

Documents	
1.	<a href="#">Prendre le droit souple au sérieux ? À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013 - Etude par Emeric Nicolas et Matthieu Robineau</a> La Semaine Juridique - Edition générale 21 Octobre 2013 <b>Type d'article</b> : Etudes JCP G 2013, doct. , 1116

[Retour à la liste](#)

Document 1 de 1



La Semaine Juridique Edition Générale n° 43, 21 Octobre 2013, doct. 1116

## Prendre le droit souple au sérieux ? . - À propos de l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2013

Etude par Emeric Nicolas  
maître de conférences à l'université de Picardie Jules Verne - CEPRISCA (EA 3911)

et Matthieu Robineau  
maître de conférences à l'université d'Orléans - CRJ Pothier (EA 1212)

### Sources du droit

#### Sommaire

La présente étude a pour objet le très attendu rapport annuel du Conseil d'État. L'acte de naissance du droit souple y est dressé officiellement et les conseillers du Palais-Royal invitent à le prendre au sérieux.

Sur plus de deux cents pages, le Conseil d'État en décrit les manifestations, en propose une définition, en identifie les fonctions, les intérêts et les dangers avant d'en suggérer un régime dont la visée toute pragmatique consiste à en faire un complément utile du droit dur. C'est l'ampleur du travail mené et cette ambition politique qui justifient que l'on prête une oreille attentive à cette cuvée 2013.

À l'analyse, il apparaît que le rapport du Conseil d'État donne à voir une double tentation du droit dur, en ce que le droit souple est à la fois pensé à l'aune de celui-ci et mis à son service.

1. - Dans le prolongement de rapports précédents consacrés aux sources du droit<sup>Note 1</sup>, le rapport annuel 2013 du Conseil d'État qui vient d'être publié traite du droit souple. Bien connu des internationalistes et d'une partie de la doctrine<sup>Note 2</sup> qui interroge les nouvelles formes de la normativité juridique<sup>Note 3</sup>, le sujet est d'actualité. Le droit souple semble en effet prendre chaque jour une plus grande ampleur et des travaux récents contribuent à renouveler la réflexion à son endroit<sup>Note 4</sup>.

2. - Aussi ne peut-on que se réjouir que le Conseil d'État, haut lieu de la « fabrique du droit »<sup>Note 5</sup>, en dresse en quelque sorte l'acte de naissance officiel<sup>Note 6</sup>. Il convient désormais, si ce n'était déjà fait, de prendre le droit souple au sérieux, de ne plus en faire l'économie, de ne plus s'abriter derrière la confortable mais bien incomplète description des sources traditionnelles du droit.

3. - La première partie de l'étude (prendre acte de l'omniprésence du droit souple) s'intéresse aux multiples manifestations du droit souple. Le Conseil d'État braque sur lui un projecteur empirique et en propose une définition avant d'envisager ses rapports avec le droit dur. La deuxième partie met en évidence les intérêts et les dangers du droit souple (des fonctions utiles, une efficacité conditionnelle, des risques réels). La dernière partie offre un *vade-mecum* à destination des pouvoirs publics ou, si l'on peut dire, un guide de bonnes pratiques (définir une doctrine de recours et d'emploi du droit souple).

4. - En réfléchissant ainsi au droit souple, le Conseil d'État fait preuve d'une remarquable et stimulante ouverture d'esprit, qui contraste fortement avec la qualification de « droit à l'état gazeux » qu'il lui avait attribuée précédemment<sup>Note 7</sup>. Pour autant, si le rapport suscite l'enthousiasme et l'intérêt, il appelle aussi quelques réserves en ce qu'il malmène parfois le droit souple. Spécialement, la position du Conseil d'État trahit, sciemment ou à son corps défendant, une double tentation du droit dur. D'une part, parce que le droit souple est pensé par référence au droit dur, d'autre part, parce qu'il est sommé d'être au service et sous contrôle de ce dernier.

5. - Aussi l'objet de ce bref article n'est-il pas de proposer une analyse détaillée du rapport, mais plutôt de le mettre en perspective (1), de mettre en cause sa définition du droit souple (2) puis de le mettre en demeure devant la théorie des sources pour révéler sa pleine ambition politique (3).

## 1. Mise en perspective

6. - Mettre en perspective le rapport du Conseil d'État, c'est le situer d'un point de vue paradigmatique (A) et épistémologique (B).

### A. - Paradigme

7. - Malgré une approche résolument pragmatique, l'étude du Conseil d'État se nourrit d'un paradigme très classique.

8. - Le rapport invite à porter sur le droit souple un regard non pas dogmatique, mais empirique. Le droit souple existe, le Conseil d'État l'a rencontré, il convient d'en tenir compte. Le Conseil d'État s'inscrit ainsi, d'une certaine manière, dans le *pragmatical turn* observé en théorie du droit<sup>Note 8</sup>. Tout en surfant sur des thèmes d'actualité (qualité du droit, lutte contre l'inflation normative, etc.), il adopte en effet une approche fonctionnelle de la normativité. Ce qui importe, c'est l'effet de droit<sup>Note 9</sup>, ou plus précisément la portée normative, c'est-à-dire l'impact sur les destinataires directs ou indirects de la norme.

