

LA QUALITÉ DU DROIT SAISIE PAR LA GOUVERNANCE,  
OU LA « GOUVERNANCE RÉGLEMENTAIRE » DE L'OCDE

REGULATION QUALITY AS A GOVERNANCE ISSUE:  
THE OECD "REGULATORY GOVERNANCE"

Cédric Groulier\*

**Abstract**

*The OECD has been leading work about regulation quality for more than twenty years. Progressively adopting a normative approach, it aims to improve "regulatory policies" conducted by its member States. In this way, the OECD published several reports and used various soft law instruments. Its objective is to lead national "regulatory policies" to an optimal standard of "regulatory governance". But this reference to governance tends to submit law making to an economic and managerial rationality, and turn it into a standardized and globalized process.*

**Keywords:** Governance, better regulation, soft law, regulation, law making

---

\* Cédric Groulier est maître de conférences en droit public à l'Institut d'études politiques de Toulouse. Il est membre du REGIMEN (Réseau d'Etude sur la Globalisation et la Gouvernance Internationale et les Mutations de l'Etat et des Nations). Il a dirigé en 2014, la publication d'un ouvrage collectif, L'Etat moralisateur (Paris, Mare & Martin). Contact: cedric.groulier@sciencespo-toulouse.fr

## Introduction

Et si les juristes étaient loin d'en avoir fini de la gouvernance ? Depuis une vingtaine d'années, l'OCDE conduit une réflexion sur l'émergence de « politiques réglementaires » dans ses Etats membres, consistant en politiques publiques destinées à améliorer la qualité de la réglementation. C'est dans ce cadre que sont apparues les expressions de « gouvernance réglementaire » et « gouvernance de la réglementation<sup>1</sup> » – après que l'OCDE eut dans un premier temps parlé de « gouvernance de la régulation<sup>2</sup> ». La notion de « réglementation », au sens retenu ici par l'OCDE, renvoie au droit, dans une acception très extensive<sup>3</sup>. La « gouvernance réglementaire » est ainsi une gouvernance du droit, recouvrant autant le droit édicté par les personnes publiques que celui que produisent les acteurs privés – comme les entreprises –, et autant la *dura lex* classique que, vraisemblablement, des instruments de *soft law*.

Si la formule « gouvernance réglementaire » ne fait évidemment pas de la gouvernance une notion juridique, elle figure en revanche le droit comme un objet de gouvernance. Cela étant, la relative indétermination du concept

---

<sup>1</sup> Les deux formules sont employées en synonymes dans : OCDE, *Politique réglementaire et gouvernance. Soutenir la croissance économique et servir l'intérêt général*, rapport, 2012.

<sup>2</sup> OCDE, *Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE. De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation*, rapport, 2002.

<sup>3</sup> Sont visés tous les « instruments au moyen desquels les pouvoirs publics imposent des obligations aux entreprises et aux citoyens » ; elle recouvre ainsi « les lois, les décrets, arrêtés et règlements formels et informels émanant de tous les niveaux d'administration et les règles édictées par des organismes non gouvernementaux ou des organismes habilités à s'auto-réglementer auxquels l'Etat a délégué ses pouvoirs réglementaires ». OCDE, *La réforme de la réglementation* [C/MIN(97)10 (Sommaire) et C/MIN(97)10/ADD], rapport 1997, p. 5. L'OCDE distingue par ailleurs trois types de réglementations : économiques (qui « interviennent directement dans des décisions du marché telles que la fixation des prix, la concurrence, l'entrée sur le marché ou la sortie du marché »), sociales (qui « protègent des intérêts de la collectivité comme la santé, la sécurité, l'environnement et la cohésion sociale ») et administratives (qui « recouvrent les formalités administratives – souvent qualifiées de "pratiques bureaucratiques" – par le biais desquelles les pouvoirs publics recueillent des informations et interviennent dans les décisions économiques individuelles »).

de gouvernance, pourtant souvent convoqué dans les discours politiques contemporains, n'éclaire qu'imparfaitement sur la relation que l'OCDE cherche à établir entre lui et la réglementation. On sait en particulier que, selon qu'on l'appréhende comme descriptif ou prescriptif, il n'a pas la même portée. S'agit-il, pour l'OCDE, de simplement décrire, en recourant au concept de gouvernance, les évolutions qui affectent le droit, tant sur le plan de son élaboration – plus ouverte et participative – que de sa mise en œuvre ? Assurément non. Les travaux de l'Organisation, qui se matérialisent en rapports, mais aussi en normes adressés aux Etats – recommandations, principes, etc. –, visent aussi à modifier les pratiques. La « gouvernance de la réglementation » présente donc une dimension prescriptive, qui fait qu'elle est fondamentalement une *bonne gouvernance* de la réglementation.

Peut-être l'OCDE aurait-elle pu faire l'économie de cette référence à la gouvernance, dans la mesure où elle cherche essentiellement à promouvoir une politique publique assez communément qualifiée de *qualité* du droit.<sup>4</sup> Cependant, il ne faudrait pas oublier que la référence au concept de gouvernance est un important gage de modernité,<sup>5</sup> qui sert à rendre le message émis plus convaincant. Il y a là une entreprise de persuasion qui renforce l'idée selon laquelle la « gouvernance de la réglementation » ne saurait être que prescriptive, fut-ce sur un mode simplement incitatif. En outre, parler en termes de gouvernance active, en l'occurrence dans le champ du droit, deux rationalités dont le primat et l'audience ne cessent de croître dans la conception contemporaine de l'action publique : la rationalité économique et la rationalité managériale.<sup>6</sup> Saisi par la gouvernance, le droit l'est donc aussi par la pensée économique-managériale, et l'OCDE ne fait guère mystère d'un tel prisme. La réglementation constitue un coût, mais aussi une technique d'ingénierie sociale parmi d'autres, qui doit faire la preuve de son efficacité. Le sous-

---

<sup>4</sup> Même si l'OCDE se réfère aussi à l'idée de « qualité de la réglementation » / « qualité réglementaire ».

<sup>5</sup> Jean-Pierre Gaudin, *Pourquoi la gouvernance ?*, Paris : Presses de Sciences po, 2002, p. 107 ; Jacques Chevallier, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », in *Revue française d'administration publique*, n° 105-106, 2003, p. 204.

<sup>6</sup> V. les développements *infra* 1.1.

titre du rapport que l'Organisation publiait en 2002 est presque un aveu de la charge quasi-idéologique de la démarche : « *De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation* » ; sans compter que dans son rapport de 2012, l'OCDE rattache la « gouvernance réglementaire » au « grand projet de la gouvernance<sup>7</sup> »...

La toile de fond est donc claire : la réglementation, et derrière ce terme le droit, ne jouit plus d'une légitimité intrinsèque, qu'il tiendrait notamment de son mode démocratique d'élaboration. Non seulement cette démocratie-là, essentiellement représentative, n'est plus jugée suffisante, et la référence à la gouvernance sert à inscrire l'élaboration du droit dans un jeu d'acteurs plus ouvert. Mais surtout, cette légitimité doit également être conquise dans l'efficacité (prisme managérial) et l'efficience (prisme économique). La *qualité* du droit, rapportée à la gouvernance, prend donc un sens déterminé.

Les lignes qui suivent se proposent d'exposer dans quelle mesure ces travaux de l'OCDE mettent le droit aux prises avec la gouvernance. N'ignorant pas le rôle joué par l'Union européenne sur cette question de la qualité des réglementations,<sup>8</sup> nous nous limiterons toutefois à la démarche ocdéenne dans la mesure où elle est formellement envisagée en termes de gouvernance.

<sup>7</sup> OCDE, rapport 2012, *op. cit.*, p. 10.

