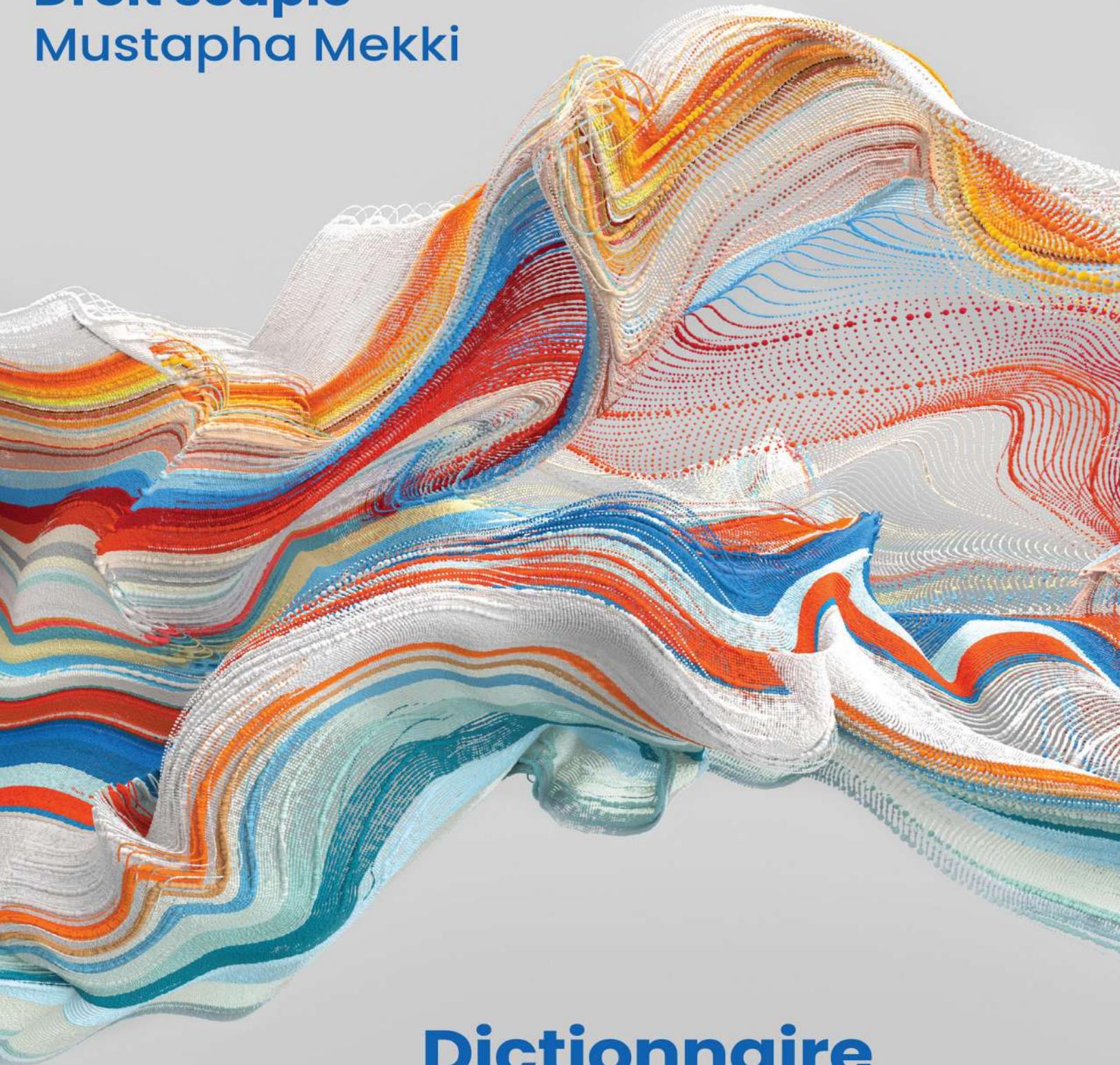


Droit souple
Mustapha Mekki



Lex Electronica
Volume 29-3

**Dictionnaire
de la
norme** Formaliser
l'informel

Sous la direction de
Vincent Gautrais

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.

DROIT SOUPLE

ii

Mustapha MEKKI¹

Mustapha MEKKI
Droit souple

¹ Professeur des universités, Directeur EDS-RE, IED - Université Paris 1 Panthéon Sorbonne ; Directeur général de l'Institut National de la Formation Notariale (INFN).