9. - Néanmoins, le Conseil d'État ne se départit pas d'une approche très classique. À le lire, le monde normatif se divise en deux grands ensembles : le droit et le non-droit, le premier étant à son tour divisé en deux sous-ensembles : le droit dur et le droit souple. Il en résulte le triptyque : non-droit / droit souple / droit dur.

10. - Certes, le droit souple bénéficie ainsi d'un brevet officiel de juridicité : malgré les réserves de certains auteurs, le droit souple relève bel et bien du droit (*Rapp. annuel du Conseil d'État, Le droit souple : EDCE 2013, p. 56*)<sup>Note 10</sup>. Toutefois, le triptyque présenté ne tient pas compte des phénomènes de continuité, de progressivité, de porosité, de densification<sup>Note 11</sup> que la normativité contemporaine donne à voir. Il repose plutôt sur un schéma qui fait la part belle aux phénomènes de ruptures et de frontières qui, il est vrai, facilitent l'exercice de la qualification.

11. - Sans doute objectera-t-on qu'est évoquée à plusieurs reprises « la normativité graduée ». Cependant, sous cette expression, le Conseil d'État regroupe des normes dont le caractère obligatoire lui semble atténué : directives qui doivent être prises en compte mais peuvent être écartées, règles dont la méconnaissance n'est sanctionnée que si elle est manifeste et règles qui font l'objet d'un contrôle de compatibilité plutôt que de conformité. L'expression ne désigne donc pas ce qu'elle nomme habituellement ; elle permet de qualifier des sources dont le caractère obligatoire est peu affirmé, quoiqu'indubitable. Dès lors, point de continuité ou de porosité, mais bien plutôt une échelle d'obligatorité à trois barreaux : dur, moyennement dur (normativité graduée), souple<sup>Note 12</sup>.

12. - De la sorte, le droit souple paraît pensé à travers un « logiciel » classique, formaté par le droit dur et l'obligatorité qu'on lui associe. Le Conseil d'État ne s'en cache d'ailleurs pas, affirmant son attachement au droit qui « ordonne, prescrit ou interdit » (*Rapp. annuel, op. cit., p. 189*, citant Portalis. - Comp., la formule finale du rapport p. 192 : « Le

moment est venu d'ouvrir d'autres perspectives mettant l'accent sur la pertinence d'une conception élargie de la normativité que représente le droit souple. La norme ne se limite pas à la règle ayant vocation à "ordonner, prescrire ou interdire" ; elle peut être aussi une référence et donc "inciter, recommander, orienter". Le droit souple présente, en raison de sa valeur d'usage, l'utilité, chère au doyen Carbonnier, d'un "flexible droit" ») et souhaitant faire du droit souple un instrument complémentaire et subsidiaire des outils de régulation à la disposition des pouvoirs publics (V. *infra, nos 39 s.*). La consécration du droit souple ne débouche donc pas - ou pas encore - sur le paradigme d'un droit flexible et fluide.

## B. - Épistémologie

13. - Sur le plan épistémologique, on peut relever trois points significatifs.

14. - En premier lieu, le Conseil d'État évite l'écueil d'une survalorisation quantitative (l'effet loupe) du droit souple. En d'autres termes, il y a une place pour le droit souple, mais seulement une place. Cette relativisation semble naturelle de la part d'une institution qui se prononce quotidiennement sur les projets de lois et les actes administratifs. Elle est d'autant plus fondée que dans certains domaines traditionnellement très souples, comme le droit financier, le contexte de crise a conduit à un indéniable durcissement.

15. - En deuxième lieu, si le Conseil d'État accorde une bonne place aux multiples foyers de normativité à l'oeuvre de nos jours, il ne remet en réalité aucunement en cause l'étatocentrisme et n'accorde guère de place au paradigme de la complexité, marqué notamment par le pluralisme des sources<sup>Note 13</sup>. Ainsi, dans le dernier tiers du rapport, le droit souple est présenté comme un outil au service de l'État, destiné à réguler des secteurs d'activité pour lesquels la loi ou le règlement s'avèrent mal adaptés. Il s'agit donc d'instrumentaliser le droit souple, d'en faire le complément servile et utile du droit dur, de profiter de ses vertus d'adaptabilité, de simplicité et de rapidité.

16. - En troisième lieu, le rapport esquisse en creux une conception du droit comme une technique de direction des conduites parmi d'autres à la disposition de l'État. Autrement dit, le droit apparaît comme un simple instrument de gestion ; il relève d'une logistique normative nourrie d'une approche managériale du droit. Celle-ci, issue des théories anglo-saxonnes de l'organisation élaborées pour penser la gestion des entreprises, a pénétré le domaine des politiques publiques où son vocabulaire (pilotage, gouvernance, régulation) et ses méthodes sont omniprésents<sup>Note 14</sup>. En ce sens, le rapport indique que le droit souple « complète la panoplie de l'État régulateur, qui ne peut agir uniquement par la réglementation. Il participe enfin de la rénovation des méthodes de gestion de l'État » (*Rapp. annuel, op. cit., p. 32*). Pourtant, si le droit peut produire des effets sur les comportements humains<sup>Note 15</sup>, il n'est pas que cela. Il y a dans cette vision instrumentale une très forte réduction de l'ambition du droit.

