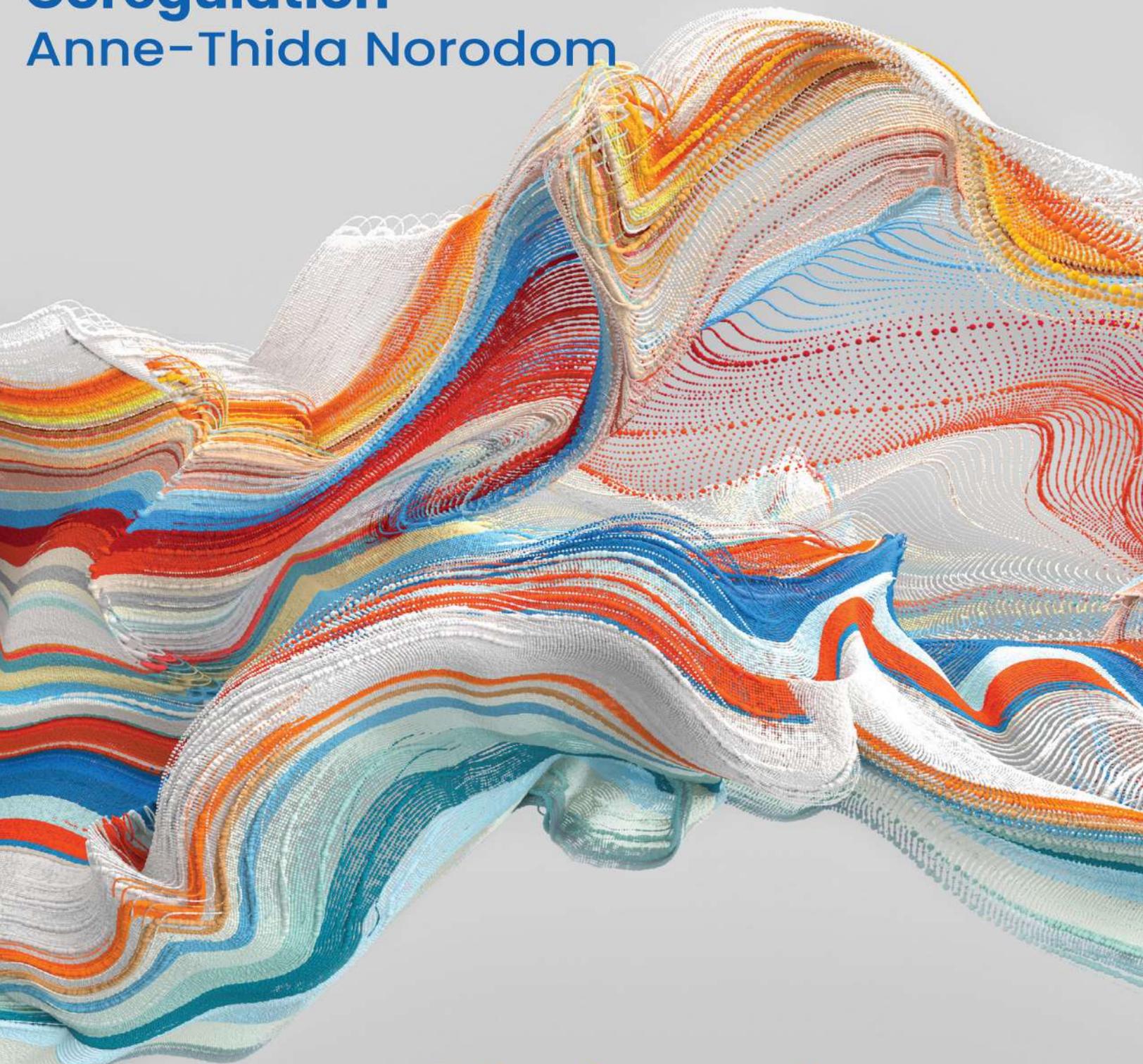


# Corégulation

Anne-Thida Norodom



# Dictionnaire de la norme

Formaliser  
l'informel

Sous la direction de  
Vincent Gautrais

**Lex Electronica**  
Volume 29-3

**Notice importante : Le projet de *Dictionnaire de la norme* est initié et soutenu par la Chaire L.R Wilson en droit des technologies de l'information et du commerce électronique. La Revue scientifique *Lex Electronica* du Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal accueille ce projet en lui consacrant un dossier spécial ouvert. Outre la version numérique, le projet paraîtra également en format papier.**

# CORÉGULATION

Anne-Thida NORODOM<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Professeur de droit public, Université Paris Cité, Centre Maurice Hauriou pour la recherche en droit public (URP 1515). Courriel : [anne-thida.norodom@u-paris.fr](mailto:anne-thida.norodom@u-paris.fr)

## Table des matières

<b>1. Les critères accessoires de juridicité de la norme</b>	<b>4</b>
1.1 L'efficacité de la norme « corégluée »	4
1.2 La légitimité de la norme « corégluée »	6
<b>2. Les critères principaux de juridicité de la norme « corégluée »</b>	<b>8</b>
2.1 Les rôles respectifs des acteurs publics et privés	8
2.2 Les effets de l'autorégulation des acteurs privés	11

**[1] « Globalisation » et gouvernance.** La gouvernance constitue un mode de gestion des ressources et la

*[g]lobal governance means the diversity of procedures that create rules for the local, national, regional and global level in a free exchange against the background of globalization. (BUNDESZENTRALE FÜR POLITISCHE BILDUNG, 2008)*

**[2]** Elle forme ainsi le cadre de référence de la régulation. L'expression de gouvernance globale s'inscrit dans un contexte transnational où les frontières entre public et privé, entre local, national, régional et universel sont poreuses et dépassées pour ne plus réfléchir qu'en termes de globalité. Difficile à identifier précisément et parce qu'il inclut par nature l'indétermination du niveau et du champ décisionnels, l'anglicisme « globalisation » sera préféré ici au terme de mondialisation, qui désigne l'internationalisation des activités. Le phénomène de globalisation, bien qu'économique et financier dans son acception initiale, est favorisé par la révolution des technologies de l'information et de la télécommunication et couvre également des aspects de sécurité (le terrorisme par exemple), de santé (les pandémies) et d'environnement (dans le cadre du changement climatique notamment) (WORLD ECONOMIC FORUM, 2023, p. 29 et s.). Autant de secteurs qui, par leur dimension transnationale et globale, appellent l'utilisation de modes alternatifs de régulation.