<sup>8</sup> V. not. les démarches conduites par l'Union européenne, en lien ou non avec l'OCDE, visant à « mieux légiférer » en Europe ». Ce projet de deux ans, lancé en 2008, a consisté à évaluer comment les quinze Etats concernés avaient assuré la promotion d'une meilleure réglementation (*better regulation*) à travers leurs politiques, institutions et processus : <<http://www.oecd.org/fr/gov/politique-reglementaire/mieuxlegiferereneurope-etudespaysue15.htm>> (consulté le 28 août 2015). Il s'est notamment appuyé sur des travaux réalisés antérieurement pour chacun des Etats concernés, comme les examens de la réforme de la réglementation (pour la France, v. par ex. : OCDE, *Examen de la réforme de la réglementation. France : Vers des orientations stratégiques plus claires*, rapport 2004). De tels examens ont d'ailleurs été conduits au-delà des Etats concernés par le projet *Mieux légiférer en Europe* (pour un aperçu des rapports réalisés sur la période 1999-2013 : <[http://www.oecd-ilibrary.org/governance/examens-de-l-ocde-de-la-reforme-de-la-reglementation\\_1990049x](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/examens-de-l-ocde-de-la-reforme-de-la-reglementation_1990049x)> (consulté le 28 août 2015). V. aussi les initiatives en matière de « réglementation intelligente » (*smart regulation*) : < [http://ec.europa.eu/entreprise/policies/smart-regulation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/entreprise/policies/smart-regulation/index_en.htm)> (consulté le 28 août 2015).

Paradigme pour penser la qualité des réglementations, la « gouvernance réglementaire » est en tout état de cause un concept assez neuf, dont il convient de retracer la genèse. Son émergence procède d'une « mise en normes » de la question de la qualité du droit (1), qui pourrait entraîner une évolution durable de la perception du droit dans les Etats de l'Organisation (2).

## 1. Une « mise en normes » de la qualité du droit

Peut être considéré comme normatif ce qui, eu égard au crédit qui lui est accordé, fournit référence pour l'évaluation d'actions et de situations<sup>9</sup>. La norme est un modèle pour évaluer, pour juger, pour classer... Elle remplit donc une fonction référentielle.<sup>10</sup> Affirmer que la « gouvernance réglementaire » tend à « mettre en normes » les politiques de qualité du droit (ou « politiques réglementaires ») que conduisent les Etats, revient à penser que l'élaboration des normes juridiques, leur mise en œuvre, leur évaluation et, le cas échéant, leur abrogation, se trouvent rapportées à un référentiel, permettant d'évaluer ce qui a été fait. Partant, un tel référentiel est nécessairement aussi un aiguillon de l'action : en l'occurrence, il oriente, plus ou moins strictement, la manière de conduire la « politique réglementaire ». Or, cette façon de normer ce qui peut être vu comme une *gestion* du droit, emprunte deux voies. L'une formelle, repose sur des instruments explicitement normatifs adressés aux Etats de l'Organisation (1.2.) ; l'autre, informelle, nourrie des représentations qui, précisément, font référence dans cette démarche normative (1.1).

---

<sup>9</sup> Cf. notre réponse à la question « Selon vous que signifie le terme "normativité" ? », posée par Catherine Thibierge in Catherine Thibierge et alii, *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris : Mare & Martin, 2014 :

[http://densinormative.sciencesconf.org/conference/densinormative/pages/SONDAGE\\_20\\_aout.pdf](http://densinormative.sciencesconf.org/conference/densinormative/pages/SONDAGE_20_aout.pdf) (consulté le 28 août 2015).

<sup>10</sup> Cédric Groulier, « Peut-on penser la norme juridique sans l'impératif ? » in *Droits*, n° 50, 2010, p. 247 et s.

### *1.1. Les représentations au fondement de la « gouvernance réglementaire »*

La première représentation sur laquelle s'est construite l'entreprise ocdéenne vise à figurer la réglementation comme un levier de l'action publique ; levier auquel on aurait trop facilement eu recours durant les dernières décennies, à tel point qu'on déplore aujourd'hui une situation inflationniste, que nourrissent des responsables politiques fortement enclins à communiquer et (ré)agir par la production de droit. Si le droit est le langage de l'Etat<sup>11</sup>, l'Etat parle trop !

On s'est ému, notamment en France, de cette dégradation de la qualité du droit du fait de ces bavardages et de la dépréciation relative que le « trop de normes » générerait.<sup>12</sup> Les réflexions de l'OCDE, si elles n'ignorent pas ces aspects, se concentrent surtout sur les coûts qu'entraîne cette situation : la réglementation a un coût économique et social, dont il convient de tenir compte dans la conduite de l'action publique. Le réflexe de la réglementation, moyen d'action privilégié de l'Etat, surtout dans la seconde moitié du xx<sup>e</sup> siècle, doit être reconsidéré : il conviendrait notamment de s'interroger sur la pertinence du recours même à cet instrument, quand d'autres leviers pourraient être actionnés – tels les mécanismes de marché en particulier.<sup>13</sup>

C'est un tel mouvement qui se serait ainsi amorcé dans les années 1970, à travers les prémices des actuelles « politiques réglementaires ». A l'époque, se mettent en place des politiques de *déréglementation*, qui visent à alléger – tant qualitativement que quantitativement – le corps des règles juridiques

---

<sup>11</sup> Jean Picq, *Une histoire de l'Etat en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen-Age à nos jours*, Paris : Presses de Sciences Po, 2009, p. 41.

<sup>12</sup> V. not. le Conseil d'Etat, citant le message adressé par le président Jacques Chirac au Parlement, le 19 mai 1995 : « Trop de lois tuent la loi... Aujourd'hui l'inflation normative est devenue paralysante. Il faut mettre un terme à cette situation qui pénalise les plus faibles et entrave l'esprit d'entreprise au seul bénéfice des spécialistes qui font écran entre le citoyen et le droit. » in Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, La Documentation française, p. 276.

<sup>13</sup> Sur l'affirmation d'un « Etat réglementaire » au xx<sup>e</sup> siècle, v. not. OCDE, rapport 2002, *op. cit.*, p. 22.

en vigueur. Une telle intervention repose sur l'idée que la réglementation entrave l'activité économique, et empêche de répondre efficacement aux difficultés consécutives, notamment, aux chocs pétroliers. Durant les années 1970-1980, le droit est donc essentiellement perçu comme une gêne pour le retour à la croissance ; les politiques libérales qui sont alors menées aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, traduisent cette perception en actes.

Les années 1990 entraîneront une évolution et le passage, selon l'OCDE, à une période de *réforme réglementaire*. Celle-ci ne rompt pas avec les préoccupations économiques, mais ne repose pas sur le seul levier du « moins de droit » qu'impliquait la déréglementation. Il s'agit de faire face aux profondes mutations à l'œuvre à cette époque : essor des nouvelles technologies de l'information et de la communication, demande accrue de qualité des services, globalisation, démantèlement des monopoles publics et ouverture de nouveaux marchés à la concurrence, renforcement du cadre normatif dans le champ social (préservation de l'environnement, gestion des risques, protection des consommateurs et des travailleurs...), etc. La réforme réglementaire correspond donc à une période d'intenses adaptations, à laquelle semble correspondre l'avènement d'une post ou néo-modernité juridique.<sup>14</sup>

C'est à partir de là que l'approche de la question réglementaire changera considérablement d'envergure, et que l'OCDE conduira ses premières interventions formelles, commençant par la *Recommandation de 1995 du Conseil de l'OCDE concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*<sup>15</sup>, qui constitue la première déclaration internationale de principes communs en la matière. Et peu à peu de s'imposer l'idée que les efforts des pouvoirs publics doivent non seulement couvrir la question réglementaire dans son ensemble – de la conception de la réglementation à sa mise en œuvre –, mais aussi être permanents et constituer un aspect de la gestion des affaires publiques, en lien étroit avec la réforme de l'Etat. Cette évolution correspond à la transition vers ce que l'OCDE qualifie de

---

<sup>14</sup> V. not. Chevallier Jacques, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », in *Revue du droit public*, 1998, p. 659 ; Morand Charles-Albert, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris : LGDJ, 1999.

<sup>15</sup> Recommandation du 9 mars 1995 [C(95)21/FINAL], v. :

<<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=128&InstrumentPID=124&Lang=fr&Book=False>> (consulté le 28 août 2015).

*gestion réglementaire*, concept qui sera finalement éclipsé par celui de *politique réglementaire*. Permanente et transversale, celle-ci vise à promouvoir une réglementation de qualité, au service de la croissance et du développement économique, de la réalisation des grands objectifs sociétaux et de la primauté du droit. Désormais, l'OCDE encourage les Etats à passer à une ultime étape, qui est précisément celle de la *gouvernance réglementaire*.

