



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.



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

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.



DOSSIER DE PRESSE

Étude annuelle 2013

« *Le droit souple* »

7 fiches thématiques

sur l'utilisation du droit souple dans 7 domaines significatifs

La gouvernance d'Internet.....	2
La nouvelle gouvernance économique de l'Union européenne	3
Les recommandations de bonnes pratiques médicales	4
Le droit souple et les collectivités territoriales	5
La Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE).....	7
Le code de gouvernement d'entreprise AFEP-MEDEF	8
Les contrats-types en matière de produits financiers dérivés	9

1- La gouvernance d'Internet

I. Qu'est-ce que le droit souple dans ce domaine ?

La gouvernance d'Internet est un système complexe dans lequel le droit souple joue un rôle prédominant. 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 domaine, assurée par l'ICANN en lien avec le département du commerce des États-Unis ; la définition des standards techniques, assurée notamment par un consortium d'organismes de recherche, le WorldWideWeb Consortium (3WC) ; la prise en compte des enjeux politiques et sociétaux, pour laquelle œuvre une association de droit américain, l'Internet Society, qui représente les différentes catégories d'utilisateurs.

II. Pourquoi le droit souple s'est-il développé dans ce domaine ?

Les réticences envers la régulation étatique sont fortement enracinées chez les acteurs de l'internet : ceux-ci insistent sur le fait qu'internet s'est développé sans cadre réglementaire international et que la mise en place de règles contraignantes pourrait entraver le mouvement d'innovation qui le caractérise. De leur côté, les États-Unis ne souhaitent pas remettre en cause leur prééminence dans la régulation d'internet par la mise en place d'un véritable système multilatéral.

Le droit souple présente par ailleurs l'avantage, dans un domaine qui connaît des mutations incessantes, d'une plus grande adaptabilité que le droit dur. Ainsi, concernant le sujet complexe de la neutralité du net, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a pu en 2010 adopter des recommandations, dans l'optique de mieux comprendre le fonctionnement des marchés entre les opérateurs de réseaux et de faire évoluer progressivement leur comportement. Le recours au droit souple a sans doute constitué une voie médiane entre l'inaction des pouvoirs publics et une intervention législative prématurée, dont les conséquences n'auraient pas été suffisamment pesées qui peut être difficilement réversible.

III. Les débats suscités

L'absence d'une régulation multilatérale classique continue de faire débat. La conférence de Dubaï de l'Union internationale des télécommunications (UIT), tenue en décembre de 2012, a vu l'échec du projet consistant à donner à cette organisation intergouvernementale des compétences de régulation d'internet. Les États-Unis, mais aussi les États membres de l'Union européenne, s'y sont opposés, en raison de craintes quant aux risques que l'implication d'États non démocratiques aurait fait peser pour la liberté d'expression sur le net.

2- La nouvelle gouvernance économique de l'Union européenne

I. Qu'est-ce que le droit souple dans ce domaine ?

L'Union européenne utilise le droit souple depuis les années 1990 pour coordonner de manière non contraignante les politiques économiques et sociales de ses membres. La « stratégie de Lisbonne » adoptée en 2000 avait notamment défini une « méthode ouverte de coordination » (MOC) consistant à définir des objectifs et des principes d'action communs et à demander aux États de rendre compte chaque année de leur mise en œuvre, la Commission européenne assurant la supervision du processus.

La crise économique et financière que connaît l'Europe depuis 2008 a conduit l'Union à renforcer la coordination des politiques économiques de ses membres. Leur supervision est désormais intégrée à celle des politiques budgétaires dans le cadre d'un processus dénommé le « semestre européen ». Les États doivent transmettre avant le mois d'avril un programme national de réforme décrivant les politiques économiques et sociales destinées à renforcer leur compétitivité. La Commission les évalue et propose au Conseil des recommandations détaillées à l'intention de chaque pays.

II. Pourquoi le droit souple s'est-il développé dans ce domaine ?

Dans le cadre d'une Union européenne qui compte désormais 28 membres, aux systèmes sociaux très différents, il est difficile de dégager une majorité qualifiée en faveur d'une harmonisation législative. Le droit souple apparaît comme un moyen efficace de dégager un consensus sur les politiques économiques et sociales souhaitables et d'obtenir leur rapprochement. Mis en place à partir de 2011, le « semestre européen » a manifestement renforcé la portée de ce droit souple, dont la visibilité médiatique est aujourd'hui plus forte. Le caractère plus structuré du processus, son imbrication avec l'évaluation des politiques budgétaires et le contexte de la crise y ont sans doute concouru.

