



DOSSIER DE PRESSE

Étude annuelle 2013

« Le droit souple »

Le résumé

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 1^{ère} partie décrit le développement du phénomène et propose une définition du droit souple. La 2^{ème} partie prend position sur les conditions de son utilité, de son efficacité et de sa légitimité. La 3^{ème} 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 défailante 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.