



DOSSIER DE PRESSE

Étude annuelle 2013

« Le droit souple »

16 questions / 16 réponses

Sommaire

1- Pourquoi le Conseil d'État a-t-il retenu le thème du « droit souple » pour son étude annuelle 2013 ?	3
2- Quelle définition le Conseil d'État donne-t-il du droit souple ?	5
3- En quoi et pourquoi le droit souple fait-il partie du droit ?	7
4- Quelle place le droit de l'Union européenne fait-il au droit souple ?	8
5- Qu'entend le Conseil d'État par « échelle de normativité graduée » ? Comment le droit souple s'insère-t-il dans cette échelle ?	9
6- Quelles sont les fonctions du droit souple ?	11
7- Quelles sont les conditions de l'efficacité du droit souple ?	12
8- Quels sont les risques inhérents au droit souple ?	13
9- Pourquoi faut-il élaborer une doctrine de recours et d'emploi du droit souple ?	15
10- Quels sont les critères du recours et de l'emploi du droit souple ?	17
11- Quels sont les nouveaux usages du droit souple pour les pouvoirs publics ?	19
12- Quelles sont les précautions pour l'élaboration et l'utilisation du droit souple par les pouvoirs publics ?	22
13- Quelle attitude adopter vis-à-vis des acteurs privés, émetteurs de droit souple ?	24
14- Pourquoi faire du droit souple une priorité dans le domaine de la politique extérieure de la France ?	26
15- Quels enseignements peut-on tirer des comparaisons internationales tirées des pays de la <i>common law</i> ?	28
16- Quels enseignements peut-on tirer des comparaisons internationales tirées des pays de droit romano-germanique ?	29

1- Pourquoi le Conseil d'État a-t-il retenu le thème du « droit souple » pour son étude annuelle 2013 ?

A première vue, le choix du Conseil d'Etat pour l'étude annuelle 2013 peut apparaître surprenant. En effet, le « droit souple », souvent qualifié de manière péjorative de « droit mou », est souvent considéré comme dépourvu de force normative et ne pouvant être invoqué devant le juge. On peut donc se demander dans quelle mesure le droit souple peut intéresser le Conseil d'Etat, conseiller du Gouvernement et du Parlement, et juge de ce qui serait les seuls « vrais » actes de l'administration.

Cette lecture de l'ordonnancement juridique apparaît à tout le moins datée, sinon simplement erronée. On constate à côté des sources traditionnelles du droit (lois, décrets, contrats, conventions internationales, etc.) le développement croissant d'autres instruments, qui ont en commun de ne pas obliger leurs destinataires mais contribuent à orienter les comportements. Émanant de personnes publiques ou privées, difficiles à cerner et à systématiser, ces instruments se présentent sous des appellations variées : recommandations, normes techniques, référentiels de bonnes pratiques, contrats-types, chartes, codes de bonne conduite ou encore lignes directrices. Ils se développent aussi bien dans les relations internationales que dans le fonctionnement de l'Union européenne, l'action des pouvoirs publics nationaux et la vie des entreprises.

En publiant cette étude, le Conseil d'Etat 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. Il convient aujourd'hui de prendre acte de l'omniprésence du droit souple. Afin de mieux cerner un phénomène difficile à systématiser, l'étude en donne notamment une définition. A cet égard, on notera que le Conseil d'État prend une position quelque peu différente de celle qu'il avait prise en 1991 et en 2006 sur ce qu'il avait alors qualifié de « droit mou ».

L'étude vise en second lieu à donner aux pouvoirs publics une doctrine d'emploi du droit souple. Bien utilisé, le droit souple peut 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 juridiques différents des instruments purement prescriptifs que doivent rester les lois et les règlements, et élargit ainsi la gamme de leurs moyens d'action. L'étude propose une grille de critères permettant d'évaluer l'utilité, l'effectivité et la légitimité du droit souple lorsque son usage est envisagé dans un domaine particulier.

Le postulat qui sous-tend l'étude du Conseil d'Etat n'est aucunement celui d'une dévalorisation des sources traditionnelles du droit, ni un renoncement aux objectifs, énoncés dans les rapports publics de 1991 et de 2006 du Conseil d'Etat, de la préservation de la normativité de la loi et d'amélioration de la qualité du droit. La conviction du Conseil d'Etat est qu'une complémentarité organisée entre droit souple et droit dur permettra au contraire de renforcer la qualité de ce dernier.