Une telle évolution sémantique traduit donc, à la lecture des rapports de l'OCDE<sup>16</sup>, une succession d'approches, correspondant toutes aux défis de leur époque ; mais elle exprime aussi un processus de maturation des concepts utilisés aujourd'hui par l'Organisation, et finalement des normes qui saisissent la question réglementaire. Un glissement progressif du descriptif vers le prescriptif s'est produit au fil des décennies, les « politiques réglementaires » contemporaines étant beaucoup plus normées que les premières démarches de déréglementation ; en atteste l'éventail de mesures que les Etats doivent y intégrer : analyse d'impact de la réglementation (AIR – c'est-à-dire une évaluation *ex ante* de tout projet de réglementation<sup>17</sup>), étude systématique de substituts à la réglementation<sup>18</sup>, simplification administrative<sup>19</sup>, transparence réglementaire (en renforçant notamment les consultations publiques<sup>20</sup>), et évaluation *ex post* de la réglementation<sup>21</sup>. C'est donc bien le rôle de l'OCDE sur ce terrain qui s'est fait plus actif. L'actuelle orientation des « politiques réglementaires » nationales vers l'objectif de « gouvernance réglementaire », constitue l'acmé de cette posture normative.

Une telle maturation invite à penser que la représentation de la politique de qualité du droit est plus complexe, plus riche, que l'approche essentiellement économiste qui prévalait avec la déréglementation. La

---

<sup>16</sup> En particulier le rapport de 2012, précité, retraçant un historique en la matière.

<sup>17</sup> OCDE, rapport 2012, *op. cit.*, p. 26.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 28 : ces substituts suscitent le développement d'une normativité plus ou moins autonome de la réglementation provenant de la puissance publique : co-réglementation, quasi-réglementation, autodiscipline... La distinction entre réglementation et substituts à la réglementation ne recoupe vraisemblablement pas celle du droit dur et de la *soft law*.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 33.

référence à la gouvernance, synthèse aussi ambitieuse qu'ambigüe d'une pluralité d'objectifs, peut abonder en ce sens. Cependant, la lecture des travaux de l'OCDE révèle combien politique et gouvernance de la réglementation sont marquées par le primat de deux rationalités. La rationalité économique, d'abord ; c'est donc une constante. La « gouvernance réglementaire » n'est pas étrangère à l'analyse économique du droit (*Law & Economics*)<sup>22</sup>, même si ce prisme ne saurait être exclusif. A ce titre, la démarche ocdéenne (en particulier les examens par pays effectués périodiquement) s'inscrit dans le mouvement d'évaluation des systèmes juridiques nationaux visant à comparer leurs propensions respectives à favoriser le développement économique<sup>23</sup> – les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale<sup>24</sup> en constituent sans doute l'illustration la plus connue.

Mais une autre rationalité est également prépondérante dans la démarche de « gouvernance réglementaire » : il s'agit de ce « nouveau sens commun<sup>25</sup> » qu'est devenue la rationalité managériale. Comment aurait-il pu en être autrement, tant son influence a été, et est encore, forte sur l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics<sup>26</sup>, sur les moyens

---

<sup>22</sup> Nous nous permettons de renvoyer aux développements – richement référencés – que François Brunet consacre à cette question dans sa thèse *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin, 2011, p. 540 et s. V. not. Alain Bernard, « *Law and Economics*, une science idiote ? », in *Dalloz*, 2008, p. 2806.

<sup>23</sup> Pour une présentation de ce mouvement, v. not. Renaud Beauchard, « L'évaluation des systèmes juridiques ou l'illusion du microscope », in *La note de convention(s)*, IHEJ, MAE, 2011, n° 8, p. 1 : <[http://www.idefie.org/IMG/pdf/cnv\\_note8\\_2012.pdf](http://www.idefie.org/IMG/pdf/cnv_note8_2012.pdf)> (consulté le 28 août 2015).

<sup>24</sup> Depuis 2004, la Banque mondiale publie des rapports annuels classant les Etats en fonction de l'aptitude de leur droit à faciliter la création et le développement d'activités économiques. Voir : <<http://www.doingbusiness.org>> (consulté le 12 décembre 2014).

<sup>25</sup> Thibault Le Texier, « D'un principe de justice à un standard d'efficacité : la rationalité régalienne à l'épreuve de la logique gestionnaire », juillet 2010, in *Dissensus*, n° 4, avril 2011, p. 49 : <[http://www.letexier.org/IMG/pdf/LE\\_TEXIER\\_-\\_Justice\\_-\\_efficacite\\_01.2011\\_.pdf](http://www.letexier.org/IMG/pdf/LE_TEXIER_-_Justice_-_efficacite_01.2011_.pdf)> Voir aussi « Le management, art de l'efficacité et non du profit : étude du champ lexical du terme « management » dans la littérature anglophone depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle », 5<sup>e</sup> version, 2013, in *Economies et sociétés*, tome XLVIII, n° 1, janvier 2014, p. 5 <[http://www.letexier.org/IMG/pdf/LeTexier-EfficaciteEtNonProfit\\_01.2013\\_-2.pdf](http://www.letexier.org/IMG/pdf/LeTexier-EfficaciteEtNonProfit_01.2013_-2.pdf)> (références consultées le 28 août 2015).

<sup>26</sup> En particulier depuis l'élan impulsé par le Premier ministre Michel Rocard, avec sa circulaire du 23 février 1989 *relative au renouveau du service public*.

de l'action publique, et sur la place qui doit être faite au droit<sup>27</sup>, et à quel type de droit<sup>28</sup> ? Ainsi la « gouvernance réglementaire » fait-elle de l'efficacité<sup>29</sup>, référence cardinale du manager, une exigence constante de la politique de qualité du droit, tout un imaginaire productif se saisissant de la question. Dans son rapport de 2012, l'OCDE imagine même un « cycle de la gouvernance de la réglementation<sup>30</sup> », qui est un modèle théorique de coordination des différentes mesures nécessaires pour assurer l'efficacité de cette gouvernance. Une circularité doit s'établir entre l'ensemble des phases de la « gouvernance réglementaire » : d'une part entre la conception/élaboration de la réglementation et sa mise en œuvre/application ; d'autre part entre ces étapes, et le suivi et l'évaluation de la réglementation, ceci afin d'en tirer les enseignements permettant de corriger les réglementations existantes, de les supprimer le cas échéant, et/ou d'en élaborer de nouvelles. L'efficacité de la « gouvernance réglementaire » serait ainsi fonction du degré suffisant de coordination, consultation, communication et coopération (les « 4 Cs ») des phases mises en boucle par ce cycle, et de la qualité des rétroactions (notamment entre les enseignements des analyses *ex post* des réglementations en vigueur et la conception des nouvelles réglementations).

---

<sup>27</sup> V. par ex. les nombreux travaux de Jacques Caillosse, dont : « Le manager entre dénégation et dramatisation du droit », in *Politiques et Management public*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 85 ; « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'Etat », in *Revue français d'administration publique*, n° 105-106, 2003/1-2, p. 304 ; v. aussi Jacques Chevallier, « Management public et droit », in *Politiques et management public*, n° 3, 2008, p. 93.

<sup>28</sup> Jacques Caillosse, « L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ? », in *Politiques et management public*, vol. 7, n° 7-2, 1989, pp. 163-282.

<sup>29</sup> « La bonne gouvernance suppose une politique réglementaire efficace » (OCDE, rapport 2012, *op. cit.*, p. 22) ; elle est d'ailleurs un « facteur essentiel de l'efficacité de la gouvernance publique » (*ibid.*, p. 9-10). Voir aussi le 2<sup>e</sup> principe directeur pour la qualité et la performance de la réglementation [C(2005)52 et CORR1] : « Procéder systématiquement à une analyse d'impact et à un réexamen des réglementations pour vérifier si, dans un environnement économique et social complexe en constante mutation, elles répondent toujours avec efficacité et efficacité aux objectifs qui leur sont assignés » :

<<http://www.oecd.org/regreform/34978350.pdf>> (consulté le 28 août 2015).

<sup>30</sup> Rapport 2012, *op. cit.*, p. 84, graphique 4.1.

