico-sociaux.

IV. Respect des engagements internationaux

L'accord sur les obstacles techniques au commerce, conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), tout en « *reconnaissant que rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires pour assurer la qualité de ses exportations, ou nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, aux niveaux qu'il considère appropriés, sous réserve que ces mesures(...) soient (...) conformes aux dispositions* [de cet accord] », dispose (art. 2.4) que, « *dans les cas où des règlements techniques sont requis et où des normes internationales pertinentes existent ou sont sur le point d'être mises en forme finale, les* [États] *Membres utiliseront ces normes internationales ou leurs éléments pertinents comme base de leurs règlements techniques(...)* ».

La référence aux normes volontaires internationales ou aux normes volontaires françaises les transposant, dans la réglementation nationale permet, du point de vue des autorités publiques, de respecter l'engagement pris dans le cadre de l'OMC. Elle permet également, du point de vue des entreprises, de faciliter l'accès au commerce international.

V. Conclusion

Un droit dur concentré sur l'essentiel, outillé par la normalisation volontaire pour ce qui concerne la mise en œuvre, permet de conjuguer le nécessaire objectif de stabilité et de compacité que les acteurs économiques appellent de leurs vœux avec l'évolution régulière de l'état de l'art.

L'échelon européen en fournit un exemple concret depuis un quart de siècle, dans le cadre des directives « Nouvelle approche ». L'échelon national a tout autant la faculté de transposer un tel mécanisme. AFNOR est naturellement disposée à apporter tout son concours à une telle ambition.

ANNEXE 1 - Exemples d'utilisation de la technique de la nouvelle approche » à la française

1 / Équipements d'aires collectives de jeux

Le décret n°94-699 du 10 août 1994 fixant les exigences de sécurité relatives aux équipements d'aires collectives de jeux dispose :

« Art. 3 - Les équipements d'aires collectives de jeux doivent satisfaire aux exigences de sécurité définies en annexe au présent décret.
Art. 4 - Le respect des exigences de sécurité définies en annexe est attesté par la mention : «conforme aux exigences de sécurité».
Art. 5 - Peuvent seuls comporter la mention « conforme aux exigences de sécurité » les équipements d'aires collectives de jeux qui satisfont à l'une des deux obligations suivantes :
1° Avoir été fabriqués conformément aux normes de sécurité françaises ou étrangères les concernant, dont les références sont publiées au Journal officiel de la République française. Dans ce cas. le responsable de la première mise sur le marché des équipements tient à la disposition des agents chargés du contrôle d'un dossier comprenant une description détaillée du produit et des moyens par lesquels le fabricant s'assure de la conformité de sa production aux normes susmentionnées (...).
2° S'ils ne respectent pas toutes les normes visées au 1° ci-dessus, être conformes à un modèle bénéficiant lui-même d'une attestation de conformité aux exigences de sécurité délivrée à la suite d'un examen de type effectué par un organisme (...) agréé par le ministre chargé de l'industrie (...). »

La liste des références des normes volontaires pouvant être utilisées en application de l'article 5-1 du décret n° 94-699 fait l'objet d'avis publiés régulièrement au Journal officiel de la République française (voir par exemple l'avis publié au JORF du 15 décembre 1998).

2 / barbecues

Le décret n° 2006-18 du 04 janvier 2006 relatif à la sécurité des barbecues utilisant des combustibles solides dispose :

« Article 3
1° Les barbecues et leurs éléments répondent aux exigences de sécurité énumérées à l'annexe I, de manière à assurer la sécurité des personnes, notamment contre les risques de blessures ou de brûlure. (...)
Article 4
Sont réputés satisfaire aux dispositions de l'article 3 les produits qui sont :
1° Soit fabriqués conformément aux normes dont les références sont publiées au Journal officiel de la République française. (...)
2° Soit fabriqués conformément à un modèle bénéficiant d'une attestation de conformité aux exigences de sécurité, délivrée à la suite d'un examen de type par un organisme français ou d'un autre État membre de la Communauté européenne ou d'un État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Turquie,

accrédité selon la norme EN/ISO 17025 par le Comité français d'accréditation (COFRAC) ou par un organisme d'accréditation signataire de l'accord multilatéral pris dans le cadre de la coordination européenne des organismes d'accréditation pour le contrôle des produits mentionnés à l'article 1er du présent décret. (...) »

La liste des références des normes pouvant être utilisées en application de l'article 3-1 du décret n° 2006-18 a fait l'objet de l'avis publié au JORF du 1er mars 2006.