2- Quelle définition le Conseil d'État donne-t-il du droit souple ?

Le Conseil d'Etat 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 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.

Ce premier critère du droit souple, qui tient donc à son objet, 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 est l'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.

Ce deuxième critère marque donc 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 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.

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 publique ou encore les messages de santé publique.

Ce critère est celui du degré de structuration et de formalisation. Il distingue le droit souple du non-droit. Un message de santé publique, ou les campagnes de communication qui l'accompagnent, n'appartiennent pas au droit souple mais au non-droit ; en revanche, un programme national définissant une série d'objectifs et d'actions destinées à 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.

3- En quoi et pourquoi le droit souple fait-il partie du droit ?

Parler de droit souple, c'est admettre qu'il s'agit de droit. Cette affirmation a pu être contestée, par exemple par le professeur Prosper Weil, qui écrivait en 1982 que « la *soft law* n'est pas *law* du tout ».

Trois raisons, plaident cependant pour apporter une réponse positive à cette question. Tout d'abord, il y a une identité de fonctions entre le droit dur et le droit souple. Tous deux ont pour objet d'influencer le comportement de leurs destinataires ; cette fonction peut, à la suite de plusieurs auteurs, être qualifiée de normatrice.

Le second motif justifiant l'inclusion du droit souple dans le droit 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 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. 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'Etat, 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. A l'inverse, considérer que le droit souple n'est pas du droit conduit inmanquablement à accorder une moindre importance à ces préoccupations dans l'élaboration de la norme. L'enjeu n'est donc pas que sémantique.

4- Quelle place le droit de l'Union européenne fait-il au droit souple ?

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'Union européenne dispose, en vertu de ses traités constitutifs, d'une capacité de production de droit dérivé s'imposant aux Etats 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'action 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 puis de l'Union européenne. Cela s'illustre par exemple à travers le développement important des « accords précoces » entre le Parlement européen et le Conseil sur les propositions de règlement et de directive.

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, à travers les directives dites « nouvelle approche ». Il a accompagné l'extension des compétences de l'Union européenne à de nouveaux domaines, tels que la coordination des politiques économiques et sociales. La nouvelle gouvernance économique mise en place au cours des dernières années pour faire face à la crise repose de manière importante sur le droit souple, notamment à travers des recommandations adressées aux Etats membres.

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 de l'inflation normative et la volonté des Etats 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. 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 de la « nouvelle approche »). 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 du droit dur.

5- Qu'entend le Conseil d'État par « échelle de normativité graduée » ? Comment le droit souple s'insère-t-il dans cette échelle ?

Certaines règles de droit, sans relever du droit souple *stricto sensu* tel qu'il est défini par l'étude (cf. question n° 2), créent des obligations définies en termes lâches et ménagent en pratique une certaine souplesse d'application à ceux qui y sont assujettis. Ces règles s'inscrivent dans une « échelle de normativité graduée » entre le droit souple et le droit dur.

L'existence de cette normativité graduée montre qu'il existe entre le droit dur et le droit souple un *continuum*. La distinction 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 « *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 ».

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.

Échelle de normativité graduée : du droit souple au droit dur

A. DROIT SOUPLE <i>ne crée pas directement d'obligation</i>	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**
*créé des obligations
d'une portée
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
*créé des obligations
de conformité*

Instruments de droit souple auxquels le droit dur confère une portée obligatoire

Droit dur traditionnel

6- Quelles sont les fonctions du droit souple ?

Quatre grandes fonctions différentes mais non exclusives l'une de l'autre peuvent être distinguées :

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 (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, telles celles conclues entre l'État et l'Assemblée des départements de France), soit en raison des caractéristiques de la société internationale (recours à des accords internationaux de droit souple lorsque les États ne veulent pas s'engager de manière contraignante).

Le droit souple permet d'appréhender les phénomènes émergents qui se multiplient dans le monde contemporain, soit en raison d'évolutions technologiques, soit en raison 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 (prévention des conflits d'intérêts, chartes de déontologie). L'étude analyse ainsi les exemples d'internet et de la régulation des nouvelles formes de rassemblements festifs.

Le droit souple peut accompagner la mise en œuvre du droit dur, soit à travers les administrations (chartes du patient hospitalisé, laïcité dans les services publics), soit par les entreprises (démarches dites de conformité, souvent encouragées par les autorités administratives indépendantes).

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 des 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.

7- Quelles sont les conditions de l'efficacité du droit souple ?