La « gouvernance réglementaire » tend à faire du droit un produit et appréhende l'activité du jurislacteur comme un processus de production, jalonné des poncifs de la rationalité managériale : évaluations *ex ante* (études d'impact) et *ex post* (dans le cadre d'expérimentations normatives), promotion de la transparence, approche intégrée, contrôles, comparaison des performances (*benchmarking*), appréhension du droit positif en termes de stock et de flux..., jusqu'aux « considérations stratégiques<sup>31</sup> », formule digne du discours d'un manager à ses équipes, qui ne désigne autre chose que des normes adressées aux Etats pour qu'ils épousent les canons de la « gouvernance réglementaire ».

## 1.2. Les prescriptions formelles de la « gouvernance réglementaire »

Les travaux de l'OCDE sur la « gouvernance réglementaire » empruntent aux registres doctrinal et normatif.

Doctrinal, puisque le concept est avant tout le produit d'une maturation qui s'est faite au travers des rapports consacrés à la question dès 1997, avec un premier portant sur la réforme de la réglementation. Il sera suivi par le rapport de 2002, *Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE. De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation*, qui présente un caractère fondateur pour le concept de « gouvernance réglementaire ». Le dernier en date, *Politique réglementaire et gouvernance. Soutenir la croissance économique et servir l'intérêt général*, retrace en 2012 dix ans de travaux de l'OCDE sur la réforme réglementaire et constitue le rapport de synthèse d'un projet conduit en partenariat avec la Commission européenne dans quinze Etats membres de l'Union, *Mieux légiférer en Europe*, et qui a lui-même donné lieu à des rapports spécifiques Etat par Etat.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>32</sup> Cf. *supra* note 8.

Registre normatif aussi, puisque ces rapports sont accompagnés de divers actes relevant du *soft law* (ou droit souple<sup>33</sup>). La *Recommandation de 1995 du Conseil de l'OCDE concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*<sup>34</sup> a déjà été mentionnée. En 1997, ce sont sept principes directeurs de gestion efficace de la réglementation – *les principes directeurs de 1997* – qui seront édictés. Ces derniers serviront de référence pour l'examen des politiques menées dans les Etats de l'OCDE et seront actualisés en 2005 (*Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation*<sup>35</sup>), sur la base des résultats de ces évaluations. L'actualisation des données qu'a permise le rapport de 2012 a conduit à l'édiction, au terme d'un large processus de consultations, de la *Recommandation du Conseil sur la politique et la gouvernance réglementaires*.<sup>36</sup>

D'autres instruments complètent ce dispositif, soit sur des thèmes connexes,<sup>37</sup> soit dans un cadre spatial plus restreint, impliquant même des Etats non membres de l'OCDE. Ainsi en est-il de la *Liste de référence commune APEC-OCDE sur la réforme de la réglementation*<sup>38</sup>, qui concerne des Etats d'Asie et du Pacifique, ou la *Charte régionale pour la qualité de la réglementation dans le cadre de la région MENA (Afrique du Nord, Moyen-Orient)*<sup>39</sup>. Au sein de l'Union européenne, les initiatives de l'OCDE ont notamment été prolongées par plusieurs actes sur la *réglementation intelligente*.<sup>40</sup>

<sup>33</sup> V. not. Conseil d'Etat, *Le droit souple*, Etude annuelle, La Documentation française, 2013, p. 61 et s.

<sup>34</sup> Recommandation du 9 mars 1995 [C(95)21/FINAL], v. : <<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=128&InstrumentPID=124&Lang=fr&Book=False>> (consulté le 28 août 2015).

<sup>35</sup> [C(2005)52 et CORR1]. Voir : <<http://www.oecd.org/regreform/34978350.pdf>> (consulté le 18 juin 2014)

<sup>36</sup> Recommandation du 22 mars 2012, v. : <<http://www.oecd.org/fr/gov/politique-reglementaire/recommandationde2012.htm>> (consulté le 28 août 2015).

<sup>37</sup> Voir par ex. la Recommandation sur l'évaluation d'impact sur la concurrence qui a été adoptée par le Conseil en 2009 [C(2009)130].

<sup>38</sup> En date du 11 mars 2005 [SG/SGR(2005)4], v. :

<<http://www.oecd.org/fr/reformereg/42052191.pdf>> (consulté le 28 août 2015). Ces principes sont conformes à la Recommandation de 2005.

<sup>39</sup> Adoptée à Marrakech en 2009, v. : <<http://www.oecd.org/mena/governance/45187957.pdf>> (consulté le 18 juin 2014). Ces principes sont conformes à la Recommandation de 2005.

<sup>40</sup> Cf. *supra* note 8.

Ces prescriptions formelles, adressées aux Etats, ne sont pas dotées de force obligatoire, puisque l'OCDE n'est pas compétente pour les obliger juridiquement. Mais il n'en demeure pas moins que ces actes sont bel et bien normatifs, tant ils constituent des références permettant d'évaluer les « politiques réglementaires » nationales, et cherchent d'ailleurs à influencer sur elles. Il existerait donc un « droit souple de la gouvernance réglementaire », avatar de ce que Jean-Bernard Auby qualifie de « droit global de la gouvernance nationale<sup>41</sup> ». Affirmant qu'un tel droit, « peu constitué de normes obligatoires », « est en général plus doctrinal que normatif », l'auteur n'exclut pas que les standards qu'il exprime soient dotés d'une « force singulière », tenant à l'autorité de leur auteur.<sup>42</sup> Nous ajouterions que cette force est aussi force de persuasion et qu'à cet égard, la normativité déployée par l'OCDE se nourrit du discours doctrinal issu des rapports.

Ces derniers ne sauraient d'ailleurs être tenus en marge de la démarche normative : l'observateur peut en effet être frappé par un certain « mélange des genres » : la recommandation de 2012 combine ainsi un dispositif proprement recommandatoire, des annexes explicitant, sous forme numérotée, chaque point de la recommandation, et une « Appendice 1 : Note explicative relative à la recommandation du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires », présentant l'action menée par l'OCDE depuis les années 1990 et explicitant les points de la recommandation.<sup>43</sup> Un tel document, « tout en un », réunit donc l'instrument de droit souple au sens strict (la recommandation elle-même, sous forme d'articles) et des documents interprétatifs, dignes de circulaires administratives... Or, ce « pack normatif » réitère nombre de fragments des rapports qui motivent la recommandation. Une évidente porosité caractérise la recommandation et les rapports, si bien qu'il s'avère délicat d'exclure ces derniers du champ normatif. Le doctrinal concourt au normatif, ce qui s'explique assez aisément : dès lors qu'elle se fonde non pas sur la sujétion, mais sur l'adhésion, la normativité suppose un effort de

---

<sup>41</sup> Jean-Bernard Auby, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris : LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p. 93.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>43</sup> Le document contient également des développements retraçant en quelque sorte la genèse de la nouvelle recommandation : processus de révision, larges consultations, adoption formelle...

persuasion, de démonstration, de pédagogie en somme, afin de conférer aux prescriptions formulées l'autorité qu'elles ne tirent pas simplement de leur *instrumentum*. Une prescription législative doit être obéie parce qu'elle est la Loi ; une recommandation peut être ignorée et doit convaincre pour s'imposer.<sup>44</sup>

Ainsi défini, et sa propension prescriptive mise au jour, le concept de « gouvernance réglementaire » suscite donc une interrogation : *quid* de sa portée ? Le droit souple de la « gouvernance réglementaire » reçoit-il un écho favorable dans les pratiques des Etats ?

## 2. Une évolution durable de la perception du droit

L'observation des discours sur la qualité du droit comme les mesures adoptées par les pouvoirs publics nationaux laissent à penser que les normes édictées dans le cadre de la « gouvernance réglementaire » concourent à modifier les pratiques. Certes, il existe toujours des dynamiques endogènes propres à certains Etats. Mais dans l'ensemble, la comparaison des pratiques réglementaires nationales par l'OCDE, les échanges entre responsables politiques, fonctionnaires, experts... des différents Etats dans le *forum* océanien, contribuent à propager des références exogènes, et à ce que les Etats se les approprient progressivement. Ces phénomènes ne sont pas sans rappeler le processus d'acculturation, que nous retiendrons ici pour rendre compte de l'influence exercée par la démarche de « gouvernance réglementaire », en particulier en France. Cette influence pourrait en tout état de cause être durable, l'interdépendance croissante des Etats induite par la globalisation lui apportant un soutien puissant.