Table des matières

1. Quoi ?	2
2. Pourquoi ?	3
3. Comment ?	4

[1] Le droit souple est-il réellement du droit ? Cette question pouvait paraître pertinente au début du 21^{ème} siècle, pour ceux qui ne concevaient le droit que dans sa « dureté » et son caractère contraignant. De nos jours, à condition d'admettre que la production de la norme juridique est un processus composé d'un ensemble d'actes dont l'intensité normative varie dans le temps et dans l'espace, le droit souple appartient à la catégorie du droit. Les appellations sont diverses (droit doux, droit mou, droit vert, droit assourdi...), la liste est longue (avis, recommandation, circulaire, résolution, lignes directrices, foire aux questions, observations, codes de conduite...) et l'intensité normative variable (« gradation de normativité » selon C. THIBIERGE, 2009, p. 141).

[2] Dès les années 1930, la soft law ou droit souple fait son apparition doctrinale en droit international public, même si le phénomène est évidemment bien plus ancien (sur cette ancienneté, v. not. M. BLEUSEZ, 2023, p. 119). Le Rapport publié en 2013 par le Conseil d'État avait très tôt perçu les virtualités normatives du droit souple en le définissant comme :

l'ensemble des instruments réunissant trois conditions cumulatives : ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant dans la mesure du possible leur adhésion, ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires et ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit (CONSEIL D'ÉTAT 2013, p. 61).

[3] Pour une approche moins sectorisée, on peut aussi se référer à la définition proposée par Alain Bénabent et Yves Gaudemet (A. BÉNABENT et Y. GAUDEMET, 2022) :

on parle aussi de « soft law » car le phénomène est universel. Expression qui désigne un ensemble de règles de nature et de formulation très variées qui visent à influencer le comportement de leur destinataire sans utiliser de formes ordinaires du droit. Procédé de plus en plus utilisé dans tous les domaines des activités administratives, notamment celui de la régulation des marchés et celui de l'exercice des libertés publiques.

[4] Ce qui caractérise le droit souple est son caractère protéiforme et ses définitions multiples. Il peut être appréhendé dans ses différents éléments flou (sans précision), doux (sans obligation) et/ou mou (sans sanction) (sur ce triptyque, C. THIBIERGE, 2003, p. 599). Il peut également l'être dans ses rapports à la loi : il est tantôt *contra legem*, *infra legem*, *para legem*.

[5] À vrai dire, la question consiste moins aujourd'hui, sauf pour quelques auteurs, à se demander si le droit souple est du droit mais en quoi ce droit se différencie-t-il du droit dur. Pourquoi complète-t-il utilement le droit dur et comment peut-il à l'issue d'un processus plus ou moins long « s'endurcir » ?

[6] Quoi, pourquoi et comment sont les trois questions qui permettent d'appréhender le phénomène du droit souple dans toute sa singularité.

1. QUOI ?

[7] Quelle juridicité pour le droit souple ? – Si le droit souple est bien du droit, il enrichit la conception traditionnelle de ce dernier. Classiquement, le droit, parmi de multiples définitions, est un ensemble de règles sanctionnées par l'État. C'est en amont, l'État, et en aval, la sanction, qui en constituent les éléments constitutifs. Le droit souple amène à dépasser, d'une part, la contrainte pour accorder plus de place à la suggestion, la direction, la recommandation, l'incitation..., et d'autre part, à la réception de la règle par les destinataires. C'est aujourd'hui l'effet juridique produit par le droit souple qui lui confère sa juridicité. L'adhésion à ou l'influence de la règle qui produit un « effet juridique » au-delà de la seule contrainte devient déterminante.

[8] La jurisprudence administrative insiste de son côté sur un critère formel, une rédaction commune à la règle de droit (si... alors par exemple) et l'existence de termes suffisamment précis, et un critère volontariste, avoir influencé la décision ou le comportement d'une personne. Tel est en substance le contenu de l'arrêt rendu en Conseil d'État. Selon les décisions d'Assemblée du Conseil d'État du 21 mars 2006 :

« les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies, peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance » et ajouté « que ces actes peuvent également faire l'objet d'un tel recours, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent. »

2

[9] Les exemples sont nombreux depuis lors : recours pour excès de pouvoir contre un communiqué de l'Autorité des marchés financiers, délibération de la Commission de régulation de l'énergie.