3/ Sécurité générale des produits destinés aux consommateurs

La directive 2001/95/CE relative à la sécurité générale des produits (transposée par l'ordonnance n° 2004-670 du 9 juillet 2004 portant transposition de la directive 2001/95/CE, ratifiée par la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit (art. 80-XIX) et par l'ordonnance 2008-810 du 22 août 2008 complétant la transposition de la directive 2001/95/CE) :
« Considérant 14 : Pour faciliter l'application efficace et cohérente de l'obligation générale de sécurité visée par la présente directive, il importe d'établir des normes européennes non obligatoires couvrant certains produits et risques de telle manière qu'un produit qui se conforme à une norme nationale transposant une norme européenne soit présumé conforme à ladite obligation.
Article 3
1. Les producteurs sont tenus de ne mettre sur le marché que des produits sûrs.
2. (...) Un produit est présumé sûr, pour les risques et les catégories de risque couverts par les normes nationales concernées, quand il est conforme aux normes nationales non obligatoires transposant des normes européennes dont la Commission a publié les références au Journal officiel des Communautés européennes en application de l'article 4. Les États membres publient les références de ces normes nationales. (...)
4. La conformité d'un produit aux critères visant à garantir l'obligation générale de sécurité, en particulier aux dispositions visées aux paragraphes 2 ou 3, n'empêche pas les autorités compétentes des États membres de prendre les mesures opportunes pour restreindre sa mise sur le marché ou demander son retrait du marché ou son rappel si, nonobstant cette conformité, le produit se révèle dangereux. »

Les références de ces normes font l'objet d'avis publiés régulièrement au Journal officiel de la République française (voir par exemple l'avis publié au JORF du 28 octobre 2006).

ANNEXE· 2 - Doctrine sur le droit intelligent - Pour l'avènement d'un droit intelligent articulant normes juridiques et normes techniques

La loi la coutume, la jurisprudence et la doctrine sont traditionnellement regardées comme les sources principales sinon les seules du droit.

D'autres normes jouent pourtant un rôle dans la régulation des rapports administratifs, économiques et sociaux : il s'agit des normes techniques, parfois appelées droit spontané, droit souple ou encore « droit mou » (*soft law*). Le vocable de « norme » sert ainsi à la fois à qualifier la règle de droit et des prescriptions d'ordre technique.

La culture juridique française regarde d'un œil quelque peu suspicieux ces normes techniques, à qui elle dénie souvent le qualificatif de « droit », considérant qu'elles n'en ont pas les attributs contraignants et qu'elles ne sont pas issues des sources normatives reconnues comme légitimes.

Jusqu'à présent, notre approche juridique des normes techniques a donc consisté à tenter de les absorber dans notre logique juridique historique, en leur donnant un caractère obligatoire et contraignant. Il en résulte une rigidification extrême de notre corpus juridique et une inapplicabilité de fait de nombreuses normes, toute la science et l'imagination des rédacteurs ne suffisant pas à prendre en compte l'infinie diversité des situations particulières pouvant être concernées par une norme de nature technique. Le coût pour les collectivités locales et pour notre économie de ce droit excessivement complexe, rigide et tatillon, devient insupportable.

L'enjeu d'une nouvelle articulation entre le « droit dur » classique et le « droit mou » est alors de faire des normes techniques un outil à part entière de la mise en œuvre du droit applicable aux collectivités locales, et de s'appuyer sur cette articulation pour fonder une nouvelle approche intelligente de la norme. Il ne s'agit pas d'un « nouveau droit », mais de compléter les approches actuelles du droit en comblant le fossé théorique qui sépare aujourd'hui les normes « classiques » (que l'on pourrait qualifier de hiérarchiques, descendantes, unilatérales, obligatoires, contraignantes) des normes techniques marquées par leur caractère contractuel, leurs fondements ancrés dans les pratiques professionnelles, leur actualisation permanente.

Pour atteindre cet objectif, il importe d'abord de dépasser le débat des « théologiens du droit » et de reconnaître au « droit souple » le caractère de droit à part entière, autrement dit de lui accorder un véritable statut juridique. Les normes techniques ne sont pas moins « nobles », ni moins « respectables », ni surtout moins efficaces, au motif qu'elles seraient nées d'une élaboration collective pratique, que les acteurs y adhèrent de façon contractuelle et qu'elles peuvent être révisées à mesure que les besoins auxquels elles répondent évoluent dans le temps ou que les technologies progressent.

