

La notion de «soft law» progresse. Un bien ou un mal pour l'Etat de droit et la démocratie?

Compte rendu du colloque 2012 de l'association «NotreDroit»

Le 27 juin 2012, à l'Hôtel Kreuz de Berne, a eu lieu le colloque annuel de l'association «Notre Droit», intitulé: «La notion de 'soft law' progresse; est-ce un bien ou un mal pour l'Etat de droit et la démocratie?»

Au préalable, le conseiller national *Kurt Fluri* (PLR, SO) a informé le public des questions actuellement traitées au niveau fédéral et présentant une certaine importance quant à l'Etat de droit et au droit international. Il faut actuellement appliquer des initiatives populaires problématiques sous l'angle des droits fondamentaux et du droit international. Il s'agit de celle qui concerne l'imprescriptibilité des actes de pornographie enfantine, de celle sur l'internement, de celle contre l'érection de minarets et de celle de renvoi. Quant à la première, les Chambres se sont entendues au cours de la procédure de conciliation: elles ont décidé que l'expression «enfants impubères», employée dans le texte, concernera les mineurs de moins de douze ans; cette décision reste incontestée jusqu'à ce jour. Le législateur a déjà formulé le texte faisant entrer en vigueur l'initiative sur l'internement (articles 62 sqq. du Code pénal): il distingue entre l'internement «traditionnel» et celui à perpétuité. Comme ce dernier est douteux du point de vue des droits fondamentaux, les tribunaux ne décrètent normalement que l'internement «traditionnel». Sur l'initiative contre l'érection de minarets, les autorités auraient pu jusqu'ici se prononcer sur un seul cas, celui de Langenthal. L'autorité compétente pour la construction, tout comme le Tribunal administratif bernois, ont basé leurs arguments sur le droit relatif aux constructions, et non sur les droits fondamentaux; il faudra attendre la suite de la procédure. Quant à l'application de l'initiative de renvoi, le Conseil fédéral dispose de deux projets. L'un s'inspire du contreprojet de l'initiative et prévoit pour certains cas un examen de proportionnalité pour les sentences de renvoi. L'autre projet, plus proche du texte de l'initiative, prescrit un automatisme absolu du renvoi. Lorsque le Parlement en discutera, il devra tenir compte du fait que le peuple a clairement accepté l'initiative et rejeté le contre-projet. Si jamais le Parlement se prononce pour la version plus proche du texte de l'initiative, on pourrait alors recourir au référendum, ce qui donnerait au peuple une nouvelle chance pour soutenir une forme de renvoi compatible avec le droit international.

A propos des conflits actuels entre droits populaires et droit international, le Conseil fédéral a publié le 30 mars 2011 un rapport complémentaire (FF 2011 3613) à son rapport sur les relations entre droit international et droit national du 5 mars 2010 (FF 2010 2263) (1). Dans ce rapport, le Conseil fédéral, entre autres choses, discute la possibilité qu'une centrale nationale juridique, ou bien le Tribunal fédéral, examine à titre préventif la conformité constitutionnelle d'initiatives populaires. Néanmoins, cette variante donnerait au Tribunal fédéral, organe juridictionnel, une fonction de contrôle normatif abstrait. Les Chambres ont approuvé deux motions (nos. 11.3468 et 11.3751) de leurs commissions des institutions politiques; ces motions, se basant sur le rapport complémentaire du Conseil fédéral, enregistreraient ses propositions d'examen administratif préalable des initiatives populaires et d'extension des motifs d'invalidation. En particulier, le Conseil fédéral a mentionné une troisième possibilité, liée à la possibilité d'abroger l'art. 190 CF: il s'agirait d'insérer dans la constitution fédérale l'emploi de la «jurisprudence Schubert».