**[3]** Le terme de gouvernance globale est apparu pour la première fois dans le rapport de la Commission de gouvernance globale, fondée à l'initiative de l'ex-chancelier allemand Willy Brandt, en 1995. Selon ce rapport, la gouvernance globale est définie comme

*[...] the sum of the many ways individuals and institutions, public and private, manage their common affairs. It is a continuing process through which conflicting or diverse interests may be accommodated and co-operative action may be taken. It includes formal institutions and regimes empowered to enforce compliance, as well as informal arrangements that people and institutions either have agreed to or perceive to be in their interests. [...] There is no single model or form of global governance, nor is there a single structure or set of structures. It is a broad, dynamic, complex process of interactive decision-making that is constantly evolving and responding to changing circumstances. (COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, 1995, p. 2 et s)*

**[4]** Raisonner dans le cadre de la globalisation et de la gouvernance qui l'accompagne implique nécessairement de repenser les processus de formation et d'application du droit, à l'aune de la privatisation et de la transnationalisation, entraînant consécutivement une diversification des processus, mais également un effacement des lignes de définition des catégories juridiques existantes.

**[5] Gouvernance et régulation.** Le livre blanc de la Commission européenne sur la gouvernance, publié en 2001, a souligné l'importance pour les pouvoirs publics de recourir aux acteurs privés dans les processus de production de la norme (COMMISSION EUROPÉENNE, 2001, p. 8 et s.), considérant explicitement que ce processus était nécessaire pour « Mieux légiférer » (COMMISSION EUROPÉENNE, 2001, p. 1§-18 ; ACCORD INTERINSTITUTIONNEL, 2003, p. 1-5). Le libéralisme économique qui sous-tend la régulation et ses différentes modalités, autorégulation et co-régulation, a pour effet d'accorder plus de place aux acteurs privés, société civile (composée, selon une approche fonctionnelle, de tous les participants à la prise de décision politique, des sociétés savantes, groupes d'experts *ad hoc*, groupes d'intérêts et lobbies, opérateurs) et entreprises, dans la formation du droit (KESSEDJIAN, 2016, p. 16).

**[6] Réglementation et régulation.** Si la gouvernance est un mode de gestion des ressources publiques mondiales, la régulation est donc la méthode de production de la norme qui lui correspond. C'est la raison pour laquelle on différencie traditionnellement le « gouvernement/réglementation », c'est-à-dire la production d'une norme juridique obligatoire par les autorités publiques selon des modes verticaux, législatifs ou réglementaires ; et la « gouvernance/régulation », à savoir un mode de production de normes participatif et souvent plus horizontal, dont les effets de droit sont mal définis : obligatoire ou non, contraignant ou non, conduisant à un « effacement du seuil de normativité » (WEIL, 1982, p. 9). Un double glissement sémantique peut en outre être observé concernant cette notion de régulation. Yves Poulet notait la coexistence de deux modes de régulation : une régulation traditionnelle qui évoque la réglementation étatique, et des régulations « modernes » : autorégulation et corégulation (POULLET, 2004, p. 9). Il y a toutefois ici une possible confusion : sur le plan théorique, l'État continue d'utiliser des modes de réglementation, en adoptant des lois ou tout autre acte obligatoire produisant des effets de droit et ce selon des processus traditionnels, sans nécessairement faire appel aux parties prenantes. Il ne s'agit pas de régulation étatique mais toujours de réglementation étatique. Toutefois en pratique on constate effectivement que, dans certains domaines d'activités globalisées, tels que le numérique par exemple, l'État fait systématiquement appel à la régulation plutôt qu'à la réglementation. Deuxièmement, au niveau européen, une confusion terminologique existe du fait de l'utilisation du terme anglais de « *regulation* » pour désigner en français le « règlement », terme qui, aujourd'hui, employé au sens plus large, non pas seulement pour désigner l'acte (le Règlement) mais le processus normatif, en vient à évoquer aussi bien un processus de réglementation que de régulation. Le problème étant que derrière le terme de régulation est sous-tendue une approche particulière, celle du libéralisme économique, qui accompagne et favorise le phénomène de mondialisation. On peut encore une fois s'interroger sur la pertinence de la réglementation étatique dans les domaines d'activités globalisées, mais s'inscrire délibérément dans le modèle de la régulation, sans avoir conscience du choix des termes, c'est ne plus questionner le processus de formation de la norme et en choisir un par principe.

**[7] Définition de la corégulation.** Parmi les modes de régulation figure celui de la corégulation. Au sens large, « [i]l y a corégulation lorsque plusieurs acteurs agissent de concert de façon telle qu'ils puissent être considérés comme les coauteurs de la règle »

(BONNEAU, 2013, p. 233). Il suffit d'une simple association de plusieurs acteurs au processus de production de la règle pour parler de corégulation. La définition de la corégulation peut toutefois préciser le type d'actes et d'acteurs concernés, désignant alors

*the regulatory regime (...) made up of a complex interaction of general legislation and a self-regulatory body* (MARSDEN, 2011, p. 46).

[8] Il s'agirait dès lors d'associer des acteurs publics, désignés implicitement ici par l'expression « *general legislation* », et des acteurs privés dans le processus de formation et de mise en œuvre de la norme. La définition peut également préciser la répartition des rôles entre ces acteurs (v. *infra*, 2.1.). Ainsi l'accord interinstitutionnel européen de 2003 définit la corégulation comme « le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine. Un tel mécanisme peut être utilisé sur la base de critères définis dans l'acte législatif pour assurer l'adaptation de la législation aux problèmes et aux secteurs concernés, alléger le travail législatif en se concentrant sur les aspects essentiels, et profiter de l'expérience des parties concernées » (ACCORD INTERINSTITUTIONNEL, 2003, point 18). Ces parties sont précisément nommées dans l'accord comme désignant les opérateurs économiques (incluant des opérateurs techniques s'agissant du domaine des nouvelles technologies), des partenaires sociaux, des organisations non gouvernementales et des associations. La corégulation « se présente donc comme un partenariat public/privé qui a pour objet de concevoir une norme juridique minimale renvoyant à des modalités plus souples, professionnelles ou techniques d'organisation pour la compléter » (PERALDI-LENEUF, 2013, p. 193).