[10] Si la réception par le juge administratif est désormais établie, le juge judiciaire se montre plus réticent. Ainsi il a été jugé que les recommandations de la Commission des clauses abusives ne pouvaient pas fonder un pourvoi en cassation :

les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas génératrices de règles dont la méconnaissance ouvre la voie de la cassation (CASS. 1re civ., 13 nov. 1996).

[11] Dans le même esprit, un barème ne suffit pas à fonder la décision d'un juge du fond (CASS. 1re civ., 23 oct. 2013). Cependant, la Cour de cassation, avec les années, accorde une place plus importante au droit souple comme en témoigne son rapport en 2018 (COUR DE CASSATION, 2018). Elle avoue parfois appliquer du droit souple. Par exemple, en droit de la responsabilité civile, la référence à la nomenclature Dintilhac par les juges du fond est désormais validée et admise par la Cour de cassation (Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, ss

présidence de J.-P. DINTILHAC, remis le 28 octobre 2005). Au moyen de cette nomenclature de droit souple, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a entrepris de réduire la catégorie des préjudices indemnifiables par une lecture « fermée » de la nomenclature (v. not. CASS., 2e civ., 28 mai 2009, n° 08-16.829), même si des arrêts postérieurs rassurent sur la possibilité d'enrichir cette nomenclature (ex. préjudice d'angoisse de mort imminente non prévu par la nomenclature, CASS., ch. mixte, 25 mars 2022, n° 20-15.624). La Cour de cassation dans son rapport de 2018 reconnaît la pleine juridicité : cette « application consacre la pleine juridicité de la norme qui peut alors intégrer la majeure du syllogisme » (Le rôle normatif de la Cour de cassation, Étude annuelle 2018, spéc. p. 214). Cette nomenclature est l'exemple topique d'une formation de la règle de droit par étapes successives allant du droit le plus souple au droit le plus dur.

[12] Le droit souple est enfin présent au sein du vocable de « la prise en considération ». Il s'agit d'une norme qui n'est pas tout à fait appliquée mais, qui n'est pas tout à fait ignorée non plus, se trouvant dans les interstices du droit classique (sur ce concept, P. DEUMIER, La prise en considération d'une norme par le juge : le chaînon manquant ?, D. 2022. 1668). Ainsi de l'article 1833 du Code civil qui invite à prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux en droit des sociétés.

2. POURQUOI ?

[13] Quelle légitimité pour le droit souple ? – Le droit souple n'est pas un droit subi mais voulu. Les raisons d'un tel choix pour cette structure de droit sont tout d'abord d'ordre stratégique. Pour les pouvoirs privés, tels que les entreprises, c'est un moyen de défendre l'efficacité de l'autorégulation et de retarder l'intervention du législateur. On connaît le discours encore tenu aujourd'hui en matière de responsabilité sociale des entreprises.

[14] Une stratégie juridique – La stratégie est surtout celle des pouvoirs publics nationaux ou européens. Le droit souple se justifie lorsqu'il existe une grande diversité culturelle et une faible légitimité des producteurs de la norme. Passer par le droit souple, c'est un moyen d'engager une réforme en douceur en procédant par étapes successives afin d'encourager une forme d'acculturation. Cette manière de faire est celle de certaines institutions européennes lorsque les positions nationales sont assez méfiantes ou réfractaires. Tel a été le choix des institutions européennes, devant la résistance de certains pays dont la France, à la mise en place d'un droit européen des contrats. L'invitation des pays à élaborer des principes communs et des définitions communes, projet auquel l'association Henri Capitant et la société de législation comparée ont répondu en publiant deux ouvrages de référence, est une manière plus « douce » d'entamer un processus d'harmonisation des droits. Cette stratégie s'impose également lorsque les systèmes sont très différents les uns des autres et qu'une réglementation nationale contraignante manquerait d'efficacité. Lorsque les risques sont systémiques et les problèmes déterritorialisés (numérique, finance, environnement), le seul moyen d'engager un processus d'harmonisation passe par le droit souple. Les enjeux ESG et les principes directeurs de l'ONU ou de l'OCDE sur la protection de l'environnement et des droits humains en sont un exemple topique au nom du devoir de

vigilance. La stratégie est parfois imposée par les textes attribuant une compétence limitée à certaines institutions pour agir au moyen du droit dur, mais se montrant moins regardant sur cette compétence d'attribution lorsqu'il s'agit du droit souple. C'est manifestement le cas des institutions européennes. Le droit souple renforce la cohérence du système juridique concerné.