---

<sup>44</sup> Sur les liens entre persuasion et normativité en droit, v. les développements de François Brunet dans sa thèse, ainsi que la « conception rationnelle de l'interprétation » qu'il propose : *La normativité en droit*, *op. cit.*, spéc. p. 331 et s.

## 2.1. Une acculturation progressive. L'illustration française

L'acculturation, au sens ethnologique, peut être définie comme l'ensemble des « modifications qui se produisent dans un groupe culturel [concernant la manière d'agir, de percevoir, de juger, de travailler, de penser, de parler] par suite du contact permanent avec un groupe (généralement plus large) appartenant à une autre culture ». Pour la sociologie, elle renvoie au « processus par lequel un individu apprend les modes de comportements, les modèles et les normes d'un groupe de façon à être accepté dans ce groupe et à y participer sans conflit ». <sup>45</sup> Ces deux définitions ne sont pas sans intérêt pour tenter de qualifier l'effet produit par les représentations et références que véhicule la démarche de l'OCDE.

Quand bien même celle-ci déplore-t-elle que les « politiques réglementaires » engagées par la plupart des Etats sont loin d'avoir atteint le stade ultime que constitue la « gouvernance réglementaire <sup>46</sup> », ces derniers semblent bel et bien influencés par les recommandations formulées : la manière d'agir (dans l'élaboration des règles de droit), de percevoir (les enjeux en présence, notamment économiques), de juger (de l'opportunité d'une nouvelle règle ou d'une réforme), de penser (ce qui fait la qualité du droit aujourd'hui) s'est progressivement modifiée dans les Etats membres de l'OCDE, à la faveur des contacts qui s'établissent *via* l'Organisation, <sup>47</sup> des examens et rapports périodiques, et des instruments normatifs édictés.

---

<sup>45</sup> « Acculturation » sens 1 et 2, in *Trésor de la langue française informatisé*, <<http://atilf.atilf.fr/tlf.htm>> (consulté le 28 août 2015).

<sup>46</sup> Selon les termes de l'OCDE, seuls les « pays avancés » connaissent ce niveau de développement de leur « politique réglementaire » (rapport 2012, *op. cit.*, p. 10). Au demeurant, dans aucun pays membre de l'Organisation, le « cycle de la gouvernance réglementaire » n'est encore parfait : soit il est incomplet, soit les efforts ne sont pas constants sur l'ensemble du cycle.

<sup>47</sup> Sans oublier l'influence qui est celle de l'Union européenne, comme relai des initiatives océdéennes.

L'idée d'acculturation nous semble d'autant plus intéressante qu'il est bien question, ici, de culture, et plus précisément *des cultures juridiques* qui se sont forgées dans les Etats, au gré de leur histoire politique, administrative, et même philosophique (la puissance de l'Etat royal d'Ancien régime, la philosophie des Lumières, les principes révolutionnaires comme la séparation des autorités administratives et judiciaires, les réformes napoléoniennes, la jurisprudence du Conseil d'Etat, l'Ecole du service public, le parlementarisme, le Conseil national de la Résistance, la Cinquième République, la construction européenne... tout ceci, et bien d'autres choses encore, ont concouru à façonner la culture juridique française...). La formule des deux auteurs d'un récent rapport français sur l'inflation normative, qui fait une large part – fut-ce implicitement – aux préconisations ocellées, est d'ailleurs éloquente : il faut « révolutionner notre *culture* administrative et politique de la norme ». <sup>48</sup> D'ordre culturel est également le rapport de la Common Law et de la tradition juridique romano-germanique ; il constitue même un point sensible des réflexions sur la « gouvernance réglementaire ». <sup>49</sup> L'émoi causé dans un pays de droit écrit comme la France, par les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale rend assez bien compte de la dimension presque identitaire de la question <sup>50</sup> : il s'est agi de défendre une conception continentale du droit contre les vellétés d'une tradition qui participe de l'hégémonie culturelle anglo-saxonne, et plus particulièrement américaine.

---

<sup>48</sup> Nous soulignons : Alain Lambert et Jean-Claude Boulard, *Rapport de la Mission de lutte contre l'inflation normative*, mars 2013, p. 81 (l'idée de « révolution culturelle » étant d'ailleurs constante dans le rapport).

<sup>49</sup> V. not. dans le rapport 2012, *op. cit.*, p. 106 et s., « Encadré 4.8. Droit civil et common law : Incidences sur la gouvernance de la réglementation ».

<sup>50</sup> En France, ces rapports ont en effet suscité, outre des controverses sur la philosophie et la méthodologie employées (Bertrand du Marais (dir.), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites des rapports Doing Business*, Paris : La Documentation française, 2006), une réaction de défense des systèmes de droit civil (Association Henri Capitant, *Les droits de tradition civiliste en question – A propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, Paris : Editions Société de Législation Comparée, 2006 ; Olivia Dufour, « Le droit continental a vocation à promouvoir une efficacité économique de long terme », in *Les Petites affiches*, n° 234, 24 novembre 2010, p. 3.

A cet égard, parler d'acculturation en matière de « gouvernance réglementaire » permet d'englober un éventail suffisamment large de modalités effectives du processus, qui ne sont jamais exclusives les unes des autres, et vont ainsi de l'imitation libre et consentie à la domination. L'OCDE ne saurait en effet manier l'impératif : le « droit » qu'elle produit est souple et son effectivité repose sur l'adhésion de ses destinataires ; quant à la technique du *benchmarking* par laquelle sont élaborées les normes diffusées, elle ne fait qu'ériger en modèles des pratiques qui ont pour elles la force de persuasion attachée au fait d'être les meilleures... Autrement dit, si les Etats les suivent, c'est qu'ils ont été convaincus de leur pertinence. Pourtant, on ne peut totalement ignorer les rapports de force, les résistances et les phénomènes de domination. Résistance d'abord, car l'adoption formelle de dispositifs préconisés dans le cadre de la « gouvernance réglementaire » ne garantit pas ensuite l'effectivité de leur pratique<sup>51</sup>. Rapports de force ensuite, quand par exemple, la Croatie a « dû introduire l'étude d'impact des politiques publiques et des législations nouvelles proposées pour pouvoir obtenir le prêt d'ajustement programmatique de la Banque mondiale<sup>52</sup> » – manière, pour la « gouvernance réglementaire », de renouer avec la bonne gouvernance comme conditionnalité de l'aide financière internationale. Domination enfin, si l'on songe à l'enjeu de la cohabitation entre traditions anglo-saxonne et continentale du droit... Dans cette normalisation de la manière de concevoir, produire et gérer le droit, il est clair que l'emportera le plus apte à répondre aux préoccupations auxquelles le droit est désormais sommé de répondre : favoriser les échanges, promouvoir la sécurité juridique, mettre en œuvre la subsidiarité, limiter les contraintes, etc. Le « darwinisme normatif<sup>53</sup> » dénoncé par Alain Supiot est en marche...

---

<sup>51</sup> A propos de l'étude d'impact en Europe centrale et orientale, v. l'article de Katarina Staroňová, « L'institutionnalisation des études d'impact en Europe centrale et orientale » in *Revue française d'administration publique*, n° 149, 2014/1, pp. 123-143. V. aussi les autres contributions du dossier spécial « Etudes d'impact et production normative » présenté dans ce numéro de la revue.

<sup>52</sup> Exemple mentionné par Ioannis Lianos, Maksim Karliuk, « L'émergence de l'étude d'impact comme norme de gouvernance en Europe : genèse, diffusion et acteurs » in *Revue française d'administration publique*, n° 149, 2014/1, p. 5-27.

<sup>53</sup> Alain Supiot, *La gouvernance par les nombres*, Cours au Collège de France (2012-2014), Paris : Fayard, 2015, p. 206.