[9] **Identification du problème.** Il y a donc de multiples manières de concevoir la corégulation et même si dans le cadre d'une société interdépendante et globalisée la tendance serait à privilégier les modes de régulation faisant intervenir acteurs publics et privés, la corégulation n'est pas nécessairement le processus idéal de formation de la norme *juridique*. Ce processus pourra toujours énoncer une norme, entendue comme l'énoncé d'un comportement à suivre. Cependant, parce qu'il s'inscrit dans un mode de gouvernance multi parties prenantes, il contribue à brouiller les contours de la norme juridique, comprise ici comme une norme produisant des effets de droit dans l'ordre juridique étatique ou interétatique considéré. La norme pour être juridique doit être reconnue par cet ordre juridique comme lui appartenant et sa violation doit dès lors entraîner des conséquences juridiques définies par ce même ordre. Le fait que la corégulation participe à « l'effacement du seuil de normativité », en d'autres termes rende plus complexe l'identification de ce qui relève ou non du droit, porte atteinte à la sécurité juridique. Mais la difficulté à définir les effets de la norme produite ne signifie pas pour autant que cette norme n'est pas efficace ; au contraire on sait qu'une norme sans effet obligatoire, voire non contraignante, c'est-à-dire sans mécanisme d'application ou de révision l'accompagnant, peut être plus efficace qu'une norme juridique. Dans le cadre d'une réflexion générale sur la norme, à laquelle sont attachés des impératifs de prévisibilité et de sécurité lorsqu'il s'agit d'une norme juridique, la question est de savoir à quelle(s) condition(s) la corégulation permet d'élaborer une norme juridique, telle que précédemment définie. Il s'agit ici de réfléchir aux critères

d'identification du « seuil de normativité » dans le cadre de la corégulation pour aider les acteurs à mieux prévoir les effets des processus de corégulation auxquels ils participent et ainsi accroître la sécurité juridique.

**[10] Justification du plan.** Même si la corégulation permet d'assurer l'effectivité de la norme en prenant mieux en compte les intérêts et besoins de tous les acteurs concernés, ce n'est pas l'effectivité de la norme qui définit son caractère juridique puisqu'on sait qu'une norme qui ne serait pas appliquée ne serait pas moins juridique pour autant (DE BECHILLON, 1997, p. 61). Dans le cadre de la gouvernance globale et du modèle économique qui la sous-tend, on serait tenté d'évaluer la juridicité d'une norme à l'aune de son efficacité, c'est-à-dire sa capacité à atteindre son objectif. Si une norme régule effectivement les activités sur lesquelles elle porte, ce qui est l'objectif de toute norme, y compris la norme juridique, peu importe qu'elle soit obligatoire ou non, contraignante ou non, elle atteint son objectif. C'est le cas par exemple de la pure autorégulation (sans intervention aucune des pouvoirs publics), qui permet de réguler les comportements des opérateurs, mais à laquelle aucune conséquence juridique n'est attachée en cas de violation des dispositions qui en sont issues. La pure autorégulation n'existe pas véritablement en pratique parce qu'elle serait en réalité un mode de régulation éthéré, n'impliquant pas la confiance légitime nécessaire pour être considérée comme un mode de production normative efficace (CSINK & MAYER, 2014, p. 415). C'est l'intervention des pouvoirs publics qui juridicise la norme et assure consécutivement aux parties prenantes la sécurité juridique y afférente. Il s'agit donc, eu égard aux multiples formes de corégulation existantes, d'évaluer la place que s'accordent les pouvoirs publics par rapport à celle des acteurs privés dans le processus de corégulation pour comprendre les effets attachés à la norme produite et définir son caractère juridique. La juridicité de la norme issue de la corégulation (que l'on pourra nommer par commodité la norme « coréguée ») dépendra ainsi de critères d'identification accessoires que sont l'efficacité et la légitimité (1) et de critères d'identification principaux (2).

## 1. LES CRITÈRES ACCESSOIRES DE JURIDICITÉ DE LA NORME « CORÉGUÉE »

**[11]** Il pourrait paraître curieux de commencer une réflexion sur la définition de la norme par ses critères d'identification accessoires. Toutefois on attribue souvent un certain nombre d'avantages ou de qualités au processus de corégulation qui pourraient se confondre avec des critères d'identification de la norme juridique dans le cadre d'une gouvernance globale. On prête à la corégulation et à la norme qui en découle deux vertus principales : l'efficacité (1.1.) et la légitimité (1.2.).

### 1.1. L'EFFICACITÉ DE LA NORME « CORÉGUÉE »

**[12]** L'efficacité de la norme se distingue de son effectivité en ce que la première désigne « la propriété qu'elle aurait de produire les effets que l'on attendrait d'elle » alors que la seconde vise « la propriété qu'aurait une règle de produire des effets dans la réalité empirique » (DE BECHILLON, 1997, p. 87). Dans un monde globalisé sous-tendu par la logique du libéralisme économique, voire de l'ultralibéralisme (SUPIOT, 2020, p. 560), l'efficacité de la norme semble parfois constituer un critère de juridicité, et

donc d'appartenance de la norme à l'ordre juridique qui encadre ces activités globales. Mais toute activité n'a pas vocation à être corégluée. Il faut déterminer les hypothèses dans lesquelles ce processus est opportun, pourquoi il peut être efficace et savoir si une juridicité d'ordre pragmatique peut-être attribuée à la norme.

**[13] Quand corégluer ?** Le processus de corégulation paraît adapté dans les hypothèses d'externalités négatives, soit, du point de vue économique, lorsqu'une activité de production ou de consommation d'un agent affecte de manière défavorable le bien-être d'un autre sans qu'aucun des deux ne reçoive une compensation pour cet effet (ENCYCLOPÉDIE UNIVERSALIS). On pense à l'environnement, la santé, l'économie, le commerce ou la finance, la sécurité, les technologies, c'est-à-dire à nouveau l'ensemble des activités globalisées. L'interdépendance des acteurs et des activités qui en résulte justifie que toutes les parties prenantes puissent intervenir dans le processus de formation et d'application de la norme et ce à différents niveaux, du local à l'international.