17. - Ceci étant dit, il est temps de mettre en cause la définition du droit souple figurant dans le rapport.

## 2. Mise en cause

18. - Selon le Conseil d'État, le droit souple « regroupe l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives » : d'abord, « ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant leur adhésion » ; ensuite, « ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires » ; enfin, « ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit » (*Rapp. annuel, op. cit., p. 61*). Cette définition<sup>Note 16</sup> appelle des observations portant sur sa consistance (A) et sa mise en oeuvre (B).

### A. - Consistance de la définition

19. - L'objet, le critère et le contenu de la définition méritent examen.

20. - S'agissant de l'objet de la définition, on ne peut que constater que le premier terme de celle-ci, le droit, n'est pas défini, et qu'à l'inverse, le second terme, le souple, l'est sans doute trop. Affirmant la juridicité du droit souple sans trop vraiment y croire (*Rapp. annuel, op. cit., p. 56 s.* - *Comp. Rapp. annuel, op. cit., p. 53* où est critiquée la position d'un auteur selon qui le droit souple est un « bon droit »), sans doute pour des raisons utilitaristes (« Admettre le droit souple comme faisant partie du droit incite à envisager, pour un objectif politique donné, l'ensemble des instruments suscep-

tibles d'être mis en oeuvre, qu'ils relèvent du droit dur ou du droit souple, et à mettre en balance leur effectivité. À l'inverse, considérer que le droit souple n'est pas du droit conduit inmanquablement à accorder une moindre importance à ces préoccupations dans l'élaboration de la norme. L'enjeu n'est donc pas que sémantique » : *Rapp. annuel, op. cit.*, p. 57), le Conseil d'État ne prend pas explicitement parti sur la juridicité, bien qu'il discrimine entre droit et non-droit. Le critère implicite qui trace selon lui la frontière entre les deux réside dans la forme. Il est vrai qu'il existe une puissance de la forme en droit. Pour autant, cela peut-il suffire ?

**21. -** Au demeurant, un tel attachement à la forme peut surprendre dans une étude qui annonce dès ses premières lignes son caractère pragmatique. La formalisation du langage et l'homologation étatique apparaissent essentielles pour le Conseil d'État, au risque d'une contradiction interne. Car si la forme est une condition du droit, elle ne peut être simultanément un critère de démarcation entre droit dur et droit souple, puisque celui-ci bénéficie de l'estampille de la juridicité.

**22. -** S'agissant du critère d'identification du droit souple, il consiste en une condition négative, à savoir l'absence de création de droits ou d'obligations. On peut toutefois se demander s'il ne réside pas en réalité dans l'absence de contrainte. En effet, malgré ses dénégations (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 21), le Conseil d'État semble avoir consacré son étude au droit mou bien plutôt qu'au droit souple, cette dernière expression ayant été préférée pour des raisons « marketing » (la seconde expression étant péjorative, *Rapp. annuel, op. cit.*, p. 21). Ainsi, pour distinguer droit souple et droit dur, le Conseil d'État utilise l'opposition référence/contrainte (« dans la vie des entreprises : la référence préférée à la contrainte » : *Rapp. annuel, op. cit.*, p. 40) et s'appuie sur l'existence ou non d'une sanction. Son insistance sémantique sur l'idée de contrainte<sup>Note 17</sup> et l'ambition d'établir une nomenclature « distinguant les instruments contraignants de ceux qui ne le sont pas » (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 14) achèvent de le montrer. On voit ainsi que si l'absence de droits ou d'obligations, c'est-à-dire l'absence d'effets de droit, est au coeur de la définition proposée, c'est l'absence de contrainte qui paraît déterminante, bien que la distinction entre l'obligatoire et le contraignant soit connue, même en droit dur<sup>Note 18</sup>.

**23. -** S'agissant du contenu de la définition, il résulte de la combinaison des trois conditions précitées et répond à l'intention du Conseil d'État de clarifier le champ du droit souple, d'en tracer des frontières si possible solides et non poreuses.

**24. -** S'ajoutant à la condition négative tenant à l'absence d'effet de droit, la référence à la forme conduit à réduire le champ du droit souple. Précisément, toute une partie du droit souple spontané est évincée puisque, aux yeux du Conseil d'État, toute norme juridique qui ne bénéficie pas d'un *instrumentum* fait l'objet d'une fin de non-recevoir.

**25. -** De surcroît, en considérant que n'est une norme que ce qui a pour objet d'orienter les comportements, le Conseil d'État adopte de celle-ci une conception elle aussi étroite. Il évince ce que son approche pragmatique invite pourtant à prendre en compte, à savoir le droit souple malgré lui, c'est-à-dire les instruments et dispositifs juridiques qui ont pour effet de modifier les comportements, sans que cela soit leur objet.