Il faut ensuite prendre conscience que la réalité dépasse déjà le débat juridique, et que c'est justement là que réside l'une des sources de blocage et de complexification de notre corpus juridique : dans les faits, les normes techniques d'essence contractuelle (ISO, AFNOR...) se multiplient depuis plusieurs décennies. S'y ajoutent d'autres types de référentiels prescriptifs comme les recommandations, guides de bonnes pratiques et autres repères précieux pour les acteurs dans tous les champs d'activité. Ces outils apportent une souplesse indispensable à la régulation des activités et des rapports sociaux, car leur force effective tient uniquement à leur application sur la base d'une acceptation contractuelle. La portée de ces normes correspond ainsi à une double fonction de complément :

- préciser ce qui est encadré par le législateur (ou le pouvoir réglementaire)
- régir les situations qui ne font l'objet d'aucune réglementation particulière.

Jusqu'à présent, au lieu de s'appuyer sur ces outils et sur l'alternative qu'ils pouvaient représenter pour « normer » des situations nouvelles, techniquement complexes ou particulières, notre droit les a tenus en lisière et a préféré corseter ses instruments traditionnels (lois, décrets en Conseil d'État, décrets simples, arrêtés...), dont l'élaboration comme la modification s'avèrent lourdes et chronophages, de dispositions techniques dont la précision n'a d'égale que leur inadaptation à la multiplicité de situations particulières et à la rapidité des évolutions technologiques - et même sociétales.

Notre système juridique étant devenu un véritable frein pour le dynamisme de notre pays, il est désormais urgent de changer notre approche des normes techniques.

Avant nous, l'Union européenne avait affronté la même difficulté.

Jusqu'en 1985, la Communauté européenne passait ainsi par des directives définissant de manière détaillée les spécifications que les produits devaient remplir pour pouvoir circuler librement.

Toutefois, la nécessité d'adopter ces directives à l'unanimité, ainsi que le niveau très détaillé de leurs dispositions se sont avérés incompatibles avec le volume et le rythme des travaux à accomplir. Aussi, un mécanisme plus souple fondé sur· la reconnaissance mutuelle a-t-il été amorcé.

Il s'est traduit par la résolution du 7 mai 1985, qui définit une « nouvelle approche » en matière d'harmonisation technique et de normalisation et bouleverse totalement le paysage communautaire. Elle repose sur quatre principes :

- Les directives européennes fixent les exigences essentielles auxquelles doivent satisfaire les produits en matière de sécurité, de protection de la santé, de protection de l'environnement, etc., mais n'entrent plus dans le détail des spécifications techniques de ces produits.

- Les spécifications techniques précises sont élaborées par les organismes européens de normalisation.

- Les normes conservent leur statut volontaire pour les fabricants qui peuvent y déroger. Seules les exigences essentielles sont impératives.

- Les produits conformes aux exigences essentielles bénéficient alors de la libre circulation dans la Communauté.

Ce choix européen d'articuler droit « dur » et droit « souple » en renvoyant l'élaboration des dispositions techniques précises à des organismes de normalisation et en leur conférant un caractère contractuel (ou volontaire) auquel il peut être choisi de déroger pourrait inspirer une « nouvelle approche » française des normes techniques.

Cette articulation peut en effet s'analyser comme une interface inédite entre la norme juridique classique et la norme technique contractuelle, contribuant à relier le droit à l'évolution sociale et aux autres sciences humaines.

Cette « nouvelle approche » française des normes appliquées aux collectivités locales permettrait d'avoir un droit efficace et à jour, en progression constante.

Elle s'inscrirait dans une démarche de rupture avec la tradition d'un droit public unilatéralement impératif en faisant entrer les règles dans les mœurs avant de les établir dans les lois. Elle mettrait également fin au paradoxe actuel qui voit des administrations publiques (administrations centrales) prescrire à d'autres administrations publiques (administrations d'État déconcentrées et collectivités locales) des normes contraignantes. Un dépositaire de l'autorité publique au niveau local peut ainsi se voir contraint d'appliquer une règle stupide rédigée à la hâte dans un vague bureau d'une administration centrale dépourvue de toute autorité publique en la matière.