**[14]** La corégulation est également privilégiée dans les domaines techniques, et ce pour deux raisons. D'abord du fait de l'asymétrie de l'information présente dans ces domaines pour lesquels les opérateurs techniques, tels que les plateformes numériques par exemple, disposent d'un monopole sur les données alors que les régulateurs publics n'ont pas suffisamment de données pour prendre des décisions averties (FINCK, 2018, p. 61). Il en est de même pour les opérateurs économiques qui bénéficient d'une expertise que ne possèdent pas nécessairement les pouvoirs publics et justifient l'utilisation de la certification par exemple. Par ailleurs, il est plus facile d'envisager la corégulation et l'intervention d'acteurs autres que publics dans des secteurs techniques, souvent moins sensibles politiquement. En ce sens, la corégulation ne paraît pas adaptée à l'encadrement des activités régaliennes, même globalisées, on pense particulièrement aux questions sécuritaires.

**[15] Pourquoi corégluer ?** L'avantage de la corégulation

*is that it provides a degree of certainty due to the backstop legal provisions whilst also encouraging innovation by allowing a flexible approach to implementation [...] co-regulatory initiatives are more likely to be successful as those being regulated have scope to use their experience to design and implement their own solutions (MARSDEN, 2011, p. 59).*

**[16]** La corégulation se voit ainsi attribuer beaucoup de qualités : rapidité, flexibilité, plus grande efficacité, moindre coût (CSINK & MAYER, 2014, p. 413) et meilleure mise en œuvre du fait de l'implication de toutes les parties prenantes, qui permettent d'identifier et de répondre aux besoins du secteur et d'adopter une législation adaptée, ayant plus de chance d'être appliquée.

**[17] Un processus adaptatif.** Les processus décisionnels de corégulation donnent en outre lieu à une constante évaluation et un réajustement aux besoins du secteur concerné (FINCK, 2018, p. 60). À titre illustratif, à l'échelle internationale, la procédure de l'Examen du processus d'élaboration des normes de l'OCDE, composée de processus internes et externes, permet d'évaluer la pertinence des normes établies par

l'OCDE par rapport à leur objectif, nécessitant au besoin l'élaboration de nouvelles normes. Rappelons que l'OCDE est une organisation intergouvernementale, qui fonctionne sur une base multipartite, ce qui lui permet d'être à l'écoute des besoins en matière de réglementation, d'adopter une approche ascendante et consensuelle pour une meilleure acceptation des normes établies, et de bénéficier d'une expertise technique dans tous les domaines (v. BONUCCI, 2019, p. 590). Le fait que l'OCDE, lors de son dernier Examen (2016-2021), ait révisé 15 instruments et en ait abrogé 54 en vigueur en 2016 (OCDE, 2021, p. 3) et adopté 29 nouveaux instruments juridiques pendant cette phase montre la capacité de cette organisation à être réactive aux besoins de la société internationale dont elle entend réguler les activités. L'OCDE a d'ailleurs développé ses propres principes pour la révision de ses normes : visibilité des normes, transparence et légitimité, mesure et renforcement de la mise en œuvre, portée mondiale, garantie de la pertinence dans le temps. Ces principes directeurs sont caractéristiques de la manière dont le droit international est formé et appliqué dans le cadre de la gouvernance mondiale. Ils appellent des modes de formation flexibles, inclusifs et réactifs.

**[18] L'efficacité de la norme comme critère d'une juridicité pragmatique ?** La corégulation est à bien des égards un processus décisionnel séduisant en ce qu'il correspond parfaitement à la gouvernance des défis planétaires et des mutations rapides d'un monde global : multi parties prenantes, souple, adaptable. Ces qualités garantissent sans doute une meilleure application des normes et un encadrement adapté des activités concernées. En ce sens, la norme corégluée atteint bien son objectif : elle est efficace. Cette efficacité justifie son existence comme norme mais ne suffit pas à reconnaître formellement son appartenance à l'ordre juridique. D'un point de vue pragmatique, peu importe que la norme soit juridique, obligatoire ou non, elle remplit l'objectif qui lui est assigné. Du point de vue des opérateurs économiques, cette norme est co-formée par eux et leur est destinée, et sur ce dernier point il n'y aurait donc pas de différence avec une norme juridique. Pourtant, la différence existe si la violation de la norme corégluée n'entraîne aucune conséquence juridique et notamment aucune sanction. L'efficacité ne peut donc pas être un critère de juridicité, tout au plus un critère de juridicité pragmatique si l'on veut garder un esprit ouvert à de nouveaux concepts et qui ne serait dès lors qu'un critère accessoire. L'efficacité de la norme pourrait effectivement justifier, à plus long terme, qu'elle devienne juridique (v. *infra* 2.2.). Le même raisonnement peut être tenu s'agissant d'une autre vertu prêtée à la corégulation : la légitimité.

## 1.2. LA LÉGITIMITÉ DE LA NORME « CORÉGLUÉE »

**[19] Représentativité des parties prenantes.** La corégulation n'est légitime que si la représentativité de toutes les parties prenantes est respectée (*UEAPME c. Conseil*, T-135/96, point 88). Mais le fait que toutes ces parties prenantes puissent participer au processus décisionnel n'est pas synonyme d'un processus délibératif plus démocratique. La corégulation s'inscrit dans le cadre de la démocratie participative et permet de dépasser les travers de la démocratie délibérative (PERALDI-LENEUF, 2013, p. 195). Sans doute la corégulation permet-elle également de rendre plus transparente et explicite la participation des opérateurs économiques au processus décisionnel, qui, dans le cadre d'un processus législatif exclusivement public et centralisé, auront tendance à agir par un *lobbying* difficilement contrôlable (FINCK, 2018, p. 67).

**[20] Souveraineté et risque d'accapuration du pouvoir normatif.** Christian Paul, député français, chargé en 2000 par le Premier ministre d'une mission sur la régulation d'internet (PAUL, 2000), déclarait : « Il existe plusieurs formes de régulation légitime, mais il ne faut pas confondre les genres et le pouvoir de l'État ne se partage pas. Si une forme nouvelle de coopération entre les acteurs privés et publics se met en place, il n'y a pas pour autant impuissance publique ou abandon des souverainetés » (PAUL, 2000, p. 128). Les questions de souveraineté, entendue au sens plus large d'autonomie stratégique, voire « d'"empowerment" de la puissance économique européenne » (BERTRAND, 2021, p. 250), soulignent l'un des enjeux majeurs du choix du mode de régulation : le risque d'accapuration du pouvoir normatif par les acteurs privés, la crainte de perte de souveraineté ou d'autonomie pour l'État et finalement la question de savoir qui est l'auteur légitime de la norme selon le domaine considéré.