**26. -** À l'inverse, à rebours de la volonté de circonscrire le droit souple dans des limites raisonnables, la définition posée permet d'inclure des normes dont on peut douter qu'elles en relèvent réellement. En effet, en raison du critère de la forme, n'importe quelle déclaration ayant pour objet d'orienter les comportements, énoncée en termes solennels et organisée en quelques articles numérotés mériterait ainsi d'être considérée comme du droit souple. Dans cette logique, le Conseil d'État accorde de la place à des normes techniques, pourtant peu juridiques (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 42). Et, tout bien pesé, les messages de santé publique, tel que celui revêtu de l'estampille ministérielle selon lequel il convient de manger cinq fruits et légumes par jour, peuvent être considérés comme des normes de droit souple. Néanmoins, le rapport prend le soin de refuser cette qualification à ce slogan, tout en l'accordant au « programme national nutrition santé », au motif que celui-ci présente une structuration plus développée que celui-là (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 63). Pourtant, le slogan en cause remplit les trois conditions posées par le Conseil d'État pour bénéficier de la qualification de droit souple.

**27. -** En résumé, le droit souple, c'est ce qui ressemble au droit dur, qui a la couleur du droit dur, l'odeur du droit dur, mais qui n'est pas du droit dur ou, tout au moins, pas encore.

Quant à la mise en oeuvre de la définition, elle trahit également une certaine fragilité des critères de définition retenus.

## **B. - Mise en oeuvre de la définition**

**28.** - Le Conseil d'État a choisi de dresser l'inventaire des manifestations du droit souple avant de proposer sa définition de celui-ci. La démarche est risquée car elle soumet à la tentation de passer cet inventaire au crible de la définition qui lui succède. Par exemple, on éprouve quelque embarras lorsque le Conseil d'État affirme que le code de gouvernement d'entreprise relève du droit souple, en raison de son caractère non contraignant. Or, en disposant que les entreprises doivent s'y référer ou expliquer pourquoi elles s'en écartent, les articles L. 225-37, alinéa 7, et L. 225-68, alinéa 8, du Code de commerce conduisant à une conclusion différente, tant il est vrai que le souple et l'optionnel ne sont pas synonymes (*Rapp. annuel, op. cit., p. 73*).

**29.** - De même, le sort réservé aux recommandations des autorités administratives indépendantes interroge. Bien sûr, celles-ci relèvent de prime abord du droit souple. Toutefois, le Conseil d'État, fort de son approche empirique, ne manque pas de relever qu'elles sont d'autant plus suivies par leurs destinataires que l'autorité qui les a émises dispose de pouvoirs de sanction (*Rapp. annuel, op. cit., p. 37 s., p. 106 s.*). Comment alors concilier le critère opératoire de l'absence de sanction avec la menace de sanction ? La réponse fait difficulté, ce que confirme l'affirmation selon laquelle « le droit souple est renforcé par l'ombre portée de la sanction » (*Rapp. annuel, op. cit., p. 106*). Elle est d'autant plus délicate que, à un autre endroit de son étude, le Conseil d'État considère que ses avis contentieux, tout comme ceux de la Cour de cassation, relèvent du droit dur (*Rapp. annuel, op. cit., p. 59*), bien qu'ils ne lient pas le juge.

**30.** - De surcroît, on peut ne pas suivre le Conseil d'État lorsque, après avoir posé sa définition, il envisage les liens possibles entre droit souple et droit dur en termes de rapports de délégation (« Le droit dur peut prévoir l'existence du droit souple et être avec lui dans un rapport de délégation » : *Rapp. annuel, op. cit., p. 72 s.*), de transformation (*Rapp. annuel, op. cit., p. 73 s.*) et d'appréhension par le juge (*Rapp. annuel, op. cit., p. 74*). La première relation prête particulièrement le flanc à la critique, dans la mesure où les instruments délégués appartiennent - en raison de cette délégation - bien davantage au droit dur qu'au droit souple (« En matière financière, le droit souple ne se substitue pas au droit dur mais s'insère dans une architecture normative complexe dont il assure la mise en oeuvre au niveau le plus fin » : *Rapp. annuel, op. cit., p. 36*). Le Conseil d'État en a d'ailleurs bien conscience (dans un schéma récapitulatif, en partie en décalage avec ses développements, il inclut dans le droit dur les « instruments de droit souple auxquels le droit dur confère une portée obligatoire », *Rapp. annuel, op. cit., p. 69*).

**31.** - Au-delà, le rapport fait preuve de quelques hésitations. D'abord, ce qui détermine le rattachement au droit souple paraît varier au gré des développements : c'est tantôt l'instrument qui, *per se*, conduit à cette qualification, tantôt les effets (V. les pages consacrées à l'État planificateur, aux lois d'orientation et de programmation et aux lois de financement de la sécurité sociale, *Rapp. annuel, op. cit., p. 32 s.*), tantôt le contenu - des standards, des incitations (mais aussi, parfois, des spécifications techniques. - V. *infra, n° 45*).

**32.** - Ensuite, le Conseil d'État semble assimiler à de nombreuses reprises droit souple, droit issu de l'autorégulation (c'est particulièrement prégnant dans les passages consacrés aux entreprises et aux démarches de conformité, *Rapp. annuel, op. cit., p. 99 s.* - Comp., « l'autorégulation reposant sur des mécanismes de droit souple » : *Rapp. annuel, op. cit., p. 121*) et droit spontané<sup>Note 19</sup>. On peut ainsi lire que le droit souple présente l'avantage d'être mieux accepté et mieux suivi que le droit dur, parce qu'il émane des acteurs concernés, c'est-à-dire des destinataires de la norme (*Rapp. annuel, op. cit., p. 104 s.*).