L'observation des orientations des récents rapports et des mesures adoptées ces dernières années par les pouvoirs publics français en matière de qualité du droit permet de percevoir une certaine forme d'acculturation. En voici quelques exemples, non exhaustifs.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a eu le mérite, distingué par l'OCDE, d'inscrire au plus haut niveau juridique l'obligation de soumettre à étude d'impact préalable tout projet de loi<sup>54</sup>. Quand bien même la France ferait figure d'excellent élève avec cette consécration constitutionnelle, chacun sait que l'analyse d'impact préalable des réglementations n'est pas un produit du seul génie français. Les pouvoirs publics nationaux ont en effet introduit dans leurs pratiques une procédure initialement mise en œuvre aux Etats-Unis, et progressivement introduite en Europe. Deux auteurs ont récemment bien mis en lumière ce processus de diffusion, qui est notamment passé par « le canal de l'influence des organisations internationales, des consultants et des communautés épistémiques [...] les plus importantes étant probablement l'OCDE et l'Union européenne ».<sup>55</sup> Et de souligner que « pour ce faire, la première possède des fonctions de médiation (construction d'un dialogue politique entre experts) et de recherche (audit, comparaison, classement par contrôle, étalonnage et examen par les pairs) ».<sup>56</sup> Pour s'en tenir à cette seule organisation – le rôle de l'Union européenne ne devant bien entendu pas être tenu pour négligeable –, une corrélation est établie même entre la progression rapide de la diffusion de l'étude d'impact en Europe et la publication en 1995 de la

---

<sup>54</sup> Art. 8 à 12 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution. L'étude d'impact figure au 1.1.2. du *Guide de légistique* français, comme étape de la *conception* des normes permettant d'apprécier leur *nécessité* (2<sup>e</sup> éd., 2007 [en ligne] <http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique> – consulté le 25 août 2015).

<sup>55</sup> Ioannis Lianos, Maksim Karliuk, « L'émergence de l'étude d'impact comme norme de gouvernance en Europe : genèse, diffusion et acteurs », *op. cit.*

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 11. La diffusion horizontale repose quant à elle sur « l'interconnectivité des gouvernements et permet aux élites de communiquer et d'interagir, d'échanger des idées, des solutions et des expériences ». Les auteurs indiquent que les modalités de cette diffusion varient, de l'apprentissage mutuel à « la concurrence entre gouvernements pour la "qualité de la réglementation" qui les pousse à des innovations politiques, à la contrainte et à la socialisation entre réseaux d'experts et/ou élites administratives » (*ibidem*). V. *supra* à propos de l'acculturation.

première recommandation de l'OCDE sur la réforme réglementaire<sup>57</sup>. S'agissant de la France, l'introduction de cette pratique en 1995 à titre expérimental<sup>58</sup>, son ascension progressive dans la hiérarchie des normes (de circulaire<sup>59</sup> à obligation constitutionnelle, qui sonne comme une véritable démonstration de conviction), sa généralisation progressive à l'ensemble des textes réglementaires<sup>60</sup>, tendent à montrer combien les pouvoirs publics se sont peu à peu persuadés de l'importance de cet outil, qui était étranger aux pratiques françaises.

Etrangers aussi, sinon insuffisamment pris en compte hier par la politique française de qualité du droit : les enjeux économiques liés à la réglementation font aujourd'hui l'objet d'une plus grande attention. Dans son rapport consacré à la France, *Mieux légiférer en Europe : France* (2010), l'OCDE déplorait cet état de fait<sup>61</sup> et, pourrait-on dire, un excès de juridisme de la culture administrative française.<sup>62</sup> Il faut bien admettre que la promotion de la qualité du droit s'était focalisée en France sur l'amélioration de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi<sup>63</sup>, la sécurité

---

<sup>57</sup> *Ibidem*, graphique 1.

<sup>58</sup> Circulaire du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'État.

<sup>59</sup> Circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat (succédant à l'expérimentation de 1995).

<sup>60</sup> Au sens français du terme, renvoyant aux actes adoptés par l'Exécutif et les autres autorités administratives. D'abord *via* la circulaire du 17 février 2011 *relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales*, puis la circulaire du 17 juillet 2013 relative à la mise en œuvre du gel de la réglementation, généralisant le dispositif à tous les textes réglementaires, hors ceux uniquement applicables aux administrations de l'État ; et pour les très petites entreprises, la circulaire du 9 janvier 2013 *relative à la modernisation de l'action publique*.

<sup>61</sup> Le grief est récurrent dans le rapport : voir not. p. 13 ; 18 (s'agissant de l'analyse d'impact des réglementations, où des efforts restent à faire en matière d'outils méthodologiques, pour l'analyse économique et le chiffrage des coûts), 35 (l'objectif économique n'était ainsi pas au cœur de la Révision générale des politiques publiques) ; et explique les recommandations formulées pour la France, l'incitant à renforcer le prisme (v. not. les recommandations 1.1., 1.3., 5.2) et l'expertise (recommandations 2.2, 4.4, 4.6) économiques en matière de politique réglementaire.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>63</sup> Cf. l'objectif de valeur constitutionnelle consacré dans la décision du Conseil constitutionnel n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes*.

juridique<sup>64</sup>, la lutte contre certaines dérives législatives (les lois « non-normatives » et les « lois réglementaires »)<sup>65</sup> et de manière générale la dénonciation de l'inflation normative. Ce volet formaliste n'a pas disparu,<sup>66</sup> mais s'est enrichi des apports du prisme économique sur la question. En témoigne notamment l'importance prise, s'agissant des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics, par le Conseil national d'évaluation des normes,<sup>67</sup> dont l'expertise est avant tout financière.

Plusieurs rapports récents montrent que les problématiques d'inflation normative, de simplification du droit et de compétitivité sont dorénavant appréhendées comme un tout. Dans sa lettre de mission du 17 janvier 2011 au sénateur Eric Doligé, auteur d'un rapport sur *La simplification des normes applicables aux collectivités locales* rendu en juin 2011, le président Nicolas Sarkozy se plaçait ainsi clairement sur le terrain économique. En juillet de la même année, Jean-Luc Warsmann remettait son rapport intitulé *La simplification du droit au service de la croissance et de l'emploi*. Dans la cadre du quinquennat du président François Hollande, le *Rapport de la Mission de lutte contre l'inflation normative*, remis en mars 2013, reprend résolument la rhétorique élyséenne du « choc de compétitivité ». Quant aux diverses lois de simplification adoptées depuis une dizaine d'années, elles reflètent logiquement ces orientations : outre le fait qu'elles n'aient jamais ignoré les entreprises, la coloration économiste des dernières du genre s'est quelque

---

<sup>64</sup> Outre les rapports du Conseil d'Etat de 1991 (*De la sécurité juridique*) et 2006 (*Sécurité juridique et complexité du droit*), v. CE, 24 mars 2006, *Sté KPMG et autres*.

<sup>65</sup> V. à cet égard les prises de position de Pierre Mazeaud, président du Conseil constitutionnel entre 2004 et 2007 (vœux au président de la République, 3 janvier 2005), et la jurisprudence de l'institution (comme l'emblématique décision n° 2005-512 du 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*).

<sup>66</sup> Dans le cadre de la modernisation de l'action publique (MAP), la circulaire de l'ancien Premier ministre Jean-Marc Ayrault du 17 juillet 2013 *relative à la mise en œuvre du gel de la réglementation*, et qui remplace le « moratoire des normes » décidé par François Fillon le 6 juillet 2010, gage l'adoption de toute nouvelle norme par la simplification ou l'allègement d'une norme existante....

<sup>67</sup> Décret n° 2014-446 du 30 avril 2014 portant application de la loi n° 2013-921 du 17 octobre 2013 *portant création d'un Conseil national d'évaluation des normes applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics*. Ce Conseil national remplace la *Commission consultative* d'évaluation des normes, on peut y voir une certaine promotion institutionnelle.

peu renforcée<sup>68</sup>. Et une loi portant l'étendard de la relance économique comme l'imposante et peu lisible « loi Macron » du 6 août 2015, *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, ne pouvait manquer, elle aussi, de se faire en partie simplificatrice du droit.<sup>69</sup>

Les rapports annuels du Conseil d'Etat n'échappent pas à ces évolutions. L'étude consacrée au droit souple<sup>70</sup> pourrait témoigner d'une sensible inflexion des positions françaises sur certaines questions liées à la normativité : en faisant tomber le dogme de l'impérativisme, et en acceptant d'appeler « droit » ce qui quelques années encore ne pouvait souffrir une telle qualification,<sup>71</sup> le Conseil d'Etat s'est-il en effet converti à la co-réglementation, que l'OCDE plébiscite dans ses travaux ? Prendre ainsi le droit souple au sérieux, et considérer qu'il « complète la panoplie de l'Etat régulateur, qui ne peut agir uniquement par la réglementation », qu'il « participe [...] de la rénovation des méthodes de gestion de l'Etat<sup>72</sup> », n'est-ce pas clairement s'inscrire dans une approche managériale du droit, comme le font remarquer deux auteurs ?<sup>73</sup> N'est-ce pas faire sien le discours marquant un reflux du droit comme instrument privilégié de l'action publique ?