**[21] Le choix de l'auteur légitime.** Toutes les parties prenantes ont le pouvoir de produire des normes mais toutes n'ont pas la compétence pour produire des normes juridiques. L'État dispose de la compétence primaire de produire du droit ; les acteurs privés n'ont qu'une compétence dérivée de la volonté des États. Ils ne pourront produire des normes juridiques obligatoires que si l'État leur reconnaît cette compétence. En outre, la réponse à la question de l'auteur légitime pour produire la norme peut varier selon le domaine en cause. L'État aura plus de difficulté à déléguer un pouvoir normatif à des acteurs privés dans les domaines régaliens, alors qu'il pourrait être plus enclin à le faire dans le domaine économique, à condition que cela ne porte pas atteinte à son autonomie stratégique. La réponse varie également selon l'approche théorique choisie. L'approche positiviste ou au contraire de pluralisme juridique conditionnera l'appréhension ou non des sources matérielles du droit et de producteurs de normes autres qu'étatiques. Une approche de libéralisme économique, telle que mentionné plus haut, sera plus favorable à la production normative privée qu'un défenseur de l'État providence. Enfin, la qualification que l'on retiendra de l'objet à réguler : la sécurité comme domaine régalien ou comme risque global par exemple, le cyberspace ou la datasphère comme ressource publique mondiale, infrastructure critique ou bien commun, justifiera l'intervention multiniveau (universel, régional, national ou local) et non plus seulement celle de l'État pour encadrer ces activités. Il n'y a donc pas de réponse unique à la question de la légitimité de la norme juridique par son auteur. Il est difficile pour un publiciste français de voir disparaître l'État mais force est de constater que les autres parties prenantes doivent être prises en compte dans la corégulation, mais comment ? Nos manières d'appréhender le droit conditionnent nécessairement notre réponse.

**[22] Déficit de légitimité démocratique.**

*The essence of democratic legitimacy is that executive decisions can be traced back to the people - the subject of sovereignty - directly or through the chain of elections and appointments. Democratic legitimacy would be missing (and it would be inconsistent with the rule of law) if the state would grant executive (regulatory) powers to an organisation that was established on a voluntary basis and the executive powers of which cannot be traced back to the voters (CSINK & MAYER, 2014, p. 409).*

[23] S'il est vrai que la corégulation est un processus plus représentatif des différentes parties prenantes, il n'en demeure pas moins qu'il consiste à déléguer le pouvoir normatif à des entités dépourvues de toute légitimité démocratique.

[24] Du fait de la subjectivité et de la variabilité des réponses apportées à la légitimité de la norme et de son ou ses auteur(s), ce critère ne peut constituer un élément d'identification de la juridicité de la norme. Tout au plus cette légitimité pourra-t-elle conditionner l'acceptabilité et l'effectivité de la norme, qui contribueront à ce qu'une norme de droit souple devienne une norme de droit dur, au regard des critères de juridicité que l'on qualifiera cette fois de principaux.

## 2. LES CRITÈRES PRINCIPAUX DE JURIDICITÉ DE LA NORME « CORÉGULÉE »

[25] Si l'efficacité et la légitimité de la norme constituent indéniablement des atouts du processus décisionnel de corégulation, ils ne permettent pas à la norme coréguée d'atteindre le « seuil de normativité ». Il ne s'agit pas d'adopter une lecture classique des sources du droit, selon laquelle seuls les actes produits par l'État et ayant des effets obligatoires constitueraient du droit. La corégulation offre l'opportunité d'une lecture renouvelée de cette théorie des sources par laquelle la juridicité des normes sera évaluée à l'aune de la participation respective des acteurs publics et privés (2.1.) et des effets attribués à cette norme (2.2.).

### 2.1. LES RÔLES RESPECTIFS DES ACTEURS PUBLICS ET PRIVÉS

[26] **Le renversement de la hiérarchie public/privé.** Le « programme juridique de la globalisation » consiste notamment en « l'inversion de la hiérarchie public/privé », entraînant un « mouvement de privatisation du pouvoir normatif » (SUPIOT, 2020, p. 388-390). Il s'agit dès lors d'apprécier dans quelle mesure la corégulation organise cette bascule de la hiérarchie, éloignant par la même la norme de la sphère juridique.

[27] **Un processus prénormatif.** À la toute fin des années 1990 (FALQUE-PIERROTIN, 1999, p. 17), la corégulation apparaît comme un

*lieu d'échange, de négociation entre les parties prenantes et les titulaires de la contrainte légitime et où se comparent les bonnes pratiques afin de les ériger en recommandations. Ce lieu peut également servir d'instance de médiation (DU MARAIS, 2001, p. 296).*

[28] L'expression est plusieurs fois utilisée dans ce sens à la même époque (PAUL, 2000, p. 75) pour désigner l'endroit « où peut se construire un consensus entre les divers acteurs de la régulation (législateur, juges, entreprises, associations civiles, autorités de régulation). Il s'agit entre eux d'échanger des informations, de se coordonner, (de) constituer une instance de veille, d'information, de concertation, de conseil et de mobilisation » (POULLET, 2004, p. 5). En d'autres termes, la corégulation apparaît comme un processus « prénormatif » (POULLET, 2004, p. 5) et donc clairement non juridique.