**33.** - Autre hésitation, les directives au sens de la jurisprudence *Crédit Foncier de France*<sup>Note 20</sup> sont dans un premier temps rattachées à la catégorie intermédiaire (« entre droit souple et droit dur ») de la normativité graduée (V. not. *Rapp. annuel, op. cit., schéma p. 70-71*), puis une fois rebaptisées lignes directrices, elles sont érigées en instrument privilégié du droit souple public (*Rapp. annuel, op. cit., p. 139 s.* lorsqu'est présentée la doctrine de recours au droit souple), avant que leur appartenance à la normativité graduée ne soit réaffirmée (*Rapp. annuel, op. cit., p. 171*).

**34.** - Enfin, le Conseil d'État considère que les livres blancs et les livres verts ne relèvent pas du droit (souple) parce que leur objet n'est pas d'influencer le comportement des acteurs, même s'ils peuvent produire cet effet (*Rapp. annuel, op. cit., p. 60*). Comparativement, les conférences de consensus et leurs avatars sont, quant à elles, rattachées au « droit souple non reconnu par le droit dur » (*Rapp. annuel, op. cit., p. 80*).

**35.** - Ces difficultés montrent bien l'écueil d'une définition dogmatique du droit souple, à plus forte raison lorsqu'il s'agit d'opérer un tri entre ses instruments, de sélectionner ceux qui peuvent être mis au service des pouvoirs publics.

Car l'étude comporte - c'est d'ailleurs là tout son enjeu - une doctrine d'utilisation du droit souple. Celle-ci mérite l'attention, pour ce qu'elle énonce comme pour ce dont elle est porteuse. C'est d'autant plus vrai qu'elle met en demeure les sources du droit alors que le droit souple n'est évoqué à aucun endroit sous cet angle là<sup>Note 21</sup>.

### 3. Mise en demeure

**36. - 36** - Envisager la valeur juridique des propositions du Conseil d'État n'appelle pas *a priori* de longs développements : lorsqu'il rédige son rapport, le Conseil n'agit pas autrement qu'un collectif d'universitaires : il fait oeuvre de science, pas de droit.

Toutefois, il convient de ne pas passer à côté de la spécificité de cette institution, qui mêle exercice de pouvoirs judiciaires et administratifs, mission de conseiller du Prince et - comme le montre l'étude commentée - réflexion scientifique<sup>Note 22</sup>. En l'occurrence, dans la mesure où il offre un régime pour le droit souple, le rapport revêt la valeur d'une proposition officielle de droit souple (A). Il appert alors que, même quand il se pare des habits de scientifique du droit, le Conseil d'État agit en juriste, avec l'ambition de canaliser le réseau des sources de droit souple (B).

#### A. - Une proposition de droit souple du droit souple

**37. -** Le statut des études du Conseil d'État mérite d'être interrogé au prisme des sources du droit. Rédigées par des auteurs identifiés, ces études deviennent, une fois approuvées en assemblée générale, anonymes, à l'instar de la loi. Il en découle un effet d'institution.

**38. -** Plus avant, si le rapport s'apparente à une source doctrinale, la performativité qui s'attache à l'autorité du Conseil d'État conduit à présupposer qu'il sera très vite doté d'une grande force normative<sup>Note 23</sup>, nourrie par le travail intercitoyenn<sup>Note 24</sup> de l'écriture doctrinale<sup>Note 25</sup>. En d'autres termes, le caractère officiel de la source (au sens de ce qui crée) absorbera probablement le caractère informel de la source (au sens de ce qui est créé).

**39. -** Ce point est d'autant plus important que la troisième partie de l'étude dessine un droit des normes de droit souple. Le rapport illustre ainsi l'idée selon laquelle « il existe un droit des règles de droit, un droit sur le droit, un droit des normes. Tout comme il existe un régime juridique pour la vente, le mariage ou le vol, il existe un régime juridique pour les normes »<sup>Note 26</sup>, que l'on peut qualifier de « règles de structures »<sup>Note 27</sup>, en référence à la distinction hartienne entre règles primaires et règles secondaires<sup>Note 28</sup>, ainsi qu'aux trois types de règles d'identification chez Bobbio (normes sur les sources, normes sur la validité, normes sur l'interprétation et l'application). Il en résulte un droit souple du droit souple, répondant à l'ambition de canaliser ce dernier.

#### B. - L'ambition de canaliser le droit souple

**40. -** Le droit esquissé par le Conseil d'État s'inscrit dans les approches complexes de la normativité : la prolifération des normes génère une récursivité, un besoin de s'autocanaliser, une volonté de réguler la réglementation. En lien avec l'obligation de rechercher des alternatives à la réglementation (dure), énoncée par l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009<sup>Note 29</sup>, le régime proposé peut s'analyser aussi bien en termes de légistique normative qu'en termes de logistique normative.

**41. -** Intégrer les instruments de droit souple au sein des sources du droit, développer et légitimer la production du droit souple pour répondre aux besoins du marché, justiciabiliser le droit souple, tout cela s'apparente à un approche de légistique. Cela ne saurait surprendre tant on sait le Conseil d'État préoccupé par ces questions<sup>Note 30</sup>. Le besoin d'un catalogue officiel, d'une démarcation claire entre droit souple et droit dur répond à un besoin de sécurité juridique (sur les risques d'insécurité juridique, qui tiennent à la portée incertaine des instruments du droit souple, aux contradictions possibles entre eux ainsi qu'à leur absence de publicité, *Rapp. annuel, op. cit., p. 125 s.*).

