



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 auditables et comparables, 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.