**[29] Répartition des rôles dans la production de la norme.** L'accord interinstitutionnel européen « Mieux légiférer » de 2003 s'éloigne de cette logique de discussion entre acteurs publics et acteurs privés pour privilégier une méthode de répartition des rôles. Toutes les parties prenantes doivent participer à toutes les étapes du processus de formation de la norme juridique. « Les autorités législatives européennes ont à fixer les objectifs essentiels de la politique réglementaire laissant à la co-régulation le soin d'en déterminer les moyens pour atteindre ces objectifs » (POULLET, 2004, p. 7). L'accord interinstitutionnel fixe deux limites aux pouvoirs publics : « la Communauté ne légifère que dans la mesure nécessaire, conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. [Les trois institutions] reconnaissent l'utilité de recourir, dans les cas appropriés, lorsque le Traité CE n'impose pas spécifiquement le recours à un instrument juridique, à des mécanismes de régulation alternatifs » (ACCORD INTERINSTITUTIONNEL, 2003, point 16). Le principe de subsidiarité est entendu ici dans un double sens : le premier est « consacré par l'article 5 du Traité sur l'Union européenne : l'Union européenne et ses Institutions ne doivent agir que dans les matières qui ne peuvent être adéquatement réglées à un niveau inférieur ». Ce principe est également transposable dans une logique de gouvernance globale où la production normative peut se faire à différents niveaux. La seconde signification imposerait « de ne légiférer que dans la stricte mesure des exigences posées par la nécessité de fixer de tels objectifs, laissant au secteur privé le soin de décider de la juste manière d'atteindre de tels objectifs : en d'autres termes par la corégulation » (POULLET, 2004, p. 9). C'est donc au législateur d'évaluer le contenu et la teneur de la délégation octroyée aux acteurs privés et, ce faisant, de définir le degré de juridicité de l'acte qui en résultera.

**[30] Corégulation verticale ou égalitaire ?** Cette corégulation verticale (publique/privée) se distingue de la corégulation interinstitutionnelle ou horizontale (BONNEAU, 2013, p. 233), telle que les procédures législatives européennes, exclues de cette étude en raison de l'absence d'incertitude quant à la dimension juridique des produits normatifs qui en résultent. Cette verticalité peut d'ailleurs elle-même être discutée. Il a pu être défendu l'idée que le modèle américain ne connaissait pas la corégulation (MARSDEN, 2011, p. 66). L'autorégulation serait privilégiée par les acteurs privés pour anticiper et éviter toute implication gouvernementale du fait de relations entre le public et le privé, formelles et le plus souvent contradictoires (NEWMAN & BACH, 2004, p. 388). Inversement, le modèle européen, vu du côté américain, serait plus consensuel avec un dialogue entre entités se considérant comme partenaires plutôt que comme adversaires, évoquant ainsi l'idée de « *coordinated self-regulation* » (NEWMAN & BACH, 2004, p. 398). Cette vision générale d'un modèle européen supposé mérite toutefois d'être nuancée dans la mesure où le dialogue public-privé n'est sans doute pas le même lorsque l'on compare le modèle allemand de « *regulated self-regulation* », dans lequel l'étendue des pouvoirs délégués aux acteurs privés est inversement proportionnelle à l'implication des droits fondamentaux (SCHULZ, W. and HELD, T., 2001, cité par CSINK & MAYER, 2014, p. 409-410), et celui de la France, qui historiquement ne peut faire sans l'État (v. dans ce sens, TODD, 2020, p. 344).

**[31] Approches culturelles de la corégulation.** Il y a donc une dimension culturelle dans l'appréhension de la corégulation (CSINK & MAYER, 2014, p. 410-411). Au-delà des distinctions nationales précitées, au sein même des juristes, un publiciste

s'intéressera sans doute plus particulièrement à la place de l'État que son collègue privatiste, cette *summa divisio* supposant déjà de se placer dans un système plutôt romano-germanique que de *common law*. Ces précisions peuvent paraître triviales mais expliquent pourquoi chaque partie prenante peut avoir une interprétation différente du rôle qu'elle occupe dans ce processus de corégulation, au-delà de la lettre du texte. La répartition des rôles entre acteurs publics et acteurs privés peut en outre être plus subtile. Christopher Marsden identifie pas moins de douze idéal-type d'auto et corégulation en matière numérique, sous le nom de « *Beaufort scale* », évaluant la place respective des acteurs publics et des acteurs privés (MARSDEN, 2011, p. 62, 226-227). Cette répartition des rôles n'est pas suffisante pour définir la juridicité de la norme, tout au plus en fournira-t-elle un indice. Si la place des pouvoirs publics est importante dans le processus de corégulation, il est fort probable qu'il soit accordé plus d'effet dans l'ordre juridique de référence à la norme produite.

**[32] Corégulation ascendante et descendante.** Ce qui importe davantage est la temporalité dans la répartition de ces rôles. Dans le cadre d'un partenariat public-privé, la corégulation peut être ascendante ou descendante. S'agissant de la corégulation ascendante, les acteurs privés s'autorégulent d'abord et le fruit de ce processus doit être reconnu législativement pour être validé. À ce titre, on pourrait d'ailleurs considérer que toute autorégulation par les acteurs privés relève nécessairement de la corégulation pour que le fruit de cette autorégulation soit considéré comme du droit dur, puisque la validation par les pouvoirs publics est nécessaire pour ce faire. La corégulation descendante quant à elle « suit l'intervention législative et est appelée par elle dans un cadre strict de contrôle par les autorités publiques » (POULLET, 2019, p. 151). La temporalité indique plus clairement la juridicité de l'acte. La seconde hypothèse produit du droit dur alors que la première ne le fait que si l'autorégulation privée est validée par les pouvoirs publics et reconnue comme appartenant à l'ordre juridique. En fonction de « *who (public or private sector actors) initiates the regulatory process, who defines its objectives, who develops the rules, who confirms the rules and who enforces the rule* » (HUPKES, 2009) pourra être définie la part respective des acteurs privés et des acteurs publics dans le processus de régulation et, consécutivement, si les seconds sont davantage impliqués que les premiers, le caractère plus probablement juridique de la norme produite.

**[33] Un modèle européen ?** À titre d'exemple, le modèle européen, s'il existe, tend à permettre au pouvoir législatif de garder « la maîtrise du contenu et de la teneur de la délégation accordée aux acteurs privés et par conséquent aussi de la part normative de celle-ci » (PERALDI-LENEUF, 2013, p. 198). Ainsi dans l'accord interinstitutionnel de 2003, le principe de la corégulation doit être déterminé et le contenu doit être élaboré dans un acte législatif selon les procédures prévues par le traité. Le recours à la corégulation doit respecter l'ensemble du droit de l'Union (ACCORD INTERINSTITUTIONNEL, 2003, point 17 à 21). Ce cadre plus contraint par les pouvoirs publics et défendu par le droit européen justifierait la juridicité de l'acte qui en résulte.