**42. -** Autrement dit, dans sa fonction de conseiller du Prince, le Conseil d'État offre aux producteurs de normes un guide d'utilisation du droit souple afin de redonner sa place et son lustre au droit dur, avec sans doute l'idée qu'il convient de reléguer au premier, sous contrôle des pouvoirs publics (« Poursuivre la construction d'une jurisprudence adaptée au contrôle du droit souple public » : *Rapp. annuel, op. cit., p. 174 s.*), tout ce qui contribue à fragiliser et ternir le second. Celui-ci est paré de toutes les vertus - exception faite de l'inflation qui le caractérise, en raison de laquelle il

convient précisément de transférer au droit souple la part de son activité la moins noble. « Bien utilisé, le droit souple peut être l'un des leviers d'un recentrage du droit dur sur ce qui doit vraiment relever de lui » (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 135).

**43. -** Il est toutefois piquant de remarquer que certains des reproches adressés au droit souple peuvent être pareillement formulés à l'encontre du droit dur, tel le manque de légitimité (« une légitimité liée aux conditions d'élaboration » : *Rapp. annuel, op. cit.*, p. 121)<sup>Note 31</sup> ou l'effectivité incertaine (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 111 s.). À l'inverse, n'est-il pas quelque peu utopiste de penser que le recours au droit souple freinera l'inflation normative ? La norme n'appelle-t-elle pas la norme comme le montre l'allongement et le perfectionnement réguliers des chartes ou des guides de bonnes pratiques ? De même, que penser de l'idée que le droit souple permet la stabilité des textes de droit dur (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 170), si c'est au prix d'une instabilité du droit souple, et donc d'une insécurité juridique ?

**44. -** Par ailleurs, il ressort du rapport que le recours au droit souple n'est possible que si le triple test de l'utilité, de l'effectivité (ce qui suppose que le droit souple préexiste) et de la légitimité (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 136)<sup>Note 32</sup> est passé avec succès. Alors, le droit souple se présente comme un allié utile et efficace du droit dur, et non plus comme un concurrent (concurrence dénoncée dès la première page du rapport : *Rapp. annuel, op. cit.*, p. 19). La deuxième partie du rapport met d'ailleurs son utilité en évidence, en quatre temps qui n'en font en réalité que deux.

**45. -** Ou bien le droit souple est l'auxiliaire du droit dur. Il intervient alors quand le recours à celui-ci n'est pas envisageable ; quand il nécessite d'être préparé, notamment face à des phénomènes émergents<sup>Note 33</sup> ; quand il s'agit d'accompagner sa mise en oeuvre, par exemple par des « spécifications techniques » (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 110).

Ou bien le droit souple est autonome. Il offre alors une alternative pérenne au droit dur, en présence d'activités pour lesquelles ce dernier semble mal armé. Le Conseil d'État cite les exemples des bonnes pratiques médicales, de l'autorégulation de la publicité et de la gouvernance des noms de domaine sur Internet.

**46. -** En réalité, cette autonomie n'existe pas. Il y a simplement ici prise d'acte par les pouvoirs publics que le droit souple opère de manière satisfaisante et qu'une intervention du droit dur n'est pas souhaitable : elle serait mal comprise et risquerait de mettre à mal une (auto)régulation qui fonctionne. L'étude admet ainsi le recours au droit souple alors même que peuvent être en cause des droits fondamentaux (V. pourtant, *Rapp. annuel, op. cit.*, p. 98. - *Adde, Rapp. annuel, op. cit.*, p. 144, le recours aux lignes directrices à l'attention des préfets en matière de droit des étrangers), notamment la protection de la vie privée et des données personnelles face aux nouvelles technologies. Pourtant, elle énonce fermement que « le droit dur est le seul à pouvoir définir les garanties des libertés fondamentales, établir l'impôt, instaurer les droits sociaux ou assurer la répression des comportements que la société estime nécessaire de punir » (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 134).

**47. -** Sur le terrain de ce que l'on pourrait appeler la logistique normative<sup>Note 34</sup>, le Conseil d'État indique que son propos ne consiste pas simplement à décrire les caractéristiques et le fonctionnement du droit souple, mais aussi et surtout à l'endiguer, le contrôler et lui assigner un rôle clairement défini. « Sans maîtrise de la souplesse, la souplesse normative n'est rien ! » paraît-il dire en substance. Il convient de « veiller à ce que les pouvoirs publics conservent la maîtrise de la décision dans les situations de corégulation » (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 183). Ainsi, bien que constitutionnellement il n'ait pas autorité pour définir une nomenclature des sources ou procéder à leur hiérarchisation, le Conseil d'État propose de canaliser le « droit souple public » et de garder sous contrôle le « droit souple privé ». Il préconise alors, quant à ce dernier, une « charte de l'autorégulation et de la corégulation » (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 179)<sup>Note 35</sup>. Celle-ci serait adoptée par le Conseil économique, social et environnemental (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 179)<sup>Note 36</sup> et résulterait d'un arbitrage entre la volonté d'éviter « un encadrement qui se heurterait au respect des libertés dont la production de droit souple est une expression » (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 20) et le voeu que les pouvoirs publics adoptent une posture de veille et d'influence (*Rapp. annuel, op. cit.*, p. 20).

