

1^{ère} intervention :

Merci Monsieur le président, je voulais réagir à un aspect de la présentation de Monsieur Van Buuren. Dans les deux affaires qu'il a présentées, le juge hollandais s'est fondé sur une notion qui est dans la loi administrative des Pays Bas, la notion de « Due Care ». Je crois que c'est par ce type de notion que le juge peut appréhender le droit souple, à travers une notion générale qui est dans le droit dur, mais à laquelle le droit souple va donner du contenu puisque ce sont les « guidelines » qui permettent de savoir si l'administration a agi ou non avec « Due Care », avec soin. Dans l'exemple des recommandations médicales qui a été cité, c'est la même logique, les médecins doivent agir selon l'état des connaissances scientifiques, il s'agit là d'une obligation générale, mais les recommandations de bonnes pratiques vont aider à donner un contenu à ce qu'est l'état des connaissances scientifiques. Ces notions générales forment le pont par lequel le juge peut appréhender le droit souple, en tout cas c'est un des moyens.

2nd intervention (TR2) :

Merci Monsieur le président. Ma présentation va s'appuyer sur l'étude annuelle du Conseil d'État. Ce que nous avons essayé de faire dans cette étude, c'est de donner une grille d'analyse qui aide les pouvoirs publics et les acteurs privés à décider s'il est opportun de recourir ou non au droit souple. Alors évidemment, il ne s'agit pas d'une grille mécanique parce que comme l'a souligné Catherine Bergeal notamment, il faut être pragmatique et les circonstances dans lesquelles on peut être amené à recourir au droit souple sont extrêmement variées ; mais cette grille vise à fournir une aide à la décision. Elle est organisée autour de trois questions qui forment l'intitulé de cette table ronde : 1) Le droit souple remplit-il une fonction utile ? 2) A-t-il des chances d'être efficace ? 3) Présente-t-il des risques ?

Tout d'abord l'utilité, il y a différentes manières d'être utile pour le droit souple et à travers les exemples cités dans la première table ronde, nous les avons déjà plus ou moins parcourus. Souvent le droit souple, comme l'a souligné le président Barbagallo, est en complémentarité avec le droit dur et parfois il est autonome.

Sur la complémentarité, nous distinguons trois fonctions : la première, c'est le choix du droit souple quand on n'arrive pas à faire du droit dur. Ce cas se présente souvent par exemple dans les relations internationales, pour arriver à une convention internationale, vous avez besoin de

l'accord des États pour s'engager dans un instrument contraignant, lorsqu'on n'y arrive pas, on fait du droit souple avec l'idée que peut-être plus tard, il sera possible de le transformer en droit dur. Par exemple, à la conférence sur le changement climatique de Copenhague en 2009, malgré des attentes fortes, les États ne parviennent pas à un accord pour un engagement contraignant et donc on repart avec un texte qui est du droit souple. Les États s'engagent mais pas de manière précise et contraignante, peut être que cela se transformera en engagements précis et contraignants comme le souhaitent certains États ou peut-être pas, le débat reste ouvert.

Deuxième fonction, le droit souple pour préparer le recours au droit dur. Dans l'étude on souligne que cette fonction est utile face à des phénomènes émergents, par exemple suscités par des technologies nouvelles. Il ne faut pas recourir au droit dur parce qu'il risque de figer les choses alors que l'on n'a pas pris la pleine mesure du phénomène. Au sujet d'Internet, par exemple en ce qui concerne la neutralité du net qui est sujet assez nouveau, en France mais aussi je pense dans d'autres pays, les autorités de régulation ont commencé par procéder par du droit souple. Par des recommandations, on invite à respecter la neutralité du net mais on peut y porter certaines atteintes de manière justifiée, proportionnée, transparente. Aujourd'hui on voit que la Commission européenne, dans son dernier paquet sur les télécommunications, dans sa proposition de règlement, propose de transcrire la neutralité du net dans le droit dur, cela nourri de réflexions préalables qui sont passées par le droit souple.

Troisième fonction, quand le droit dur est déjà là, le droit souple va servir à accompagner sa mise en œuvre. On a cité l'exemple de la Convention de Genève très brève, avec des notions dont on ne connaît pas très bien le contenu et le droit souple permettra d'explicitier le contenu de ces notions.

Dans ces trois fonctions, le droit souple est toujours auxiliaire du droit dur, mais des fois le droit souple peut se présenter comme une alternative pérenne au droit dur : on fait du droit souple parce qu'on pense que c'est mieux que le droit dur et que cela doit rester ainsi. C'est l'exemple des recommandations médicales qui a été cité. On ne pense pas, en tout cas en France, qu'il faille imposer au médecin, la manière de traiter telle ou telle pathologie par du droit dur, parce que c'est trop compliqué, parce que c'est changeant, parce qu'il faut respecter la liberté de prescription du médecin et s'adapter au cas particulier de chaque patient. Il faut toutefois des standards qui permettent de rendre compte des connaissances scientifiques et pour cela, on utilise le droit souple.