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 recèle un risque de sanction ou acquiert un caractère de standard.

Si le droit souple ne peut être sanctionné directement, 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, désaffectation des investisseurs, réprobation des pairs). Son effectivité est alors considérablement renforcée par un effet qu'on pourrait qualifier d' « ombre portée » de la sanction. Ainsi, les recommandations des autorités administratives indépendantes sont d'autant plus suivies par leurs destinataires que ces autorités sont dotées par ailleurs de pouvoirs de sanctions.

Un standard est fortement utilisé parce qu'il facilite les échanges entre les acteurs. Les normes techniques illustrent par excellence cette configuration : la standardisation donne confiance aux consommateurs, 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, 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'atteinte à sa mise en œuvre et à son évaluation est insuffisante. Les recommandations de la Haute autorité de santé, dont la 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 est limitée par la difficulté d'évaluer leur mise en œuvre et de comparer les résultats des entreprises entre elles.

8- Quels sont les risques inhérents au droit souple ?

Il existe des risques réels quant à la légitimité et la sécurité juridique.

Il convient d'abord de veiller à ce que les acteurs du droit souple ne sortent pas de leur domaine de compétence. La légitimité dépend aussi des conditions d'élaboration, qui doivent 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 ou 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 des personnes tierces. Les problèmes posés par l'autorégulation des activités financières, en raison des conséquences de ces dernières 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 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. 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). S'agissant des normes techniques, le principe d'implication des parties prenantes 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 financiers (tarifs de participation aux commissions de normalisation...).

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

9- Pourquoi faut-il élaborer une doctrine de recours et d'emploi du droit souple ?

Le droit souple est parfois perçu comme un indicateur de la dégradation de la norme et, de fait, de l'affaiblissement de l'Etat de droit. Or, à condition de construire une doctrine claire d'emploi et de recours au droit souple, ce dernier peut se révéler être un instrument de renouvellement du droit et plus globalement de l'action publique.

Poser la question de la pertinence de l'élaboration d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple, c'est s'interroger sur son utilité et ses perspectives.

En effet, la définition d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple suppose la recherche d'alternatives à la réglementation, comme énoncée par la loi organique du 15 avril 2009. Cependant, en dépit de son article 8 disposant que les études d'impact des projets de loi « *recensent les options en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles* », les alternatives à la réglementation sont trop peu souvent envisagées. Entre l'adoption de nouvelles réglementations issues du droit dur et l'inaction, il existe en France un vaste espace où le droit souple pourrait s'implanter afin de donner une nouvelle dimension à l'action publique. La définition d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple est donc nécessaire pour aider et accompagner les pouvoirs publics à prendre conscience du potentiel du droit souple.

Par ailleurs, si l'élaboration d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple peut permettre aux pouvoirs publics de sortir du schéma binaire réglementation stricte / inaction, une autre utilité à considérer est celle de son effectivité. Face à la multiplication de normes réglementaires et législatives souvent trop compliquées et parfois contradictoires, le recours au droit souple présente l'avantage d'être flexible et adaptable au cours du temps et selon les situations. L'action publique gagnerait alors en efficacité et lisibilité.

Face à ces différentes et prometteuses perspectives du droit souple, il est essentiel de rappeler que sa bonne utilisation ne se fera qu'au moyen d'une doctrine de recours et d'emploi adaptée et bien construite. Proposer une doctrine du droit souple, ce n'est en rien promouvoir son développement irréfléchi. Au contraire, c'est mettre en place des instruments, des garde-fous pour l'éviter. Il s'agit donc de bien définir les tenants et les aboutissants du droit souple. En effet, alors que le droit dur a une fonction de propre de commandement afin de permettre, de défendre ou d'ordonner, le droit souple a quant à lui une fonction d'inspiration et d'orientation. La doctrine de recours et d'emploi du droit souple n'aurait donc pour objet de reléguer le droit dur au rang de technique juridique

désuète mais bien de clarifier les différents champs et circonstances d'utilisation du droit souple.

10- Quels sont les critères du recours et de l'emploi du droit souple ?

La définition des critères de recours au droit souple s'élabore à travers l'analyse de son utilité, de son effectivité et de sa légitimité. Ces trois critères sont cumulatifs et doivent donc tous avoir une réponse positive pour justifier l'emploi du droit souple.

- Le test d'utilité :

Le droit souple est reconnu utile s'il remplit au moins l'une des quatre fonctions suivantes.