**48. -** De la sorte, le rapport du Conseil d'État montre combien ce qui se présente comme une étude scientifique - si cela existe en science juridique - constitue un évènement modifiant nécessairement en retour son objet. C'est, en quelque sorte, l'effet « quantique » du rapport. En d'autres termes, quand une source du droit (au sens de ce qui crée) se préoccupe d'une source (au sens de ce qui est créé), cette dernière en sort modifiée. Si cette idée vaut probablement pour toutes les sources du droit, assurément, elle vaut d'autant plus lorsque le Conseil d'État est à l'oeuvre.

**49.** - Il est vrai toutefois que ce dernier relativise l'autorité de son rapport en réaffirmant son attachement à la forme, à *l'instrumentum*. C'est ainsi qu'il suggère que son *vade-mecum* soit diffusé par une circulaire du Premier ministre, par une insertion dans le guide de légistique et par une formation des fonctionnaires (*Rapp. annuel, op. cit., p. 173 s.*), encore qu'il ne cache pas sa volonté de le voir intégrer le droit positif et la pratique administrative.

**50.** - En conclusion, à la lecture du rapport du Conseil d'État, le droit souple apparaît comme une catégorie résiduelle, qui se définit comme l'ensemble des normes (postulées juridiques) ne relevant pas du droit dur, ce dernier étant lui-même défini comme l'ensemble des règles de droit générales, obligatoires et coercitives, émanant principalement des pouvoirs publics. Aussi, si ce rapport pour 2013 présente l'incontestable mérite d'officialiser le droit souple, d'en dégager une définition et d'en proposer un régime, il se nourrit parallèlement d'un puissant paradoxe : pensé à l'aune du droit dur, il promeut une segmentation et un durcissement du droit souple.

Note 1 *Rapp. annuel du Conseil d'État, Sécurité juridique et complexité du droit : EDCE 2006 ; Rapp. annuel du Conseil d'État, Le contrat, mode d'action publique et de production des normes : EDCE 2008.*

Note 2 P. Amslek, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales : RDP 1982, p. 287 ; J. Chevallier, L'État post-moderne : LGDJ, 2008, 3e éd.*

Note 3 V. not., C. Thibierge, *Le droit souple : réflexion sur les textures du droit : RTD civ. 2003, p. 599 ; C. Thibierge, Sources du droit, sources de droit : une cartographie in Mél. Ph. Jestaz : Dalloz, 2006, p. 519.*

Note 4 Association H. Capitant, *Le droit souple : Dalloz, 2009 ; N. Martial-Braz, J.-F. Riffard et M. Behar-Touchais (dir.), Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit : Economica, 2011 ; I. Hachez, Y. Cartuyvels, H. Dumont, Ph. Gérard, F. Ost et M. Van de Kerchove, Les sources du droit revisitées (4 tomes) : Anthémis-PU Saint Louis, 2013.*

Note 5 B. Latour, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État : La Découverte, 2002.*

Note 6 Nonobstant l'avènement de l'expression « droit souple » en 2009, à la suite des travaux de la Commission de terminologie, en guise de traduction de *soft law*.

Note 7 *Rapp. annuel du Conseil d'État, De la sécurité juridique : EDCE 1991.*

Note 8 V. not. O. Jouanjan et F. Müller, *Avant dire droit. Le texte, la norme et le travail du droit : PU Laval, 2007, p. 9 s., spéc. p. 18 ; B. Frydman, Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de l'École de Bruxelles : Rev. interdisc. ét. jur. 2013, vol. 70, p. 92 s.*

Note 9 En ce sens, S. Gerry-Vernières, *Les « petites » sources du droit : thèse Paris II « L'effet juridique est le critère de la source du droit », 2010, n° 537.*

Note 10 Comp. J.-M. Sauvé, *dubitatif au début de son avant-propos : « ce droit, si du moins il s'agit bien d'un droit (...) » : Rapp. annuel, op. cit., p. 5.*

Note 11 C. Thibierge et a., *La densification normative. Découverte d'un processus : Mare & Martin, à paraître.*

Note 12 *Contra*, la synthèse évoquant l'idée d'un *continuum*.

Note 13 Malgré la référence à J. Chevallier, *Vers un droit post-moderne, in J. Clam et G. Martin (dir.), Les transformations de la régulation juridique : LGDJ, 1998 et J. Chevallier, L'État post-moderne : LGDJ, 2003.*

Note 14 Pour un exemple topique, V. B. Frydman, *Le management comme alternative à la procédure : [http://www.academia.edu/2319819/Le\\_management\\_comme\\_alternative\\_a\\_la\\_procedure](http://www.academia.edu/2319819/Le_management_comme_alternative_a_la_procedure).*

Note 15 Tout en étant bien conscient que le droit n'a pas l'apanage de la modification des conduites humaines et qu'il ne produit pas toujours le résultat voulu (J. Carbonnier, *Les phénomènes d'incidence dans l'application des lois, in Flexible droit : LGDJ, 10e éd., 2001, p. 149*), voire qu'il ne produit aucun résultat (J. Carbonnier, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, ibid., p. 136*).