III. Les débats suscités

Le développement de ce droit souple influe sur la pose d'un problème d'implication des parlements : alors que le Parlement européen est codécideur avec le Conseil lorsqu'il s'agit de produire du droit dur, son rôle dans le cadre du semestre européen n'est que consultatif. Les réflexions pour renforcer « l'ancrage démocratique » du semestre européen sont un pan des discussions sur l'avenir de l'Union économique et monétaire. Concernant l'implication du Parlement français, le Conseil d'État propose dans l'étude annuelle qu'il puisse se prononcer en amont de l'élaboration du programme français destiné à être envoyé à la Commission, par exemple en anticipant le débat d'orientation des finances publiques qui pourrait se tenir au premier trimestre au lieu du mois de juillet.

Le caractère très détaillé des recommandations aux États fait également débat. Ainsi, la recommandation adressée en 2013 à la France donne des indications précises concernant la réforme des retraites, qui devrait selon elle privilégier l'adaptation des règles de revalorisation des pensions, l'allongement de la durée de cotisation ou un nouveau recul de l'âge légal plutôt que d'augmenter les cotisations sociales.

3- Les recommandations de bonnes pratiques médicales

I. Qu'est-ce que le droit souple dans ce domaine ?

Les recommandations de bonnes pratiques médicales (RBP) sont apparues en France dans les années 1990, dans le cadre du mouvement en faveur d'une « médecine basée sur les preuves » (evidence-based medicine). Créée par la loi du 13 août 2004 relative à l'assurance-maladie, la Haute autorité de santé (HAS), qui est une autorité publique indépendante, est le principal organisme public chargé d'élaborer des RBP. D'autres organismes publics, comme l'Agence nationale de sécurité du médicament et des produits de santé (ANSM), ainsi que les sociétés savantes élaborent de telles recommandations.

La HAS définit les RBP comme « *des propositions développées méthodiquement pour aider le praticien et le patient à rechercher les soins les plus appropriés dans des circonstances cliniques données* ». Elles sont destinées à donner aux médecins une synthèse des connaissances scientifiques sous une forme utilisable dans le cadre de leur activité.

II. Pourquoi le droit souple s'est-il développé dans ce domaine ?

L'utilisation du droit souple sous la forme de RBP médicales permet d'accompagner le médecin dans son obligation de se fonder sur « *les données acquises de la science* » (arrêt *Mercier* de 1936, Cour de cassation) tout en respectant sa liberté d'exercice. Dans le secteur médical, le professionnel de santé doit pouvoir s'écarter d'une recommandation lorsqu'il considère que la situation particulière du malade le justifie : le recours au droit souple apparaît dès lors plus approprié que le droit dur. En outre, la préoccupation de la « maîtrise médicalisée des dépenses de santé », apparue dans les années 1990, pousse à la standardisation des soins.

III. Les débats suscités

Si les enquêtes réalisées auprès des médecins montrent que les agences sanitaires sont perçues comme légitimes pour élaborer des RBP, leur effectivité fait parfois débat. En 2007, un rapport de l'Inspection générale des affaires sociales (IGAS)¹ avait estimé que les RBP, trop complexes, étaient peu adaptées à la pratique quotidienne des médecins.

Par ailleurs, à la suite de l'affaire du Mediator, les interrogations sur les liens d'intérêt que peuvent avoir les experts participant à l'élaboration des RBP se sont avivées. La loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé a renforcé les exigences de transparence et rendu obligatoire le respect d'une charte de déontologie de l'expertise sanitaire. De son côté, le Conseil d'État juge, depuis une décision *Formindep* du 27 avril 2011, que les RBP de la HAS peuvent être contestées devant le juge administratif, et ce en dépit de leur caractère non contraignant pour les médecins. Ceci permet notamment de contrôler le respect des obligations relatives à la publication des liens d'intérêt des experts.

¹ *L'information des médecins généralistes sur le médicament*, septembre 2007.