**[34] Un critère cumulatif.** Il n'en demeure pas moins que le législateur peut décider que le produit normatif n'ait pas d'effet juridique et reste dans le registre du droit souple. L'analyse de la répartition des rôles entre acteurs publics et privés ne suffit donc pas

seule à identifier pleinement la juridicité de ce produit et il faudra alors se tourner vers les effets attachés à l'autorégulation des acteurs privés.

## 2.2. LES EFFETS DE L'AUTORÉGULATION DES ACTEURS PRIVÉS

**[35] La place de l'autorégulation dans la corégulation.** L'autorégulation des acteurs privés est le plus souvent intégrée dans un processus de corégulation impliquant également les acteurs publics, ce qui remet en cause l'idée précédemment énoncée selon laquelle le système américain ne connaîtrait pas de processus de corégulation. Pour évaluer la juridicité de l'autorégulation, il faudra prendre en compte les effets que le processus de corégulation lui accorde mais également ceux que l'autorégulation pourrait avoir à plus long terme et qui permettraient la transformation de *soft law* en *hard law*.

**[36]** La place de la norme privée, autoréglée, dans le processus de corégulation constitue un indicateur solide de l'effet juridique ou non de la norme produite. Les articles 40 et suivants du Règlement général sur la protection des données (RGPD) évoquent les codes de conduite, la certification, les labels, autant d'actes qui formellement n'ont pas d'effet obligatoire *a priori*. Toutefois, l'article 32, paragraphe 3 montre l'intérêt pour les entreprises de recourir à ces sources de régulation diverses puisque les responsables ou sous-traitants peuvent justifier de leur conformité aux exigences du Règlement parce qu'ils ont suivi un code de conduite ou une certification accrédités. L'article 32 prévoit donc que l'application de mécanismes d'autorégulation accrédités constitue un « élément » de démonstration du respect des obligations de moyen, en matière de sécurité, mises à leur charge. En ce sens, l'autorégulation forme un élément de preuve de la conformité du comportement des acteurs à leurs obligations réglementaires et s'inscrit dans un processus de corégulation. Les modalités de mise en œuvre de la norme privée issue de l'autorégulation établissent un critère de juridicité, si cette norme est validée, d'une manière ou d'une autre, par les pouvoirs publics et consécutivement reconnue comme juridique. Eve Hupkes considère ainsi que le succès du processus de corégulation dépend notamment de la capacité du secteur public à être « clair » quant aux conséquences d'une absence de mise en œuvre de la norme auto ou coréglée (HUPKES, 2009, p. 446). Ce qui distingue la norme juridique des autres normes est d'ailleurs le fait que la première « *can be enforced by the state* » (CSINK & MAYER, 2014, p. 404).

**[37] L'incorporation par renvoi.** Par ailleurs, les normes coréglées peuvent acquérir un caractère juridique si elles sont incorporées par renvoi dans un instrument de droit dur. Une norme privée technique peut être incorporée par renvoi dans un contrat ou dans une loi, permettant à l'instrument juridique de bénéficier de l'expertise technique et de faciliter la mise à jour technique des règles de droit. Il est d'ailleurs intéressant de noter que le Guide légistique produit par le Secrétariat général du Gouvernement et le Conseil d'État français, bien qu'il fasse référence à la technique de l'incorporation par renvoi, ne mentionne pas l'hypothèse du renvoi à un texte non contraignant en vertu du principe français selon lequel « le renvoi ne peut avoir lieu qu'entre textes de même niveau » (PREMIER MINISTRE / SGG et CONSEIL D'ÉTAT, 2017, p. 319). La pratique

semble à l'inverse beaucoup plus répandue au Canada (pour des exemples v. CHAPDELAIN, 2010). Cette technique a le mérite d'identifier très clairement l'effet de la norme corégluée en fonction de la valeur juridique du texte qui l'incorpore. Mais ce qui peut relever utilement d'un principe légistique d'économie pour l'État peut à l'inverse porter atteinte à la lisibilité du droit pour le destinataire de la règle. J.-P. Chapdelaine souligne en outre que, selon la jurisprudence canadienne, l'incorporation par renvoi n'implique pas une subdélégation de pouvoirs : « le fait d'habiliter (...) le gouvernement (...) à "emprunter" des normes à une autre entité n'emporte pas abdication de pouvoir, il n'y a pas de perte de souveraineté, le Parlement peut toujours révoquer ou modifier les dispositions en cause » (CHAPDELAIN, 2010, I.C.1.). La norme privée ou corégluée n'est pas en elle-même juridique mais c'est bien par le truchement de l'acte qui l'incorpore qu'elle acquiert ce caractère. Une même logique est identifiable en droit international.

**[38] De la norme corégluée à la norme coutumière.** Une norme de droit souple peut devenir du droit dur par le processus coutumier à condition de pouvoir démontrer une pratique généralisée des États dans le temps et l'espace ainsi que l'*opinio juris*, c'est-à-dire la conscience de l'existence d'une règle de droit chez les États. Il faut toutefois apporter une nuance ici. La commission du droit international considère que la pratique des acteurs non étatiques ne constitue pas une « pratique » au sens d'élément constitutif de la coutume, mais « peut être pertinente pour [l']apprécier » (COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, 2018, paragraphe 3). Ce n'est que si une norme corégluée peut être qualifiée de pratique étatique, si les États l'ont approuvée par exemple (COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL, 2018, paragraphe 8), qu'elle pourra être constitutive d'une coutume et, à ce titre, être opposable aux États. La transformation formelle de la norme corégluée est en revanche plus directe s'agissant des traités.

**[39] De la norme corégluée à la norme conventionnelle.** La norme corégluée peut devenir une norme conventionnelle. Il ne s'agit pas d'une incorporation par renvoi au texte coréglué mais de la codification de tout ou partie de ce texte au sein d'un instrument conventionnel. L'effectivité des normes adoptées par l'OCDE est ainsi attestée par leur internationalisation. Sans doute en raison de leur pertinence et de leur caractère formellement non contraignant, les normes élaborées par l'OCDE sont adoptées par des communautés internationales et des organismes internationaux. Leur diffusion est également assurée parce qu'elles peuvent être incorporées dans d'autres cadres juridiques, et parfois avec un instrument plus « dur ». Ce qui n'est au départ qu'un simple *gentlemen's agreement* peut devenir un traité. Enfin l'OCDE, par sa dimension institutionnelle intergouvernementale et fonctionnelle multi parties prenantes peut aisément et rapidement servir de forum pour les négociations internationales en vue de l'établissement d'une convention. Cette organisation internationale offre donc un cadre privilégié pour transformer la norme corégluée non obligatoire en norme juridique internationale.