Note 16 Plus qu'offrir une définition (malgré l'intitulé du § 1.3 « définir le droit souple (...) », le Conseil d'État liste en réalité les trois conditions cumulatives nécessaires pour obtenir la qualification de droit souple).

Note 17 L'adjectif « contraignant » est utilisé à neuf reprises dans le résumé du rapport, et cent une fois dans les développements, notes incluses, annexes et avant-propos exclus.

Note 18 Des règles obligatoires ne sont pas sanctionnées (V. l'obligation d'équiper son véhicule de deux éthylotests : *C. route, art. L. 234-14 et art. R. 234-7*). Paradoxalement, le Conseil d'État met en oeuvre le critère de l'absence de sanction plutôt que celui de l'absence d'effets de droit, pourtant plus exigeant.

Note 19 Même si sa doctrine de recours au droit souple (*infra* n° 40 s.) tend à faire de celui-ci un droit provoqué plutôt qu'un droit spontané.

Note 20 *CE, 11 déc. 1970, n° 78880, Crédit foncier de France : Rec. CE 1970, p. 750, concl. L. Bertrand ; GAJA, n° 84.*

Note 21 Comp. *F. Terré, Introduction générale au droit : Dalloz, 9e éd., 2012 ; B. Frydman, Comment penser le droit global ?, in La science du droit dans la globalisation : Bruylant, 2012, p. 17.* Ces auteurs suggèrent de se passer du concept de sources.

Note 22 *P. Mbongo et O. Renaudie (dir.), Le rapport public annuel du Conseil d'État. Entre science du droit et discours institutionnel : Cujas, 2010.*

Note 23 Rappr. *C. Sintez, Les propositions sur le droit sont-elles du droit ? De la force normative du rapport Catala in La force normative. Naissance d'un concept : LGDJ, 2009, p. 243.*

Note 24 *E. Nicolas, Répétabilité et répétition des énoncés normatifs : la force intercitationnelle dans le langage juridique comme force normative in La force normative. Naissance d'un concept, op. cit., p. 69.*

Note 25 Rappr., *S. Pimont, Densification normative et écriture doctrinale du droit. Une force interne et silencieuse, in C. Thibierge et a., La densification normative, op. cit. note (11).*

Note 26 *P. Deumier, Introduction générale au droit : LGDJ, 2011, n° 194 s.*

Note 27 *P. Deumier, op. cit. note (26), n° 150.*

Note 28 Selon H. L. A. Hart (1907-1992), *Le concept de droit, trad. de l'anglais par M. van de Kerchove : Pu Saint Louis, 2005, 2e éd., chap. V Le droit conçu comme l'union de règles primaires et secondaires, p. 99 s.*, la théorie du droit aboutit à un échec en concevant le droit comme un ensemble d'ordres appuyés de menace. Pour sortir de l'impasse de cette conception simplifiée du droit, Hart introduit l'idée de l'existence d'une dualité complémentaire des règles constitutives de tout système juridique. Pour ce faire, il distingue deux types de règles : les règles fondamentales ou primaires, qui « imposent des obligations » (p. 101) et les règles « parasitaires ou secondaires par rapport aux premières », qui « confèrent des pouvoirs publics ou privés » (*ibid.*). C'est dans leur combinaison dynamique que réside, selon Hart, le critère de la juridicité.

Note 29 *L. n° 2009-43, 15 avr. 2009 : Journal Officiel 16 Avril 2009 : « (Les documents rendant compte des études d'impact) définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation ».*

Note 30 *V. C. Bergeal, Rédiger un texte normatif. Manuel de légistique : Berger-Levrault, 2012, 7e éd.* L'auteur est directrice des affaires juridiques au ministère de l'Économie et des Finances.

Note 31 Selon le Conseil d'État, la légitimité est formelle, instituée, juridique. Celle du droit souple est une légitimité de compétence pratique, de fond. La première est-elle vraiment supérieure à la seconde ? Ne faut-il pas combiner les deux ? - Comp. à propos de la validité, combinant légalité, légitimité et effectivité, *F. Ost et M. Van de Kerchove, De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit : PU Saint Louis, 2e tirage, 2010, spéc. p. 324 s.*

Note 32 Il est précisé qu'en cas d'échec au test, le recours au droit souple reste possible sous réserve d'« investigations approfondies ».

Note 33 Sans préjudice des lois d'expérimentation...

Note 34 Celle-ci peut être définie comme la science consistant à gérer les flux générés par l'activité normative afin d'optimiser la mobilisation des ressources existantes et nécessaires compte tenu des fins poursuivies par cette activité (*E. Nicolas, Théorie des flux normatifs. Essai sur le droit fluide : Mare et Martin, à paraître*).

Note 35 Ou comment aboutir à un droit souple au cube. Le rapport (droit souple) souhaite une charte (droit souple) organisant les instruments normatifs des acteurs privés (droit souple).

Note 36 Le CESE est ainsi doté d'un pouvoir normatif qui dépasse son rôle consultatif (*Const. 4 oct. 1958, art. 69 et art. 70*).

© LexisNexis SA