Utiliser pleinement les normes techniques comme outil du droit au service de la mise en œuvre des politiques publiques consisterait à renverser notre paradigme actuel : plutôt que de considérer que la norme doit être par défaut obligatoire et par dérogation volontaire (ou contractuelle), les auteurs de la norme devraient privilégier la norme non obligatoire à chaque fois qu'il ne pourra être prouvé que l'obligation garantirait de meilleurs résultats. De cette articulation entre la normalisation technique et la norme juridique peut naître un droit intelligent qui permet l'avènement progressif et maîtrisé de ce nouveau paradigme juridique.

Le normatif « dur » inclurait alors seulement ce qui doit être défini comme les exigences essentielles et les buts à atteindre sans entrer dans le détail des spécifications techniques dont l'élaboration resterait de la compétence d'organismes de normalisation.

Ainsi, les normes techniques se caractériseraient par leur statut contractuel, seules les exigences essentielles devenant impératives.

Pour les juristes qui ont leur compréhension kelsénienne du droit comme un ordre de contrainte, il suffit d'admettre qu'en s'éloignant du registre du commandement le droit fait autre chose et parfois mieux que ce qu'on lui demande de faire.

Le « droit intelligent » devient alors un vecteur d'harmonisation des droits, des règles, des conduites. Le droit intelligent est celui qui retient la règle de droit dur pour la formulation des objectifs et la règle de droit souple pour les prescriptions techniques auxquelles le premier renvoie implicitement.

Il appartient au «droit intelligent» d'être à l'équilibre en supprimant le pire pour cheminer vers le meilleur dans un encadrement suffisamment balisé pour ne pas risquer l'aventure.

Aussi, il redonne une chance au droit français de rayonner à nouveau dans le monde par son efficacité et son effectivité.

Enfin, le travail de déclassement massif proposé pourrait d'ailleurs être l'occasion d'envisager la substitution de normes volontaires à des normes obligatoires, à chaque fois que cela est possible et notamment lorsqu'il n'est pas démontré qu'une mesure non normative ne produirait pas plus de résultats.

Annexe 3 - Exemples de référence à des normes volontaires en appui de politiques publiques

1/ Services à la personne

Les services à la personne (SAP) sont cadrés par deux régimes : l'autorisation (loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale) et l'agrément (loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale (loi Borloo)), qui vise les services aux personnes vulnérables (enfants de moins de 3 ans, personnes âgées,...).

Le décret n° 2006-912 du 24 juillet 2006 relatif à l'évaluation applicable aux services d'aide et d'accompagnement à domicile ayant opté pour l'agrément prévue par le code du travail, dispose que : « *Les services (...) qui auront fait l'objet d'une certification volontaire (.. .) sont dispensés de l'évaluation prévue* à *l'article D. 347-1* [code de l'action sociale et des familles], *si la certification répond* [à certaines] *conditions* », dont celle que « *le référentiel utilisé* [ait été] *élaboré et validé conformément à l'article R. 115-8 du code de la consommation* ».

La norme NF X 50-056 « Services aux personnes à domicile » de 2008 définit un socle d'engagements de service sur les prestations visant à faciliter, maintenir, ou améliorer la vie à domicile. Elle a pour objet d'aider les professionnels du secteur à mettre en œuvre leur démarche qualité de service. A la demande de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) et de l'Agence nationale des services à la personne (ANSP), cette norme a été révisée pour l'adapter aux évolutions réglementaires intervenues depuis sa première édition (2000) et permettre ainsi aux structures certifiées de bénéficier de la dispense d'évaluation.

2/ Eau potable : effet des matériaux sur la qualité de l'eau potable

Le futur schéma européen unique (marquage CE/EAS) sur l'effet des matériaux sur la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, annoncé depuis plusieurs années est actuellement mis en réserve. Aussi la Direction générale de la santé (DGS) a-t-elle décidé de mettre à jour la réglementation française correspondante, en particulier l'Attestation de conformité sanitaire (ACS) pour les matériaux en contact avec l'eau potable.

Dans ce cadre, la DGS a souhaité transférer vers la normalisation des méthodes d'analyse qui faisaient l'objet de circulaires DGS. Le Comité français d'accréditation (COFRAC) utilise les huit normes correspondantes pour accréditer les quatre laboratoires habilités à délivrer les ACS.