- La fonction de substitut au droit dur :
Lorsque le recours au droit dur apparaît juridiquement impossible ou bien lorsque, sur la scène internationale, l'assentiment des autres acteurs fait défaut, le droit souple est légitimement employé comme un substitut au droit dur.
- La fonction de préparation au droit dur :
Le droit souple peut anticiper les difficultés rencontrées par le droit dur afin de permettre une meilleure élaboration du droit dur.
- La fonction d'accompagnement du droit dur dans sa mise en place :
En jouant un rôle pédagogique auprès des acteurs concernés et en orientant l'action des échelons déconcentrés tout en laissant un pouvoir de décision, le droit souple est utilisée comme instrument d'accompagnement du droit dur.
- La fonction d'alternative pérenne au droit dur :
Le droit souple peut enfin être envisagé comme un instrument durable de régulation d'un domaine d'activité. Cependant, il est nécessaire de souligner que cette dernière fonction présente plus de difficultés que les précédentes dans le sens où il n'existe pas de critères généraux et objectifs permettant de déterminer dans quels cas le droit souple devrait être une alternative pérenne au droit dur.

- Le test d'effectivité :

Une fois le test de l'utilité passé avec succès, le droit souple doit se confronter au test d'effectivité. Ce test mesure de manière pragmatique l'effectivité potentielle du droit souple comparée à celle du droit dur. Pour mener à bien ce test, plusieurs critères sont à prendre en compte :

- La probabilité d'une dynamique d'adhésion au droit souple par les acteurs concernés :

La propension de la norme de droit souple à devenir une norme standard, la légitimité des acteurs concernés, la transparence de la procédure d'élaboration de la norme sont autant de paramètres à prendre en considération pour mesurer son effectivité.

- L'existence de fortes oppositions parmi les destinataires :
En raison d'intérêts contraires, souvent de nature financière, de la part des destinataires de la norme, son effectivité peut être réduite.
- L'évaluation de ses résultats, lorsque le droit souple a préalablement été utilisé dans le domaine concerné.
- La difficulté d'assurer le contrôle du respect d'une règle de droit dur.
Il s'agit de se demander si les contrôles sont en pratique possibles et efficaces pour la norme souple envisagée.

- Le test de légitimité :

Pour conduire le test de légitimité, il convient de vérifier:

- Le caractère auxiliaire du droit souple par rapport au droit dur en matière de libertés fondamentales ;
- La compétence dans le domaine concerné des personnes publiques édictant des normes de droit souples ;
- L'absence d'influence excessive sur la situation de tiers lorsque les normes de droit souple sont édictées par des personnes privées.

11- Quels sont les nouveaux usages du droit souple pour les pouvoirs publics ?

L'application des trois critères précédemment explicités (utilité, efficacité, légitimité) permet de dégager les nouveaux usages par les pouvoirs publics qu'il serait opportun de développer.

- Un renouveau des lignes directrices (« directives » au sens de la jurisprudence *Crédit foncier de France*, 1970).

La décision *Crédit foncier de France* rendue par le Conseil d'Etat le 11 décembre 1970 a défini un nouveau type d'acte administratif, la directive, qui permet à une autorité administrative dotée d'un pouvoir de décision individuelle de définir les critères de son appréciation. A la différence d'un acte réglementaire, la directive ne la lie pas mais l'administration ne peut s'en écarter qu'en raison de circonstances particulières ou d'un motif d'intérêt général.

L'instrument de la directive demeure méconnu. Pourtant, une enquête réalisée auprès des administrations avec le concours du secrétariat général du gouvernement (SGG) a montré que celles-ci y avaient fréquemment recours, « à la manière de Monsieur Jourdain ». Il apparaît que les directives répondent à un besoin réel et croissant, qui est 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. Parce que le terme de « directive » est aujourd'hui source de confusion avec le droit de l'Union européenne, il est par ailleurs proposé de le remplacer par celui de « lignes directrices ».

Le recours aux lignes directrices devrait ainsi être développé au service de quatre fonctions :

- L'attribution des aides publiques en matière économique, environnementale et sociale :

La définition de critères de décision et de priorités d'action est l'objet même des lignes directrices. Alors que le but d'une règle de droit être qu'elle soit appliquée dans 100 % des cas, celui des lignes directrices est qu'elle soit suivie dans la très grande majorité des cas mais exceptionnellement écartée si besoin. Une telle fonction d'appréciation du besoin de contourner la règle souple peut s'avérer utile, notamment dans les domaines de l'économie (eg. aides accordées par la banque publique d'investissement), du social (eg. subventions aux opérateurs associatifs) et de l'environnement (eg. aides à l'adaptation aux logements attribuées par l'ANAH).