**[40] En conclusion** il est bien difficile de définir la corégulation, sauf à adopter une définition très large, qui ne présente que peu d'intérêt au regard de la réflexion collectivement menée dans ce dictionnaire sur ce que constitue la norme et sur ses effets. Une telle analyse appelle l'examen précis des modalités de ce processus

décisionnel pour identifier si son produit a atteint le seuil de normativité. La corégulation peut revêtir différentes formes, faisant intervenir à des degrés divers, selon des chronologies différentes et avec des rôles variables, les parties prenantes d'un secteur d'activités donné. Le rôle joué par les pouvoirs publics sera un indicateur solide du degré de juridicité de la norme. La corégulation constitue certes un processus intéressant par son efficacité, sa légitimité et la réactivité qui en découle au regard des besoins du secteur. Cependant, si les incertitudes quant aux effets de la norme produite ne sont pas clairement levées par le texte qui habilite les acteurs privés à réguler, alors l'atteinte à la prévisibilité et la sécurité juridiques pose problème. D'un point de vue méthodologique, l'analyse du processus de corégulation reste toutefois subjective : elle dépend de l'approche adoptée, du point de vue théorique défendu, de la qualification de l'objet à encadrer et des objectifs assignés à la norme.

**[41]** Ce relativisme ne saurait toutefois écarter le fait que la corégulation participe pleinement à

*l'effacement de l'hétéronomie de la loi – désormais traitée comme un produit en compétition sur le marché des normes (SUPIOT, 2020, p. 561).*



**Pour en savoir +**

**(choix éditorial de l'autrice pour compléter la réflexion sur le sujet) :**

- CSINK, L., and MAYER, A., "How to Regulate: The Role of Self-Regulation and Co-Regulation", 2014, *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, p. 403-420
- PERALDI-LENEUF, F., « Vers une externalisation de la production du droit de l'Union européenne. L'exemple de la corégulation (policy cooperation) », dans PERALDI-LENEUF, F., et DE LA ROSA, S., (dir.), *L'union européenne et l'idéal de la meilleur législation*, Pedone, 2013, p. 191-207.
- MARSDEN, Ch., *Internet Co-regulation. European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*, Cambridge University Press, 2011.
- POULLET, Y., « Technologies de l'information et de la communication et 'co-régulation' : une nouvelle approche ? », *Droit et nouvelles technologies*, mise en ligne 27 mai 2004, 20 p.

## BIBLIOGRAPHIE

BERTRAND, B., « La souveraineté numérique européenne : une "pensée en acte" ? », 2021, *RTDEur.*, p. 249-278

BONUCCI, N., "International Law in the making: the OECD experience", dans *ILO100: Law for Social Justice*, 2019: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---jur/documents/publication/wcms\\_732217.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---jur/documents/publication/wcms_732217.pdf)

BONNEAU, Th., « La corégulation – le processus Lamfalussy et une généralisation de celui-ci ? », dans KESSEDJIAN, C. (dir.), *Autonomie en droit européen. Stratégies des citoyens, des entreprises et des États*, Paris, Editions Panthéon Assas, coll. Colloques, 2013, p. 105-117.

CHAPDELAINE, J.-P., « L'incorporation par renvoi et l'annotation des textes législatifs, deux enjeux légistiques qui se prêtent à l'exercice de la simplification du droit », dans RUEDA, F. et POUSSON-PETIT, J., *Qu'en est-il de la simplification du droit ?*, Presses de l'Université Toulouse Capitole/LGDJ, 2018, p. 41-51.

CSINK, L., and MAYER, A., "How to Regulate: The Role of Self-Regulation and Co-Regulation", 2014, *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, p. 403-420

DE BECHILLON, D., *Qu'est ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, O. Jacob, 1997, 302 p.

DU MARAIS, B., « Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'Internet, Actes du Colloque de Paris*, 19-20 novembre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 293-308.

FALQUE-PIERROTIN, I., « Quelle régulation pour Internet et les réseaux ? », *Le Monde*, 27 nov. 1999, p. 17.

FINCK Michèle, « Digital Co-Regulation : Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy », 2018, *European Law Review*, V43, p. 47-68.

HUPKES, E., « Regulation, self-regulation or co-regulation? », 2009, *Journal of Business Law*, 5, p. 427-446

KESSEDJIAN, C., *Le droit collaboratif*, Paris, Pedone, 2016.

MARSDEN, Ch., *Internet Co-regulation. European Law, Regulatory Governance and Legitimacy in Cyberspace*, Cambridge University Press, 2011.

NEWMAN, A. L. and BACH, D. (2004) « Self-regulatory trajectories in the shadow of public power: resolving digital dilemmas » in Europe and the United States, *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions* 17:3 (July 2004), pp. 387–413.

PAUL, Chr., « La régulation d'internet – entretien électronique », *La pensée de midi*, 2000/2 (N°2), p. 128-129.

PERALDI-LENEUF, F., « Vers une externalisation de la production du droit de l'Union européenne. L'exemple de la corégulation (*policy cooperation*) », dans PERALDI-LENEUF, F., et DE LA ROSA, S., (dir.), *L'union européenne et l'idéal de la meilleur législation*, Pedone, 2013, p. 191-207.

POULLET, Y., « Technologies de l'information et de la communication et 'co-régulation' : une nouvelle approche ? », *Droit et nouvelles technologies*, mise en ligne 27 mai 2004, 20 p.

POULLET, Y., *La vie privée à l'heure de la société numérique*, Larcier, coll. du CRIDS/ Essai, 2019, 190 p.

SUPIOT, A., *La gouvernance par les nombres*, Fayard/Pluriel, 2020, 598 p.

TODD, E., avec la collaboration de TOUVEREY, B., *Les luttes de classes en France au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Seuil, 2020, 384 p.

WEGENER, L., *International Law and Global Governance*, Munich, GRIN Verlag, 2008, <https://www.grin.com/document/92688>

WEIL, P., « Vers une normativité relative en droit international ? », 1982, *RGDIP*, p. 5-47.