Ces normes sont :

- la norme XP P 41-250 pour analyser l'effet des matériaux organiques sur la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, en trois parties : Partie 1 « Méthode de mesure des paramètres organoleptiques et physico-chimiques », (odeur, flaveur, conductivité, pH, carbone organique total et consommation en chlore), de 2001, Partie 2 « Méthode de mesure des micropolluants minéraux et

organiques » de 2001, Partie 3 « Méthode de mesure de Cytotoxicité », de 2003 ;

- la norme XP P 41-260 pour analyser l'effet des matériaux à base de ciment sur la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, en trois parties : Partie 1 « Méthode de mesure des paramètres organoleptiques et physico-chimiques » de 2008, Partie 2 « Micropolluants minéraux et organiques », de 2008, et Partie 3 « Cytotoxicité » de 2003 ;

- la norme XP P 41-270 « Effet des matériaux sur la qualité des eaux destinées à la consommation humaine - Protocole de vérification de l'inertie des matériaux constitutifs des modules de filtration placés au contact des eaux destinées à la consommation humaine » de 2001 ;

- la norme XP P 41-280 « Effets des matériaux et objets sur la qualité des eaux destinées à la consommation humaine - Objets constitués de plusieurs composants dont au moins un organique entrant au contact de l'eau - Obtention et analyse de l'eau de migration » de 2008, qui porte sur l'effet des accessoires des réseaux d'eau potable (par exemple la robinetterie) ;

- la norme NF P 41-290 « Effet des matériaux sur la qualité des eaux destinées à la consommation humaine - Méthode de mesure de la cytotoxicité » de 2008.

3/ Etiquetage environnemental

La norme NF EN ISO 14021 « Marquages et déclarations environnementaux – Auto-déclarations environnementales (Étiquetage de type II)» de 2001 souligne que « *la prolifération des déclarations environnementales a entraîné le besoin d'élaboration des normes d'étiquetage environnemental ».*

Elle indique que « *les auto-déclarations environnementales peuvent être effectuées par toute entité susceptible de tirer profit de ces déclarations. Les déclarations environnementales à propos de produits peuvent prendre la forme d'affirmation, de symboles ou de graphiques sur des étiquettes de produit ou d'emballage, ou sur de la documentation relative à des produits, des bulletins techniques, des publications, de la publicité, du télémarketing, ainsi que des supports numériques ou électroniques, tels que internet ».*

Elle souligne que « *la garantie de fiabilité est essentielle pour les auto-déclarations environnementales. Il est important de procéder correctement à la vérification pour éviter les effets négatifs sur le marché tels que les entraves aux échanges commerciaux ou la concurrence déloyale, susceptibles d'apparaître suite à des déclarations environnementales non fiables et mensongères. Il convient que la méthodologie d'évaluation utilisée par les personnes qui présentent les déclarations environnementales soit claire, transparente, scientifiquement solide et documentée de telle sorte que toute personne qui achète, ou tout acheteur potentiel des produits concernés, puisse être assuré de la validité des déclarations».*

Le comité opérationnel « Consommation » (COMOP 23) du Grenelle de l'environnement recommande, pour améliorer la sincérité des allégations relatives aux qualités écologiques des produits sur les étiquettes ou dans les publicités de le faire selon la norme NF EN ISO 14021.

La démarche est de ne pas obliger les entreprises à effectuer des auto-déclarations environnementales sur leurs produits, mais, celles qui choisiront d'en faire devront alors se conformer à certaines bonnes pratiques, dont celles récapitulées dans la norme NF EN ISO 14021.

4/ Signature électronique

Arrêté du 26 juillet 2004 de la direction générale de l'industrie, des technologies de l'information et des postes (DIGITIP), relatif à la reconnaissance de la qualification des prestataires de services de certification électronique et à l'accréditation des organismes qui procèdent à leur évaluation, dont l'annexe dispose que «*les spécifications techniques relatives aux prestataires de services de certification en vue de reconnaître leur qualification, qui précisent les exigences fixées par l'article 6 du décret* [n° 2001-272] *du 30 mars 2001, sont celles définies dans le document AFNOR AC Z 74-400 intitulé* « *Exigences concernant la politique mise en œuvre par les autorités de certification délivrant des certificats qualifiés* » *(...).Ces spécifications sont complétées par les spécifications techniques suivantes(...)* ».