4- Le droit souple et les collectivités territoriales

I. Qu'est-ce que le droit souple dans ce domaine ?

Le droit souple est particulièrement présent dans les instruments de programmation nationaux ou territoriaux dans les domaines d'environnement, d'aménagement et de santé (schémas de cohérence territoriale, schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux, schémas régionaux d'organisation sanitaire). Ces instruments entraînent souvent une obligation de compatibilité plutôt que de conformité. Parfois même, ils se bornent à définir des objectifs (schémas régionaux de développement économique, schéma directeur d'aménagement numérique).

Par ailleurs, 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, leurs acteurs.

Le recours au droit souple peut également intervenir en matière de commande publique, le code des marchés publics (CMP) disposant 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.

II. Le développement du droit souple dans ce domaine

Le droit souple doit répondre aux préoccupations contemporaines de lutte contre l'inflation normative et de simplification. L'inflation normative est en effet dénoncée comme une charge mal supportée par les collectivités au moment où leurs ressources se réduisent. La profusion du « droit dur » est souvent perçue, par exemple, comme une entrave à la construction des logements ou à la réalisation des projets d'aménagement et d'équipement.

Le recours aux schémas et documents de programmation s'est manifestement développé ; cela s'explique par un besoin de coordination, lié à la plus grande complexité de la gouvernance des politiques 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. Toutefois, l'usage de schémas, qui semble avoir été longtemps consensuel, suscite aujourd'hui des réticences marquées.

III. Les propositions

Tout d'abord, il est nécessaire de **favoriser la substitution du droit souple aux dispositions réglementaires inutilement détaillées.**

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 les voies et moyens qu'elle propose, 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, 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.

Il convient donc également de **favoriser la rédaction de textes législatifs et réglementaires plus brefs** en renvoyant explicitement au droit souple, par exemple à des normes techniques, le soin d'assurer leur mise en œuvre. Cela a déjà été développé dans deux domaines : la réglementation des établissements et services sociaux et médico-sociaux, et les réglementations relatives aux usages des voies publiques.

Ensuite, il est nécessaire de **rationaliser le recours aux schémas et documents de programmation**. Pour ce faire, il faut appliquer aux catégories de schémas existantes et à tout projet de création d'une nouvelle catégorie un bilan coût-avantages, permettant de déterminer leur utilité, et abroger les schémas n'ayant pas fait la preuve de leur utilité. Cette démarche pourrait contribuer à retrouver la vocation première des schémas, qui est de procéder à une synthèse des différents objectifs, vocation quelque peu perdue du fait de la multiplication des schémas sectoriels.

Enfin, il faut **encourager, plutôt que l'édition des 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 ses compétences, selon des modalités qui garantissent l'implication des collectivités territoriales.

Le développement du droit souple dans les domaines de compétence des collectivités territoriales permettrait de remédier à un double problème. Tout d'abord, la définition des normes législatives ou réglementaires encadrant l'exercice des compétences décentralisées est aujourd'hui, en règle générale, mal acceptée par les collectivités. 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. 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.

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.

5- La Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE)

Quel est le droit souple en ce domaine

Les pratiques tendant à développer la responsabilité sociale et environnementale des entreprises émanent historiquement de certaines organisations internationales désireuses de réguler les entreprises multinationales ainsi que des grandes entreprises elles-mêmes. Les « Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales » adoptés en 1976, la « Déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale » adoptée par l'OIT en 1977 ou encore le « Pacte mondial » (Global Compact) des Nations Unies de 2000 ont contribué à l'édiction d'un droit souple international en matière de RSE.

On observe un net mouvement de sophistication des instruments de la RSE. 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 *Global Reporting Initiative* (GRI), ou la norme Iso 26000 adoptée en 2010, qui a vocation à s'appliquer à toutes les organisations publiques, commerciales ou à but non lucratif, et d'autre part parce qu'elle embrasse l'ensemble des aspects de la RSE.

Pourquoi s'est-il développé

C'est 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, relevant du secteur de l'habillement, étaient particulièrement vulnérables à une dégradation de leur image de marque. Les codes de conduite ont par la suite rapidement proliféré et la quasi-totalité des grandes entreprises mondiales en serait aujourd'hui dotée.

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 aussi 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

Débats suscités

De manière récurrente, la RSE est soupçonnée de ne servir qu'à promouvoir l'image des entreprises et de ne pas recouvrir d'engagement réel et mesurable. 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.

La proposition n° 20 de l'étude annuelle du Conseil d'État préconise de développer des démarches de RSE auditable et comparable, en privilégiant le recours à des standards internationaux communément acceptés ».