[15] La stratégie poursuivie est en outre destinée à garantir une interprétation uniforme des règles parfois denses et complexes. C'est le rôle des lignes directrices de la Commission européenne en matière de concentration par exemple ou le cas de l'autorité de la concurrence française qui œuvre aussi à une application uniforme des textes.

[16] Une nécessité économique – Les raisons ne sont pas seulement stratégiques mais économiques. Une réglementation nationale trop contraignante peut constituer une atteinte disproportionnée aux libertés économiques (liberté d'entreprise, liberté de concurrence, liberté contractuelle...) et rompre l'égalité entre les entités économiques. Cette question était au cœur du débat sur le devoir de vigilance. Si la loi du 27 mars 2017 a basculé du côté du droit dur pour le contenant, en imposant une obligation de vigilance, le contenu demeure assez souple (plan de vigilance) en n'indiquant pas les moyens à mettre en œuvre pour la mise en place d'une responsabilité *ex ante*.

[17] Les effets pervers – Si les raisons justifiant le recours au droit souple sont légitimes, les effets pervers ou les risques doivent être canalisés. En effet, cette catégorie de règles pêche par son absence de caractère démocratique. Ce droit souple est parfois le moyen pour les lobbies d'exercer une influence sans les garanties d'une procédure démocratique et transparente. La sécurité juridique est également menacée tant parce que succèdent à l'inflation des lois une inflation et une dilution du droit souple rendant sa connaissance et son accessibilité plus problématiques. Prenons le cas de la doctrine fiscale, parfois floue, censée guider les choix des contribuables. Que l'on songe encore aux lignes directrices de l'administration auxquelles cette dernière peut déroger en cas de circonstances particulières ou de motifs d'intérêt général ? De manière systémique, comment concilier et combiner notre classique hiérarchie des normes et cette pulvérisation des normes souples ? Comment régler les éventuels conflits entre les règles souples spéciales et les règles souples générales ? N'y a-t-il pas un risque de fragmentation de notre système juridique ? Les questions sont nombreuses et les précautions nécessaires.

3. COMMENT ?

[18] Comment : quelle intensité pour le droit souple ? – À vrai dire, il n'y a pas, à l'observation du phénomène, un droit souple mais un droit plus ou moins souple avec toute une palette d'intensité normative variable selon les circonstances.

[19] Le droit souple comme référent normatif – Tantôt, le droit souple sert à déterminer le contenu d'un standard juridique. Tel est le cas de l'utilisation qui peut être faite de règles de droit souple pour déterminer le seuil de la normalité et de l'anormalité. Que l'on songe par exemple à l'utilisation qu'un juge pourrait faire des « données

acquises de la science », issues de recommandations de la Haute autorité de la santé ou de l'Académie de médecine, pour déterminer le caractère fautif ou non du comportement du médecin. Dans le même esprit, un comportement fautif peut être retenu à l'encontre de celui qui ne respecte pas un engagement pourtant dépourvu de tout effet contraignant, selon la volonté expresse des parties. Malgré les précautions rédactionnelles, le juge en cas de non-respect de cet engagement non juridique et purement moral a pu parfois juger que bien que moral le dit engagement n'était pas dépourvu d'effet juridique (CASS. com., 23 janvier 2007) :

Mais attendu qu'en s'engageant, fût-ce moralement, « à ne pas copier » les produits commercialisés par la société Créations Nelson, la société Camaieu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente ; que la cour d'appel, qui n'encourt aucun des griefs du moyen, en a donc exactement déduit que cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable ; que le moyen n'est pas fondé.

[20] L'effet juridique est une catégorie assez large permettant aux interprètes, juges et autorités de régulation de faire varier l'intensité normative de certaines règles de droit souple. Cet effet juridique renvoie tant à l'influence que la règle de droit souple a exercée sur son destinataire qu'aux conséquences in concreto qu'en tire le juge au regard des circonstances. Cette force interprétative existe également à l'égard d'accords internationaux non contraignants qui peuvent servir de source d'inspiration, les comportements, les décisions et les actes étant appréciés à « la lumière » de tel ou tel principe ou règle ou accord non contraignant. Le contentieux climatique et la référence pendant un temps à l'accord de Paris pour déterminer le caractère fautif des États ou des multinationales en sont une parfaite illustration.