* * *

Liste des abréviations et des acronymes

AAI	Autorités Administratives Indépendantes
ABE	Autorité bancaire européenne, encore appelée Autorité européenne de surveillance
ACP	Autorité de contrôle prudentiel
ADF	Assemblée des départements de France
ADLC	Autorité de la concurrence
AEAPP	Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles
AERAS	S'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé (convention)
AET	Accords d'entreprise transnationaux
AFEP	Association française des entreprises privées
AFNIC	Association française pour le nommage internet en coopération
AFNOR	Association française de normalisation
AFSSAPS	Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé
AMF	Autorité des marchés financiers
ANAES	Agence nationale de l'accréditation et de l'évaluation en santé
ANAH	Agence nationale de l'habitat
ANI	Accords nationaux interprofessionnels
ANSM	Agence nationale de sécurité des médicaments et des produits de santé
ARCEP	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
ARPE	Aide personnalisée de retour à l'emploi
ARPP	Autorité de régulation professionnelle de la publicité
BIT	Bureau international du travail
BPI	Banque publique d'investissement
BRI	Banque des règlements internationaux
BVP	Bureau de vérification de la publicité
CADA	Commission d'accès aux documents administratifs
CCA	Commission des clauses abusives
CCAG	Cahiers des clauses administratives générales
CCI	Chambre de commerce internationale
CCTG	Cahiers des clauses techniques générales
CDS	*Credit default swaps*
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEDS	Comité européen des droits sociaux
CEN	Comité européen de normalisation
CENELEC	Comité européen de normalisation des normes électrotechniques
CEPS	Comité économique des produits de santé
CESE	Conseil économique, social et environnemental
CFDT	Confédération française démocratique du travail

CGIET	Conseil général de l'industrie, de l'énergie et des technologies
CGPME	Confédération générale du patronat des petites et moyennes entreprises
CGT	Confédération générale du travail
CIJ	Cour internationale de justice
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMP	Code des marchés publics
CNAMTS	Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés
CNC	Comité national de la comptabilité
CNE	Contrat nouvelle embauche
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CNPE	Conseil national du patronat français, prédécesseur du MEDEF
CNSA	Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie
COREPER	Comité des représentants permanents (Union européenne)
COSO	*Committee Of Sponsoring Organizations of the Treadway Commission*
CPER	Contrat de plan État-région
CRC	Comité de la réglementation comptable
CSA	Conseil supérieur de l'audiovisuel
CSC	Commission de sécurité des consommateurs
CSCE	Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe
DARPA	*Defense Advanced Research Projects Agency*
DDD	Défenseur des droits
DGCCRF	Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes
DGCIS	Direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services
DIRECCTE	Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
DNS	*Domain Name System*
DPC	Développement professionnel continu
DUDH	Déclaration universelle des droits de l'homme
EAC	Examen de croissance annuelle
EPSAS	*European Public Sector Accounting Standards*
ERCIM	*European Research Consortium for Informatics and Mathematics*
ESG	Performances Environnementales, Sociales et de Gouvernance des entreprises
ESMA	*European Securities and Markets Authority* : Autorité européenne des marchés financiers
FAO	Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture
FGI	Forum pour la gouvernance de l'internet
FNMF	Fédération nationale de la mutualité française
GAC	*Government Advisory Committe*
GAFI	Groupe d'action financière
GATT	*General Agreement on Tariffs and Trade*
GOPE	Grandes orientations de politique économique
GRI	*Global Reporting Initiative*
HALDE	Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
HAS	Haute Autorité de santé
HCR	Haut Commissariat aux réfugiés
HTML	*Hypertext Markup Language*
ICANN	*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*