Mario Jagmetti, docteur en droit, avocat (Lenz & Staehelin, Zurich), ex-président de la Cour de cassation du canton de Zurich, a ouvert la série d'exposés sur la «soft law». Il a noté que cette notion plutôt vague désigne des documents n'impliquant formellement aucun engagement et provenant d'instances très diverses qui ne sont légitimées ni par un traité intergouvernemental, ni par une constitution. Ces documents seraient d'aspect fort varié: déclarations, chartes, recommandations, normes, etc. Leur nombre et leur importance croîtraient sans cesse; ils revêtraient une grande signification politique. On recourrait souvent à la «soft law» quand une réglementation ferme ne peut obtenir aucune majorité; tel

serait le cas de la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU (1948). Depuis quelques années, la «soft law» empiéterait de plus en plus sur les positions légales de l'individu; ainsi, par exemple, la Déclaration de Bologne, les recommandations du «Committee on Fiscal Affairs» de l'OSDE ou de la «Financial Action Task Force on Money Laundering», les Accords de Bâle III ou le «Code of Conduct on Business Taxation» de l'UE. Aucun de ces textes n'impliquerait un engagement formel, mais une forte pression inciterait à les appliquer. Ce seraient le plus souvent des textes importants, élaborés par des spécialistes et fort utiles en notre siècle mondialisé; néanmoins, il ne faudrait point oublier qu'ils émanent d'instances sans légitimation démocratique, sans participation parlementaire ou citoyenne, extérieures au processus normatif d'institutions transparentes. Très souvent, ce seraient les Etats les plus puissants qui influenceraient le plus le contenu d'une «soft law», disposant des instruments requis pour l'imposer en lieu et place des obligations légales formelles. En Suisse, il serait fréquent que le parlement, l'exécutif ou l'administration applique une «soft law» internationale ou même nationale et l'intègre à notre législation, déléguant ses compétences de réalisation juridique et faisant de cette «soft law» un droit ferme éludant le référendum. On tendrait ainsi à abandonner de plus en plus à des spécialistes le règlement de questions complexes plutôt techniques; on se justifierait en invoquant le fait qu'elles seraient ainsi réglées de façon plus adéquate et qu'il serait également plus simple de les adapter. Le conférencier juge cette évolution extrêmement problématique. Si des autorités tutélaires ou administratives appliquent à des cas concrets le droit qu'elles ont elles-mêmes créé, il en résulterait de graves difficultés pour la séparation des pouvoirs. Les proportions démesurées que prendrait visiblement la «soft law» effaceraient la conscience de ce qu'il est juridiquement licite de réaliser, ce qui en un sens saperait l'Etat de droit démocratiquement légitimé.

Alexandre Flückiger, professeur ordinaire au Département de droit public de l'Université de Genève, directeur du Département de droit public et du Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL), membre du comité de «Notre Droit», a fait le premier exposé sur la place de la «soft law» dans la législation. A propos de ses formes de politique intérieure, il a notamment examiné de quoi il s'agit en fait, qui l'a dictée et si l'on peut la considérer comme une forme nouvelle d'«instrument de gouvernement».

Selon le conférencier, une «soft law» pourrait être formelle (2) ou matérielle; elle pourrait être promulguée par des organisations publiques ou privées, nationales ou internationales, aussi bien unilatéralement qu'en commun ou de façon coordonnée. Elle concernerait souvent le droit public. Il faudrait la distinguer d'actes réels et d'actes d'autorégulation; on l'imposerait parfois au moyen d'une pression relativement forte. La notion de «soft law» pourrait prêter à confusion: les actes en question n'apparaîtraient pas vraiment «soft», et il ne s'agirait pas de «laws» au sens technique de ce mot. On aurait depuis longtemps recours à des instruments analogues, comme le document de 1815 reconnaissant et garantissant la neutralité perpétuelle de la Suisse et l'inviolabilité de son territoire, ou encore la Déclaration universelle des droits de l'homme de l'ONU (1948). Néanmoins, depuis quelques années, on s'efforcerait d'innover, notamment quant aux possibilités de recours contre une «soft law» et à un statut plus élevé de ses conditions générales. A l'avenir, l'on ne voudrait plus alléguer de son caractère facultatif pour l'exclure de l'ordre juridique.