Enfin, il est piquant de constater combien le langage, voire le jargon, gestionnaire et managérial, a pénétré les discours et pratiques relatifs à la qualité du droit. Outre l'importance prise par l'évaluation, ou la recherche de performance de la réglementation, le droit est appréhendé en termes de

---

<sup>68</sup> Loi du 2 juillet 2003 *habilitant le gouvernement à simplifier le droit* ; loi du 9 décembre 2004 *de simplification du droit* ; loi du 20 décembre 2007 *relative à la simplification du droit* ; loi 12 mai 2009 *de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures* ; loi du 17 mai 2011 *de simplification et d'amélioration de la qualité du droit* ; loi du 22 mars 2012 *relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives* ; loi du 2 janvier 2014 *habilitant le gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises* ; loi 20 décembre 2014 *relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives*.

<sup>69</sup> Comme la loi du 4 août 2008 *de modernisation de l'économie*.

<sup>70</sup> Rapport 2013, *op. cit.*

<sup>71</sup> Il suffit de relire les rapports de 1991 et 2006.

<sup>72</sup> Conseil d'Etat, *Le droit souple*, Rapport 2013, *op. cit.*, p. 32.

<sup>73</sup> Emeric Nicolas et Matthieu Robineau, « Prendre le droit souple au sérieux ? A propos de l'étude annuelle du Conseil d'Etat pour 2013 », in *La Semaine juridique – Edition générale*, n° 43, 21 octobre 2013, doct. 1116 (§ 16).

flux et de stock<sup>74</sup>, il est objet d'un « management<sup>75</sup> », et une circulaire, dont on se demande quelle est la portée effective, invite à délivrer une « interprétation *facilitatrice* des normes<sup>76</sup> », etc.

Si aucune référence explicite à la « gouvernance réglementaire » n'est faite par les pouvoirs publics français,<sup>77</sup> il semble donc difficile de nier l'impact qu'elle produit néanmoins sur leur conception de la qualité du droit. Et cet impact ne peut qu'être durable, eu égard au contexte d'interdépendance dans lequel il se produit.

## 2.2. Une interdépendance durable des systèmes juridiques

Les déterminants économiques des changements intervenus dans la manière de concevoir les réglementations ont été rappelés. La politique de dérèglementation était même presque exclusivement fondée sur de telles considérations. En s'étoffant, toutefois, les futures « politiques réglementaires » ont intégré nombre d'autres paramètres, comme la nécessité de répondre à de nouvelles demandes de la société civile à l'égard du droit (transparence dans son élaboration, participation aux procédures décisionnelles, meilleure accessibilité, renforcement de la sécurité juridique...). Néanmoins, la

---

<sup>74</sup> V. par ex. Alain Lambert et Jean-Claude Boulard, *Rapport de la Mission de lutte contre l'inflation normative*, op. cit. ; ou encore Jean-Marc Sauvé, discours d'ouverture du colloque organisé par la Société de législation comparée au Conseil d'Etat, « L'entreprise et la sécurité juridique », le 21 novembre 2014 :

<<http://www.conseil-etat.fr/content/download/36571/317151/version/2/file/2014-11-21%20-%20Colloque%20SLC%20-%20L%20entreprise%20et%20la%20securite%20juridique.pdf>> (consulté le 25 août 2015).

<sup>75</sup> Alain Lambert, « Lutte contre l'inflation normative : "insuffler de l'intelligence dans notre management du droit" », in *La Semaine juridique – Edition notariale et immobilière*, n° 16, 19 avril 2013, en ligne : <<http://www.lexisnexis.fr/back-office/entretienalainlambert.pdf>> (consulté le 28 août 2015).

<sup>76</sup> Circulaire du 2 avril 2013 *portant instruction relative à l'interprétation facilitatrice des normes* ; v. notre étude : « A propos de l'« interprétation facilitatrice des normes », in *Revue du droit public*, 2015-1, p. 205.

<sup>77</sup> Dans son rapport de 2011 précité, le sénateur Eric Doligé emploie la formule « gouvernance normative », à propos des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales, qui n'est pas sans évoquer la « gouvernance réglementaire » de l'OCDE. Toutefois, le rapporteur se borne à placer des questions d'ordre organique sous son concept (v. p. 43).

question économique est demeurée prégnante, à la faveur du processus de globalisation.

Or, c'est aujourd'hui cette dernière qui paraît de nature à pérenniser les mutations intervenues dans la manière de conduire les « politiques réglementaires », et de parvenir à ce Graal que constitue la « gouvernance réglementaire ». En effet, la globalisation est génératrice d'interdépendance des Etats : interdépendance de leurs économies, ainsi que l'ont encore démontré les crises récentes, mais aussi interdépendance de leurs systèmes juridiques.

Celle-ci se manifeste d'abord dans une mise en concurrence des droits nationaux, dans laquelle chaque Etat se doit d'offrir un environnement juridique attractif pour les investisseurs. C'est ce qu'exprimait le vice-président du Conseil d'Etat français en ouverture d'un colloque de la Société de législation comparée en 2014 : il faut favoriser « l'attractivité de l'écosystème juridique français »<sup>78</sup> et les classements des rapports *Doing Business* ont précisément pour finalité de guider les capitaux vers les Etats les plus juridiquement accueillants, du moins selon les indicateurs retenus par la Banque mondiale. D'ailleurs, cette question est fort complexe et l'on doit se garder de penser que les mieux-disant normatifs sont forcément les moins-disant. La crise financière de 2008 pourrait avoir fait évoluer les mentalités sur ce point : le temps du « regulator-bashing » semble révolu, et à la « light touch » britannique vantée hier, les opérateurs économiques préféreraient, semble-t-il, une régulation plus ferme, qui leur garantisse les conditions d'une concurrence honnête, ce qu'on appelle le « level playing field<sup>79</sup> ». L'image employée de l'écosystème a au demeurant ceci d'intéressant qu'on sait aujourd'hui que les écosystèmes sont rarement clos ; il en va de même des « écosystèmes juridiques ». Les conditions offertes aux investisseurs par le cadre législatif et réglementaire dans un Etat donné peuvent en effet avoir des conséquences dans un autre Etat : conséquences économiques, positives ou négatives, selon que les investisseurs trouveront plus ou moins favorable le contexte juridique du premier Etat par rapport au second ; conséquences juridiques aussi, puisqu'il est prévisible que

---

<sup>78</sup> Jean-Marc Sauvé, « L'entreprise et la sécurité juridique », *op. cit.*

<sup>79</sup> V. les propos du président de l'Autorité des marchés financiers, Gérard Rameix, « Les entretiens de l'AMF », 28 novembre 2013, p. 9 (accessible sur le site de l'AMF), cité par Antoine Louvaris, « Régulation économique et inflation normative », in *Revue du droit public*, 2014-2, p. 304.

l'appréciation de ces bonnes ou mauvaises performances, imputables aux conditions juridiques nationales d'investissement, entraîneront des réformes du droit en vigueur.

Mais l'interdépendance des systèmes juridiques implique aussi une harmonisation de ces derniers, ne serait-ce que pour garantir une concurrence loyale entre partenaires étatiques. Le risque de *dumping* fiscal, social ou environnemental est directement lié à l'état du droit ; et sans aller jusqu'à ces extrêmes, il ne faudrait de toute façon pas que certains avantages comparatifs permettent des distorsions de concurrence.