ICC	Chambre de commerce internationale
IETF	*Internet Engineering Task Force*
IFAC	*International Federation of Accountants*
IFRS	*International Financial Reporting Standards*
IGAS	Inspection générale des affaires sociales
Incoterms	*International Commercial Terms*
INRIA	Institut national de recherche en informatique et en automatique
INSEE	Institut national de la statistique et des études économiques
INVS	Institut de veille sanitaire
IP	*Internet Protocol*
IPSAS	*International Public Sector Accounting Standards*
ISDA	*International Swaps and Derivatives Association*
ISO	*International Standard Organisation*
ISR	Investissement socialement responsable
LDE	Lignes directrices pour l'emploi
LDI	Lignes directrices intégrées
LEEM	Laboratoire d'Economie Expérimentale de Montpellier
LFSS	Lois de financement de la sécurité sociale
LOLF	Loi organique **n°** 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances
MECSS	Mission d'évaluation et de contrôle de la sécurité sociale
MEDEF	Mouvement des entreprises de France
MLC	Convention du travail maritime de l'Organisation internationale du travail
MOC	Méthode ouverte de coordination
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFCE	École d'économie de Toulouse, Conseil d'analyse économique
OIT	Organisation internationale du travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle
OMT	Objectif budgétaire à moyen terme
ONDAM	Objectif national des dépenses d'assurance-maladie
ONG	Organisation non gouvernementale
OPECST	Office parlementaire de l'évaluation des choix scientifiques et technologiques
OQN	Objectifs quantifiés nationaux
ORSE	Observatoire sur la responsabilité sociétale des entreprises
OSCE	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
PCN	Points de contacts nationaux
PDU	Plan de déplacements urbains
PLH	Programme local de l'habitat
PLU	Plans locaux d'urbanisme
PME	Petites et moyennes entreprises
PMI	Protection maternelle et infantile
PNR	Programmes nationaux de réforme
PNUD	Programme des Nations unies pour le développement
POS	Plans d'occupation des sols
PPP	Partenariats public-privé
PRIAC	Programme interdépartemental d'accompagnement des handicaps et de la perte d'autonomie
PRS	Projet régional de santé

PSC	Programme de stabilité et de convergence
RFC	*Request for comments*
RMO	Références médicales opposables
RSA	Revenu de solidarité active
RSE	Responsabilité sociale des entreprises
RTI	Règlement des télécommunications internationales
SCOT	Schémas de cohérence territoriale
SDAU	Schémas directeurs d'aménagement et d'urbanisme
SDOSMS	Schéma départemental d'organisation sociale et médico-sociale
SMSI	Sommet mondial de la société de l'information
SPS	Produits sanitaires et phyotsanitaires (accords)
SRADT	Schéma régional d'aménagement et de développement du territoire
SROMS	Schéma régional d'organisation médico-sociale
TCP	Transmission Control Protocol
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPE	Très petites entreprises
TSCG	Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance
UIT	Union internationale des télécommunications
W3C	*World Wide Web Consortium*

Références bibliographiques

Rec.	Références consultables au Recueil Lebon
Tables	Références consultables aux Tables du Recueil Lebon
<http://... >	Références consultables sur internet, les adresses mentionnées entre < > ayant été consultées entre janvier et juillet 2013
ArianeWeb	Références consultables dans la base de jurisprudence des décisions et avis contentieux du Conseil d'État et des cours administratives d'appel (décisions, analyses et avis ayant été retenus pour leur apport à la jurisprudence, sélection de conclusions de rapporteurs publics). <http://www.conseil-etat.fr/fr/base-de-jurisprudence/>

Table des matières

■ Sommaire 3

■ Avant-propos 5

■ Synthèse 7

■ Introduction 19

■ Première partie – **PRENDRE ACTE DE L'OMNIPRÉSENCE DU DROIT SOUPLE** 23

1.1. Le droit souple, un phénomène très présent 23
- 1.1.1. Les relations internationales : un milieu propice à l'émergence du droit souple en raison de la faiblesse historique du droit dur 23
- 1.1.2. Au sein de l'Union européenne : le droit souple comme méthode de gouvernance 28
- 1.1.3. Dans l'ordre interne : un instrument des mutations de l'État 32
- 1.1.4. Le droit souple émanant des entreprises : la référence préférée à la contrainte 40

1.2. Un phénomène qui suscite des réactions contrastées 47
- 1.2.1. La critique d'une dégradation du droit et d'un contournement des processus démocratiques 47
- 1.2.2. Un phénomène théorisé et valorisé par la doctrine 52

1.3. Définir le droit souple : un droit qui n'emporte pas d'obligations par lui-même 56
- 1.3.1. Admettre que le droit souple fait partie du droit 56
- 1.3.2. Clarifier le champ du droit souple 57
- 1.3.3. La définition du droit souple 61
- 1.3.4 Le droit souple s'inscrit dans une échelle de « normativité graduée » 65

1.4. Le droit souple est imbriqué avec le droit dur bien plus qu'il ne lui est opposé 72
- 1.4.1. Le droit dur peut prévoir l'existence du droit souple et être avec lui dans un rapport de délégation 72
- 1.4.2. Le droit souple peut se transformer en droit dur 73