Voilà pour les quatre fonctions qui donnent une utilité au droit souple.

Sur la deuxième question : qu'elle est l'efficacité du droit souple ? Il s'agit de modifier les comportements. C'est ce qui est le plus remarquable dans le droit souple, il n'est pas contraignant mais malgré cela, parfois, il modifie les comportements. Mais s'il ne modifie pas les comportements, alors il est inutile. On identifie dans l'étude quelques critères qui permettent de présumer l'efficacité du droit souple ou, au contraire, son inefficacité. Il est efficace lorsqu'il acquiert une valeur de référence, de standard, qui fait que ça devient un usage tellement répandu dans une profession, dans un secteur d'activité, que ça devient finalement difficile de ne pas s'y conformer. Les normes techniques forment l'exemple typique de cette fonction de standard. L'autre élément qui peut donner une efficacité au droit souple, c'est ce que nous avons appelé « l'ombre portée de la sanction ». L'idée est que le droit souple n'est pas sanctionné en principe, sinon c'est du droit dur, mais parfois il peut être pris en compte dans une éventuelle sanction. Parfois une autorité qui fait du droit souple dispose aussi de la possibilité d'infliger une sanction et donc les destinataires du droit souple se disent qu'en cas de non respect de ce droit, ils courent des risques. Un exemple que l'on donne, c'est celui de la nouvelle gouvernance économique de l'Union Européenne, qui s'est mise en place suite à la crise économique de ces dernières années et qui procède beaucoup par recommandations. Chaque année désormais les institutions européennes adressent des recommandations à chaque État sur les réformes économiques et sociales à mettre en œuvre. Ce ne sont que des recommandations mais on sait que dans l'environnement normatif, il y a aussi la possibilité éventuelle d'une sanction et donc on accorde plus de poids à ces recommandations.

Au contraire, le manque d'évaluation suffisante de la mise en œuvre du droit souple va contribuer à l'inefficacité du droit souple. Si on fait une recommandation et qu'on ne suit pas ensuite ce qui se passe, souvent le droit souple reste lettre morte. Le droit souple trouve souvent aussi ses limites lorsqu'il y a une pression très forte des intérêts financiers. C'est l'exemple cité par le président Vigouroux au sujet de l'urbanisme dans les zones de montagne ou de littoral, la pression économique peut être tellement forte que le droit souple ne suffit pas à y résister et donc le droit dur peut offrir un contrepoids plus important que le droit souple.

Dernier élément d'évaluation du droit souple : les risques. Il y en a deux principaux qui sont liés au manque de légitimité et au manque de transparence dans l'élaboration. Concernant la légitimité, que l'on a déjà abordée lors de la première table ronde, il ne faut pas que le droit souple soit un moyen pour un acteur public ou privé de sortir de son rôle légitime et d'acquérir une influence excessive. On prend dans l'étude un exemple tiré de l'actualité, de la crise économique et financière, il s'agit des marchés financiers de produits dérivés qui

jusqu'à une période récente ont été régulés par du droit souple, par des contrats types élaborés par des associations des grands acteurs des marchés financiers comme l'ISDA pour les marchés de produits dérivés. Cet organisme, l'ISDA, avait acquis la compétence de décider si un État était ou non en faillite et donc de déclencher les produits dérivés qui permettaient de couvrir les gens qui avaient acquis des obligations de l'État contre les risques de faillite. Évidemment, prononcer ou non la faillite d'un État constitue un pouvoir absolument considérable, on a donc estimé que dans cet exemple, le droit souple est allé trop loin. Ce n'est pas au droit souple de jouer ce type de fonctions.

Deuxième risque : il est lié au mode d'élaboration, Jacky Richard a souligné tout à l'heure l'importance de la transparence dans les modes d'élaboration du droit souple, il faut que l'on connaisse qui a participé à l'élaboration et quels sont les liens d'intérêts à l'œuvre. Ces liens d'intérêts peuvent être légitimes mais ils doivent être connus pour que le droit souple ne soit pas un moyen pour certains groupes d'intérêts d'exercer une influence subreptice sur le comportement des destinataires. L'arrêt de 2011 du Conseil d'État français qui a été cité, « *Formindep* », portant sur les recommandations médicales, a annulé une recommandation sur le traitement du diabète, parce que certains médecins qui avaient participé à leur élaboration n'ont pas rendu publics leurs liens d'intérêts. Le contrôle du juge sur le droit souple permet de sanctionner le manque de transparence dans les liens d'intérêts.

Voici donc, à travers ces exemples, comment l'étude propose d'évaluer l'opportunité de recourir au droit souple.