- L'orientation des échelons déconcentrés disposant d'un pouvoir d'appréciation :

Les lignes directrices sont un instrument approprié pour accompagner une déconcentration réelle, donnant une certaine liberté d'appréciation et de décision aux échelons déconcentrés tout en maintenant une politique nationale. A titre d'exemples, cette utilisation du droit souple serait pertinente dans le pilotage des agences régionales de santé (ARS), le contrôle des licenciements collectifs ou encore en matière de régularisation des étrangers.

- L'accompagnement d'un pouvoir de dérogation ou d'adaptation à la règle de droit :
Si les lignes directrices ne peuvent complètement se substituer à l'action et au contrôle du législateur en matière de dérogation à la règle de droit, qui résultent d'exigences constitutionnelles, elles peuvent en revanche utilement les compléter. Il est possible par la voie du droit souple de donner des lignes directrices générales aux préfets ou aux autorités chargées de décider d'une dérogation, afin de renforcer l'équité nationale de sa mise en œuvre.
- La définition d'orientations en matière de gestion des agents publics :
L'étude recommande de consacrer, par une évolution de la jurisprudence ou par l'adoption d'une disposition législative, la possibilité pour les chefs de service de définir par des lignes directrices leurs orientations générales en matière de gestion des agents publics.

- La substitution du droit souple aux dispositions réglementaires inutilement détaillées.

Le recours au droit souple se présente ici comme un moyen efficace de lutter contre l'inflation normative.

La limitation des textes réglementaires et le développement du droit souple permettraient d'accroître la stabilité des normes existantes tout en favorisant l'innovation. En effet, il n'existe pas toujours une seule manière de satisfaire à une obligation, et le pouvoir réglementaire peut ne pas avoir envisagé tous les cas de figure possibles. Le renvoi à des instruments de droit souple, plus pédagogiques, peut, en ce sens, favoriser une meilleure appropriation du droit par les acteurs concernés.

- La mise en place de « recommandations de bonnes pratiques » pour les collectivités territoriales :

L'encadrement par des normes de droit dur des compétences décentralisées est généralement mal accepté par les collectivités territoriales. De plus, il existe un réel déficit en termes d'identification, d'évaluation et de diffusion de bonnes pratiques dans les domaines de politiques publiques décentralisées.

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.

- La rationalisation du recours aux schémas et documents de programmation :

Il apparaît souhaitable de stopper la multiplication des schémas sectoriels. En effet, cette multiplication fait perdre de vue la vocation première des documents de programmation qui est d'assurer sur un territoire la synthèse de différentes préoccupations.

Une démarche de rationalisation pousserait les acteurs publics à s'interroger sur la valeur ajoutée de chaque schéma et d'en tirer les conséquences en termes de regroupement de certains d'entre eux ou de suppression. Le pragmatisme devrait ici prévaloir et se traduire par un bilan des coûts et des avantages de chaque schéma.

12- Quelles sont les précautions pour l'élaboration et l'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 et son écriture. A ce titre, le développement du droit souple doit suivre les principes suivants :

- Un mode d'élaboration assurant la transparence et la bonne implication des parties prenantes :

L'effectivité du droit souple dépend de l'adhésion de ses destinataires. Un défaut de transparence ou d'implication de l'un des acteurs concernés est de nature à fragiliser la norme envisagée.

Par conséquent, les principes de « bonne administration » que le Conseil d'Etat avait déjà dégagés dans son rapport annuel de 2011 *Consulter autrement, participer effectivement*, trouvent ici leur application directe. Il s'agit notamment des principes d'accessibilité aux informations utiles à la concertation, de la loyauté de la concertation, de l'existence de délais raisonnables pour présenter des observations ou encore de la diffusion d'une information sur les suites de la concertation.

- La rigoureuse application des règles de compétence et de rédaction protectrices de la sécurité juridique :

La légitimité du droit souple émanant des autorités publiques est conditionnée par la compétence de ces dernières dans le domaine concerné. Or, à ce jour, il n'y a eu aucune décision contentieuse d'annulation d'un instrument de droit souple pour incompétence. Cependant, ce cas de figure est parfaitement envisageable et il donc nécessaire que les règles de compétences en matière d'élaboration d'instruments de droit souple soient clairement énoncées et appliquées.