1.5. Le droit souple est appréhendé par le juge 74
- 1.5.1. La jurisprudence administrative 74
- 1.5.2. La jurisprudence judiciaire 78
- 1.5.3. La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne 80
- 1.5.4. La jurisprudence de la CEDH 83

■ Deuxième partie – **DES FONCTIONS UTILES, UNE EFFICACITÉ CONDITIONNELLE, DES RISQUES RÉELS** 85

2.1. Des fonctions qui attestent de l'utilité du droit souple 86
- 2.1.1. Se substituer au droit dur lorsque le recours à celui-ci n'est pas envisageable 86
- 2.1.2. Préparer le recours au droit dur, notamment face à des phénomènes émergents 91
- 2.1.3. Accompagner la mise en œuvre du droit dur 97
- 2.1.4. Offrir une alternative pérenne au droit dur 100

2.2. Une effectivité conditionnelle 104
– 2.2.1. Les conditions d'une dynamique d'adhésion au droit souple 104
– 2.2.2. Les facteurs fragilisant l'effectivité du droit souple 111
2.3. Des risques réels quant à la légitimité et la sécurité juridique 116
– 2.3.1. Une légitimité conditionnée par la compétence de l'auteur 116
– 2.3.2. Une légitimité liée aux conditions d'élaboration 121
– 2.3.3. Une fréquente sous-estimation des risques d'insécurité juridique et des coûts 125
– 2.3.4. La nécessité pour les pouvoirs publics de prévenir les risques d'illégitimité et d'insécurité juridique 130

■ Troisième partie – **DÉFINIR UNE DOCTRINE DE RECOURS ET D'EMPLOI DU DROIT SOUPLE** 133
3.1. Définir les critères de recours au droit souple 136
– a) Le test d'utilité 136
– b) Le test d'effectivité 137
– c) Le test de légitimité 138
3.2. Développer de nouveaux usages du droit souple par les pouvoirs publics 139
– 3.2.1. Promouvoir un renouveau des directives au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France* 139
– 3.2.2. Favoriser la substitution du droit souple aux dispositions réglementaires inutilement détaillées 150
– 3.2.3. Alléger la réglementation s'imposant aux collectivités territoriales en y substituant des recommandations de bonnes pratiques élaborées avec elles ou par elles 153
– 3.2.4. Rationaliser le recours aux schémas et documents de programmation 155
3.3. Définir les conditions d'élaboration et d'utilisation du droit souple par les pouvoirs publics 157
– 3.3.1. Élaborer le droit souple en assurant la transparence et la bonne implication des parties prenantes 157
– 3.3.2. Clarifier les règles de compétence et appliquer des principes de rédaction protecteurs de la sécurité juridique 161
– 3.3.3. Assurer la mise en œuvre de la doctrine de recours et d'emploi du droit souple par les pouvoirs publics 171
3.4. Poursuivre la construction d'une jurisprudence adaptée au contrôle du droit souple public 174
– La question de la recevabilité des recours 174
– La question de l'invocabilité 177
– La question de la prise en compte du droit souple dans la motivation des décisions juridictionnelles 177
3.5. Adopter une posture de veille et d'influence à l'égard du droit souple des acteurs privés 178
– 3.5.1. Promouvoir de bonnes pratiques d'autorégulation et de corégulation 178
– 3.5.2. Organiser une veille stratégique des pouvoirs publics 184
– 3.5.3. Déployer une influence sur le contenu du droit souple au niveau international 185

■ Conclusion 189

■ Propositions 193

■ Annexes 199
Annexe 1 – Liste des personnes auditionnées 201
Annexe 2 – Le champ lexical du droit souple : un échantillon de termes rencontrés dans plusieurs domaines d'activité 205
Annexe 3 – Éléments de droit comparé : la *soft law* et son utilisation dans les pays de *common law* 211
Annexe 4 – Éléments de droit comparé : la *soft law* et son utilisation en droit comparé romano-germanique 223

■ Contributions 237
Le droit souple vu de la CNIL : un droit relais nécessaire à la crédibilité de la régulation des données personnelles 239
Saisir le droit souple par sa définition ou par ses effets 247
Entre droit souple et droit dur: les « Principes » en droit des contrats internationaux 257
L'utilisation des normes volontaires dans la réglementation 275

■ Liste des abréviations et des acronymes 291