6- Le code de gouvernement d'entreprise AFEP-MEDEF

I. Qu'est-ce que le droit souple dans ce domaine ?

Le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées, élaboré par l'Association française des entreprises privées (AFEP) et le Mouvement des entreprises de France (MEDEF), définit des recommandations à l'attention des entreprises sur une série de sujets tels que la composition et le fonctionnement du comité d'administration, la place des administrateurs indépendants et la rémunération des dirigeants.

Le respect de ce code n'est pas une obligation pour les entreprises, mais en vertu d'une loi du 3 juillet 2008 – transposant une directive européenne du 14 juin 2006 –, une entreprise qui ne l'applique pas en tout ou partie est tenue de s'en expliquer : c'est le principe « appliquer ou s'expliquer », en anglais « comply or explain ».

II. Pourquoi le droit souple s'est-il développé dans ce domaine ?

L'apparition de codes de bonne conduite en matière de gouvernance des entreprises s'inscrit dans un mouvement de renforcement du contrôle exercé par les actionnaires, qui a débuté au cours des années 1980 dans les pays anglo-saxons. 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. C'est ce mouvement qui a conduit l'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, qui a depuis été actualisé et complété à plusieurs reprises.

III. Les débats suscités

Le code AFEP-MEDEF a longtemps prêté le flanc à la critique de par son mode d'élaboration, qui n'impliquait pas les représentants des parties prenantes autres que les entreprises (investisseurs, syndicats, pouvoirs publics). Pour la première fois, le code publié en juin 2013 a été précédé de consultations des parties prenantes. Le Conseil d'État a cependant préconisé dans son étude annuelle que ce processus soit rendu public.

L'autre débat porte sur l'effectivité du respect du code par les sociétés concernées. A cet égard, des progrès importants ont été enregistrés ces dernières années, grâce à la production d'un rapport annuel sur la mise en œuvre du code par les 120 sociétés cotées les plus importantes, à une évaluation externe par l'AMF, et enfin l'institution par la version de juin 2013 d'un Haut comité chargé suivre l'application des recommandations par les entreprises, et doté d'une faculté d'autosaisine.

Le débat sur l'opportunité de recourir au droit dur, notamment en matière de rémunération des dirigeants, perdure cependant. Un récent rapport parlementaire préconisait notamment de recourir à la loi pour imposer un vote des actionnaires sur la rémunération des dirigeants (*say on pay*)², mesure que le code de juin 2013 a seulement recommandée.

² Rapport d'information sur la transparence de la gouvernance des grandes entreprises, Assemblée nationale, janvier 2013.

7- Les contrats-types en matière de produits financiers dérivés

Quel est le droit souple en ce domaine ?

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, a développé des contrats-types qui régulent et standardisent les échanges de produits financiers dérivés. 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 de décision formalisée sur les événements de crédit. Cinq « comités de détermination » ont été créés pour traiter des différentes régions du monde. Ils 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 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.

Pourquoi s'est-il développé ?

Les produits dérivés, échangés sur le marché secondaire, sont des produits dont la valeur fluctue en fonction de l'évolution du taux ou du prix d'un produit appelé « sous-jacent », ils ne requièrent aucun placement net initial ou alors peu significatif et leur règlement s'effectue à une date future. Ils permettent de couvrir des échanges sur le marché primaire et lui assure une meilleure liquidité.

Très vite ces produits sont devenus des sources de gains, ils permettent en effet de dégager des sommes colossales pour un investissement mineur (leur règlement peut avoir lieu après leur vente par l'acheteur). Ils ont connu un succès considérable, représentant en volume d'échange, 50 % du PIB mondial en 2008 et environ un tiers aujourd'hui.

Le droit souple s'est donc imposé dans ce domaine afin de standardiser ces contrats dans des « contrats-types » qui ont pour but de réguler les échanges de produits dérivés en déterminant par exemple l'existence ou non d'un événement de crédit.

Débats suscités

Les contrats-types en matière de droit dérivé posent un problème de légitimité du droit souple privé dans une situation telle que la restructuration de la dette d'un État comme ce fut le cas en 2012 pour la Grèce. 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* ».

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.



DOSSIER DE PRESSE

Étude annuelle 2013

« Le droit souple »

Les propositions

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.

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'édition 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.