Enfin, certaines règles de rédaction du droit souple doivent être observées. Il s'agit pour l'essentiel de règles de codification et de clarification. A titre d'exemples, les principes suivants pourraient être dégagés :

- Les termes de « recommandation », de « charte » ou de « bonnes pratiques » devraient être réservés aux instruments de droit souple ne créant pas d'obligation pour leurs destinataires ;
- Le terme de « règles de bonnes pratiques » devrait être utilisé lorsque la norme est contraignante afin de la distinguer des « recommandations de bonnes pratiques » ;

- En matière de déontologie, le terme de « code de déontologie » devrait être préféré lorsqu'il induit des obligations, au contraire du terme de « charte de déontologie ».

- La bonne mise en œuvre de la doctrine de recours et d'emploi du droit souple par les pouvoirs publics :

La notion de « qualité du droit » a émergé en réaction aux constats sur l'inflation et la dégradation de la norme. Diverses mesures ont alors posé les jalons de cette politique de qualité du droit, telles que l'obligation d'étude d'impact préalable pour les projets de loi ou encore la création dans chaque ministère de hauts fonctionnaires chargés de la qualité de la réglementation.

L'adoption d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple est de nature à étoffer cette politique de qualité du droit et à lui faire franchir une nouvelle étape. Elle élargirait la gamme de moyens d'action et inciterait, de fait, les pouvoirs publics à porter une plus grande attention au choix de l'instrument d'élaboration de la norme.

Afin d'assurer la bonne mise en œuvre de la doctrine de recours et d'emploi du droit souple, une circulaire du Premier ministre permettrait de poser les grands principes de cette doctrine. Par ailleurs, si l'impulsion du Premier ministre est nécessaire pour énoncer la doctrine, sa pérennité dépend de la volonté d'évolution culturelle des administrations, notamment centrales, très marquées par le droit dur.

13- Quelle attitude adopter vis-à-vis des acteurs privés, émetteurs de droit souple ?

Les acteurs privés accueillent et utilisent le droit souple. Celui-ci est souvent privilégié, pour des motifs à la fois économiques et juridiques. 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.

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 le plus tôt possible, 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 oeuvre ces exigences de transparence et d'implication des parties prenantes dans trois domaines du droit souple privé : démarches de responsabilité sociale des entreprises (RSE), code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, l'implication des parties prenantes dans l'élaboration des normes techniques.

L'objet de ces propositions n'est pas de contraindre les acteurs privés mais d'assurer, sous l'égide des pouvoirs publics, une utilisation raisonnée du droit souple, favorisant la performance économique et la protection des consommateurs et des utilisateurs. La veille stratégique s'insère dans cette logique et 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).

14- Pourquoi faire du droit souple une priorité dans le domaine de la politique extérieure de la France ?

L'influence française en matière de droit souple international doit être un outil du « soft power ». Deux types d'enjeux apparaissent comme particulièrement cruciaux : 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.

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 :

- 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.
- La définition de principes nouveaux en matière de fiscalité des entreprises multinationales.
- 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 ; 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.
- 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*.

- Les normes de RSE peuvent concourir aux objectifs poursuivis par la France de standards sociaux et environnementaux plus élevés dans la mondialisation.
- 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, voire à moyen terme dans le cadre d'une évolution de ce règlement.

15- Quels enseignements peut-on tirer des comparaisons internationales tirées des pays de la *common law* ?

Une idée communément partagée est que le droit souple serait inhérent à la *common law* et comme secrété 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.

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. 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* que dans la tradition civiliste.

Prise dans sa conception plus large, 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 manoeuvre. 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.

16- Quels enseignements peut-on tirer des comparaisons internationales tirées des pays de droit romano-germanique ?

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, par les pouvoirs publics et les acteurs privés. 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.

Les exemples de droit comparé montrent la manière dont les juridictions nationales appréhendent les instruments de droit souple. Ils sont puisés dans le droit international public notamment la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les droits des réfugiés, les recommandations du *Codex alimentarius*, les « *memorandums of understanding* », et les commentaires des modèles OCDE en matière fiscale.

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, d'instruments de planification, de lignes directrices, recommandations et circulaires diverses. 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.

Enfin, le droit comparé témoigne du recours au droit souple dans le secteur privé, à travers de multiples instruments tels que les codes de conduite dans le cadre du droit du travail, ou les codes déontologiques des ordres professionnels.