Le conférencier a ensuite examiné trois thèses quant à la «soft law». Tout d'abord, dans quelle mesure s'agit-il d'une norme? Pas facile à dire, car elle revêtirait différentes formes. On pourrait néanmoins distinguer plusieurs degrés de mordant. Certaines recommandations peu efficaces ressembleraient plutôt à des suggestions. En revanche, d'autres documents de «soft law» enrichiraient les connaissances des organes législateurs ou le code de droit coutumier, ce qui, en fin de compte, leur conférerait un caractère normatif.

Selon la deuxième thèse, la flexibilité de la «soft law», dans le cadre d'un Etat de droit, serait une épée à double tranchant. D'une part, elle serait très efficace, permettrait d'expérimenter et parfois de mieux respecter les proportions. En revanche, sa compétence serait défectueuse ou douteuse, et l'on éluderait l'élaboration de dispositions réglementaires en publiant une recommandation, une directive, etc.

La dernière thèse concerne la question de savoir si la «soft law» est impérative. Là aussi, il faudrait distinguer. On jugerait plutôt impérative, par exemple, la Déclaration de Bologne,

mais beaucoup moins les recommandations pour le financement des partis formulées par le «Groupe d'Etats contre la corruption». Certaines normes seraient impératives et d'autres non, tout comme dans le droit «normal». Mais certains mécanismes psychologiques, juridiques, économiques et politiques amèneraient à considérer la «soft law» comme impérative, notamment la crainte que l'Etat n'édicte une norme impérative si l'on n'observe point la «soft law».

En conclusion, le conférencier a constaté que, pour chaque catégorie de «soft law», l'on devrait examiner comment on pourrait aider les principes de l'Etat de droit à triompher, pour conférer malgré tout une légitimité suffisante aux dispositions réglementaires qui n'ont pas été élaborées dans un processus formel de réalisation juridique.

Anne Peters, docteur en droit, professeur ordinaire de droit international et de droit public et doyenne de la recherche à l'Université de Bâle, a examiné, notamment dans le contexte international, les chances et risques de la «soft law» en tant qu'instrument de régulation. Elle a défini un document de «soft law» comme un ensemble de normes qui en soi ne sont pas proprement impératives, mais qui néanmoins agissent efficacement, non seulement en fait, mais aussi en droit. Elle n'a point rattaché à la catégorie «soft law» ce qu'on nomme «soft law formelle», comme l'art. 288 du Traité sur le fonctionnement de l'UE, pas plus que des normes juridiques sous forme de programme au contenu vague, comme certains pactes de droits de l'homme.

La conférencière a d'emblée posé la question de la légalité de la «soft law»: relève-t-elle vraiment du droit? Une optique rigoureusement dualiste ne veut connaître que «droit» ou «non-droit». Il serait plus approprié de parler d'une continuité, d'un degré plus ou moins élevé de réglementation tenant compte également de zones d'ombre. Comment classer sur cette échelle un document donné? On peut trouver des indices en examinant l'exactitude du contenu, les aspects formels, la volonté de respecter le droit, les sanctions possibles, etc. , mais il serait malaisé de caractériser nettement un tel document. De même, l'on ne saurait déduire rien de clair en examinant les origines d'une «soft law»: Etats, organisations internationales, ONG, associations professionnelles, tribunaux arbitraux, acteurs économiques, etc. On pourrait supposer que les normes provenant de l'Etat relèvent du droit et les autres du non-droit. Ces dernières, toutefois, peuvent, dans certains cas, avoir des effets juridiques; tout dépend de leur proximité au droit considéré comme prototype. En tout cas, la notion de «soft law» serait équivoque, car elle s'arrogerait une légitimité qu'elle n'a pas en faisant oublier qu'elle n'est point «law».