[21] Le droit souple comme source d'obligations – Tantôt le droit souple bascule du côté du droit dur en raison de l'espérance légitime qu'il a fait naître chez autrui, espoir déçu de manière intentionnelle ou non. De manière intentionnelle, des outils de droit souple mis au service d'une désinformation ou d'un dolus malus pourraient relever de la publicité mensongère et trompeuse, greenwashing ou fairwashing. Le droit pénal de la consommation prend ici le relais et permet au juge de punir ceux qui ont utilisé le droit souple comme un stratagème ou une manœuvre. La notion de document contractuel permet à ce titre de faire entrer dans le champ contractuel une information trompeuse. L'utilisation de ce droit souple déceptif n'est pas toujours intentionnelle. Dans ce cas, le juge pourrait utiliser la technique, au prix de quelques adaptations, de l'engagement unilatéral de volonté qui transforme une obligation naturelle en obligation civile. L'article 1100 Code civil alinéa 2 pourrait demain servir de fondement au nom du devoir de conscience qui pèse sur chacun d'entre nous de protéger les droits humains et de préserver l'environnement. Selon cette disposition :

(Les obligations) peuvent naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un devoir de conscience envers autrui.

[22] Le droit souple, comme norme juridique – Tantôt, enfin, le droit souple peut servir de fondement juridique, sans intermédiaire, à une décision de justice. La CJUE n'hésite pas à fonder certaines de ses décisions sur les lignes directrices de la

Commission européenne (CJUE 22 mars 2001, aff. C-17/99). Les lignes directrices d'une administration s'imposent à celle-ci (CE 22 juill. 2021, n° 441463, *UPSA (Sté)*, *LEBON*; *AJDA* 2021. 2142) et les administrés peuvent s'en prévaloir.

[23] On l'aura compris, la question n'est pas de savoir si le droit souple appartient à la catégorie du droit. La question utile aujourd'hui est de savoir si, en concevant le droit comme un processus normatif dont l'intensité normative varie dans le temps et l'espace, il est encore pertinent de distinguer le droit souple du droit dur.



BIBLIOGRAPHIE

Abi-Saab, G., « Éloge du « droit assourdi ». Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 59.

Bénabent A. et Y. Gaudemet, *Dictionnaire juridique 2022*, LGDJ-Lextenso, 2021, V° Droit souple

Bleusez, M., *La réception du droit souple par le contentieux de droit privé*, Justice et Cassation, 2023, p. 119

Cass. 1re civ., 23 oct. 2013, n° 12-25.301

Cass. com., 23 janvier 2007, n° 05-13189

Cass. 1re civ., 13 nov. 1996, n° 94-17.369

CE 21 mars 2016, n° 368082, Fairvesta International GmbH (Sté), Lebon avec les conclusions

CE 21 mars 2016, n° 390023, NC Numericable (Sté), Lebon avec les conclusions

Conseil d'État, *Le droit souple*, Étude annuelle 2013 du Conseil d'État, spéc. p. 23 ;

Cour de cassation, *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, Étude annuelle 2018, disponible en ligne : <https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Etude%20annuelle/Etude%20annuelle%202018%20-%20Le%20r%C3%B4le%20normatif%20de%20la%20Cour%20de%20cassation.pdf>

Deumier, P et J.-M. Sorel (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne européen et international*, LGDJ, Contextes, 2018.

Gerry-Vernières, S., *Les « petites » sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes*, préf. N. Molfessis, Economica, Recherches juridiques, 2012.

Hachez, I., « Balises conceptuelles autour des notions de « source du droit », « force normative » et « soft law » », *RIEJ* 2010, vol. 65, p. 1, spéc. n° 36.

Jacquet, J.-M., « L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double) », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 331, spéc. n° 2 et

Mekki, M., « Propos introductifs sur le droit souple », in *Le droit souple, Journées nationales, Association Henri Capitant, t. XIII, Boulogne-sur-Mer*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009.

Melleray, F., « Le contrôle juridictionnel des actes de droit souple », *RFDA* 2016. 679.

Thibierge, C., « Rapport de synthèse », in *Le droit souple, Journées nationales, Association Henri Capitant, t. XIII/Boulogne-sur-Mer*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 141.

Thibierge, C., *Le droit souple - Réflexion sur les textures du droit*, *RTD civ.* 2003. 599