L'oratrice a ensuite traité la fonctionnalité de la «soft law». Celle-ci pourrait rester sans effet, par exemple lorsqu'elle est formulée de façon indéterminée ou confuse, ou lorsqu'on l'a édictée dans le seul but d'éviter une «hard law» et qu'elle camoufle une ferme volonté d'éluider des dispositions réglementaires. D'autre part, une «soft law» serait souvent élaborée au terme de réflexions relativement longues, par des experts dont le vaste savoir technique faciliterait l'acceptation de ses règlements, notamment en médecine; les réglementations flexibles de «soft law» seraient bien adaptées aux domaines dans lesquels la technique progresse rapidement, et, dans un contexte international, elles contribuent à unifier le droit. On pourrait alléguer en leur faveur, pour des raisons pragmatiques, que des normes douces vaudrait mieux qu'un éventuel vide réglementaire; dans bien des cas, mieux vaudrait même ne promulguer que le nombre absolument nécessaire de normes étatiques. Par rapport au droit public, la «soft law» pourrait même, de temps à autre, jouer un rôle de pionnière ou de complément. En principe, une norme serait efficace lorsqu'elle influence effectivement selon son intention le comportement des personnes qui lui sont soumises. Dans le cas de la «soft law», il existerait différentes garanties de leur respect: l'éventualité d'une sanction, la connaissance du bien-fondé et de l'équité d'une disposition réglementaire, ou au contraire la crainte de perdre sa bonne réputation en cas de manquement.

Il faut enfin examiner la légitimité de la «soft law», notamment de celle qui ne procède point de l'Etat. De l'autonomie privée, on ne peut en aucun cas déduire une légitimité de la «soft law» impliquant l'engagement de tiers. On opérerait très souvent en supposant que la fixation de normes a été déléguée. A cet égard, il faudrait exiger une réserve d'Etat en plus de la réserve légale. En particulier, lorsque les droits fondamentaux sont concernés, il importerait que la fixation des normes se déroule en une procédure parlementaire publique

(art. 164.1 b CF). Lors de renvois dynamiques à la «soft law», il faudrait tenir compte du grand danger d'autorisation illégitime de blanc-seing. Pour compenser les problèmes de légitimité et d'égalité juridique, l'absence de protection juridique et la tendance à la dictature des experts, il importerait d'élaborer une «soft law» au moyen d'une procédure transparente à laquelle, le plus possible, toutes les personnes concernées puissent participer. Si cela rend plus fonctionnelle une disposition réglementaire, celle-ci en devient d'autant plus légitime. En recourant à des techniques adéquates de métarégulation, une bonne combinaison de normes dures et de normes douces pourrait s'avérer une stratégie raisonnable de contrôle basée sur le pluralisme juridique.

Après les exposés se sont exprimées des personnes représentant la recherche et la pratique, et le public a posé des questions et participé à une discussion générale. *Claudia Schoch*, docteur en droit, avocate (Stiffler & Partner, Zurich) et rédactrice de la «*Neue Zürcher Zeitung*», a dirigé cette partie du colloque. Elle a, elle aussi, mis en relief le problème de la compatibilité de l'Etat de droit et de la démocratie avec une «soft law» de plus en plus importante, notamment dans le contexte de la juridiction arbitrale internationale; dans ce domaine, des entreprises de niveau mondial produiraient du droit civil, et cela de façon plus ou moins cachée. On conviendrait souvent de taire les sentences arbitrales; seuls de rares initiés connaissent donc le «droit des experts» qui en a résulté et qu'on applique rigoureusement, bien qu'il soit né «soft».

Jennifer Osborn Kop, avocate (J. Bollag & Cie., Zoug) s'est exprimée sur la question: «'Soft law' et ONG: les doutes démocratiques». Elle a expliqué dans quelle mesure de telles dispositions réglementaires concernent la pratique. Il serait difficile de définir une ONG; de nouvelles sont nées en tout cas ces dernières années, et elles ont formulé de nouvelles «soft laws». La Suisse ne saurait se soustraire à l'influence de ces normes; il faut en tenir compte dans la pratique, notamment à propos du blanchiment d'argent sale. Cette question très complexe n'occupe pas seulement des juristes, mais également sociologues et politologues. On pourrait remarquer qu'il naît davantage de «soft laws» lorsque l'Etat perd le contact avec citoyennes et citoyens. Le législateur devrait donc s'assurer constamment que le droit en vigueur soit bien conforme à la réalité. D'autre part, la «soft law» comblerait souvent une lacune des dispositions réglementaires. Cela pose des problèmes à l'Etat de droit; néanmoins, l'activité normative des ONG peut s'emparer de questions négligées, éliminer en partie des anomalies et «ramener la politique dans la société». Cela dit, il ne faudrait pas reprendre une «soft law» à l'aveuglette, par simple imitation; dans certains cas, il faut un peu d'«insoumission démocratique».

Xavier Comtesse, docteur ès sciences, directeur romand d'Avenir Suisse, a parlé de ses propres expériences de praticien avec la «soft law». Il a présenté un exposé intitulé: «'Soft law': un droit pour les 'soft institutions'». Ces dernières peuvent exister sous plusieurs formes, par exemple comme ONG, mais aussi comme fusions en économie ou dans la société civile. Contrairement aux «hard institutions», les «soft» n'opèrent point avec des normes formelles, mais plutôt avec des sociales, autrement dit des normes ne résultant pas de processus démocratiques, mais de considérations utilitaires. Notre société est de plus en plus fondée sur la Toile, et celle-ci ne tient pas compte des frontières d'Etat, car les territoires se chevauchent. Au cours de ce processus, les «soft institutions» créeraient de grandes quantités de «soft laws»; celles-ci pénétreraient aujourd'hui de nombreux secteurs sociaux (santé, travail, IT, environnement, etc.) et joueraient un grand rôle en créant des normes internationales et en contrôlant la qualité. Il importerait donc surtout d'agir de façon pragmatique, car on ne pourrait guère renverser la vapeur.

Le dernier exposé, intitulé: «Un cadre pour la 'soft law'», était présenté par *Georg Müller*, professeur émérite de droit public et administratif et de législation à l'Université de Zurich: «Comment organiser l'action conjuguée du droit public édicté et de la 'soft law'?». L'Etat ne saurait porter seul le lourd fardeau réglementaire, ni par conséquent renoncer à la 'soft law'. Néanmoins, l'on ne saurait définir pour l'Etat une manière générale de procéder avec la «soft law», car celle-ci se manifeste de multiples façons, et il ne suffirait point d'insérer dans la constitution une norme déclarant: «L'on peut recourir à une 'soft law' aux conditions suivantes...» Et pourtant, l'Etat ne saurait rester un simple spectateur en abandonnant pour ainsi dire l'essentiel de son activité réglementaire à l'élaboration de «soft law», car ainsi il perdrait trop d'influence. Il devrait au contraire reconnaître les effets positifs de cette «soft

law», considérer de façon différenciée ses multiples manifestations et s'acquitter de ses propres tâches en interaction avec les dispositions réglementaires de la «soft law».

Dans cet esprit, des voix s'élevant du public ont souligné qu'il n'y aurait point de «soft law» pure et simple. Pour procéder correctement avec ses multiples formes, il faudrait circonscrire des catégories. Différentes raisons rendent problématique le domaine de la «soft law»; néanmoins, on peut tirer profit de ses bons côtés en procédant de façon correcte et pragmatique.

Le président *Ulrich E. Gut*, docteur en droit, a conclu le colloque en relevant la responsabilité du parlement: c'est le devoir de celui-ci, lorsque la «soft law» ne satisfait point, de veiller au grain et d'agir.

Regina Meier, licenciée en droit, assistante auprès de l'Institut juridique de l'Université de Zurich

- 1) Cf. le rapport relatif à notre colloque annuel 2011: http://www.notre-droit.ch/fileadmin/user_upload/files/Notre_Droit___Colloque_2011.pdf
- 2) Ce point n'a pas été traité dans l'exposé (note de la rédactrice).