Un tel contexte, qui rend les Etats réciproquement sensibles à l'état de leur système juridique, explique l'importance qu'acquiert la définition, au niveau global, de normes visant à accompagner leurs « politiques réglementaires ». L'objectif de « gouvernance réglementaire » doit permettre à chacun de rendre son cadre juridique plus performant, pour ne pas être hors course dans ce qui constitue bien une compétition, tout en posant des principes communs qui visent à prévenir les dérives. L'intérêt de l'un fait, et doit faire, l'intérêt des autres ; c'est finalement ce qu'exprime l'OCDE lorsqu'elle considère que « les Etats doivent unir leurs forces et non pas chercher séparément à construire un cadre réglementaire résistant et efficace<sup>80</sup> », en particulier face aux crises.

En 2001, le *Rapport du Comité consultatif de haut niveau sur la qualité de la réglementation*<sup>81</sup> faisait de celle-ci un *bien public*.<sup>82</sup> Cet emprunt libre à l'analyse économique des défaillances du marché<sup>83</sup> est surtout une manière

---

<sup>80</sup> OCDE, rapport 2012, *op. cit.*, p. 12.

<sup>81</sup> *Rapport final du Comité consultatif de haut niveau sur la qualité de la réglementation*, présidé par Dieudonné Mandelkern, et remis le 13 novembre 2001 (*Mandelkern Group on Better Regulation Final Report*) : <[http://regplus.free.fr/mandelkern\(f\).pdf](http://regplus.free.fr/mandelkern(f).pdf)> (consulté le 28 août 2015).

<sup>82</sup> *Op. cit.*, p. 7, 53, 54 et 58.

<sup>83</sup> Strictement parlant, la notion désigne certains biens ou services qui sont soit « non excludables » (il n'est pas possible de priver quelqu'un de leur usage), soit « non rivaux » (leur usage par l'un n'en diminue pas la quantité disponible pour les autres), soit les deux (on parle alors de biens publics purs, comme la défense nationale, la santé publique). Ils sont distincts des biens communs, qui sont non excludables mais rivaux (ressources en eau, ressources halieutiques), et des biens de club, excludables mais non rivaux (comme un programme de télévision ou un abonnement à un service). V. Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, Paris : Dalloz, 2008 ; François Levêque, *Economie de la réglementation*, Paris : La Découverte, 2004 ; Maxime Boul, « Les "public goods" : traduction juridique d'une notion économique », in *Revue française de droit administratif*, 2013, p. 557.

contemporaine de signifier que la qualité du droit présente un caractère d'intérêt général (bien public mondial) qui dépasse le cadre étatique et s'élargit à la communauté internationale, englobant les Etats, mais aussi les acteurs économiques et les citoyens. La notion remplit donc une fonction légitimatrice de l'approche globale du problème. La qualité réglementaire est un objectif que les Etats peuvent difficilement atteindre individuellement ; c'est d'ailleurs ce qu'indiquait déjà le rapport de l'OCDE de 2001 : « pour y parvenir, des mesures doivent être prises aux niveaux européen et national, dans le cadre d'une approche stratégique globale ».<sup>84</sup>

De quoi justifier le droit de regard d'organisations internationales, de partenaires étatiques, voire de la société civile, sur ce qui a longtemps été considéré comme un art souverain, et surtout un attribut du seul souverain : faire le droit.<sup>85</sup> De plus en plus, l'art fait place au procès de production, et son caractère souverain s'évanouit à mesure que s'affirment et convainquent les principes de la « gouvernance réglementaire ». Produire et gérer le droit, puisqu'il faut bien s'exprimer ainsi, sont devenus, à la faveur de ce que nous appelons une « globalisation légistique<sup>86</sup> », des processus en voie de rationalisation, voire de standardisation, au risque d'éradiquer les « aspérités juridiques » propres à tel ou tel Etat, et au-delà, leur culture juridique. Le multiculturalisme juridique qui s'exprime dans la diversité des systèmes juridiques nationaux ne peut en effet sortir totalement indemne d'une telle entreprise.

## Conclusion

Apparu dans un contexte de repositionnement de l'Etat, le concept de « gouvernance réglementaire » participe ainsi d'une volonté de refonder la légitimité du droit, comme celle de l'action publique, par l'efficacité et l'efficience. Au prétexte d'améliorer sa qualité, cette entreprise plie le droit,

---

<sup>84</sup> Rapport Mandelkern, *op. cit.*, p. 7.

<sup>85</sup> Selon Bodin, la « puissance de donner loi à tous en général, et à chacun en particulier » constituait même la première des marques de la souveraineté : Jean Bodin, *Les Six Livres de la République*, 1576, Chapitre X.

<sup>86</sup> Cédric Groulier, « La "gouvernance réglementaire " de l'OCDE : vers une "globalisation légistique" ? », in *Revue du droit public*, 2015-3, p. 763.

et plus encore l'« art de faire la loi », à des canons globalisés au service des échanges économiques internationaux. Penser la qualité du droit en termes de gouvernance revient à laisser la raison de l'économiste et du manager convertir l'*homo juridicus*<sup>87</sup> à des dogmes planétaires uniformes, nouveaux universalismes, au risque d'emporter la richesse culturelle qui est celle des systèmes de droit par lesquels les hommes ont, chacun sous ses Références, décidé de se lier. Non, les juristes n'en ont sans doute pas fini de la gouvernance, tant elle est la manière dont ils croient devoir penser le droit aujourd'hui pour le penser mieux.

## Bibliographie

- Association Henri Capitant (2006), *Les droits de tradition civiliste en question – A propos des rapports Doing Business de la Banque mondiale*, Paris : Editions Société de Législation Comparée
- Auby, Jean-Bernard (2010), *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris : LGDJ, 2<sup>e</sup> éd.
- Beauchard, Renaud (2011), « L'évaluation des systèmes juridiques ou l'illusion du microscope », in *La note de convention(s)*, IHEJ, MAE, n° 8, p. 1
- Bernard, Alain (2008), « *Law and Economics*, une science idiote ? », in *Dalloz*.
- Bodin, Jean (1576), *Les Six Livres de la République*.
- Boul, Maxime (2013), « Les "public goods" : traduction juridique d'une notion économique », in *Revue française de droit administratif*.
- Brunet, François (2011), *La normativité en droit*, Paris : Mare & Martin.
- Caillosse, Jacques (1989), « L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ? », in *Politiques et management public*, vol. 7, n° 7-2, 163-282
- Caillosse, Jacques (1993), « Le manager entre dénégation et dramatisation du droit », in *Politiques et Management public*, vol. 11, n° 4.

---

<sup>87</sup> Alain Supiot, *Homos juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris : Seuil, 2005.

- Caillosse, Jacques (2003), « Les figures croisées du juriste et du manager dans la politique française de réforme de l'Etat », in *Revue française d'administration publique*, n° 105-106, n° 1-2.
- Chevallier, Jacques (2003), « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », in *Revue française d'administration publique*, n° 105-106.
- Chevallier, Jacques (2008), « Management public et droit », in *Politiques et management public*, n° 3.
- Comité consultatif de haut niveau sur la qualité de la réglementation présidé par Dieudonné Mandelkern (2001), *Rapport final*, [[http://regplus.free.fr/mandelkern\(f\).pdf](http://regplus.free.fr/mandelkern(f).pdf)], consulté le 28 août 2015
- Conseil d'Etat (2006), *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public, Paris : La Documentation française.
- Conseil d'Etat (2013), *Le droit souple*, Etude annuelle, Paris : La Documentation française.
- Dufour, Olivia (2010), « Le droit continental a vocation à promouvoir une efficacité économique de long terme », in *Les Petites affiches*, n° 234.
- Gaudin Jean-Pierre (2002), *Pourquoi la gouvernance ?* Paris : Presses de Sciences po
- Groulier, Cédric (2010), « Peut-on penser la norme juridique sans l'impératif ? » in *Droits*, n° 50.
- Groulier, Cédric (2015), « A propos de l'« interprétation facilitatrice des normes », in *Revue du droit public*, n° 1.
- Groulier, Cédric (2015), « La "gouvernance réglementaire" de l'OCDE : vers une "globalisation légistique" ? », in *Revue du droit public*, n° 3.
- Lambert, Alain (2013), « Lutte contre l'inflation normative : "insuffler de l'intelligence dans notre management du droit" », in *La Semaine juridique – Edition notariale et immobilière*, n° 16.
- Lambert Alain et Boulard Jean-Claude (2013), *Rapport de la Mission de lutte contre l'inflation normative*, Paris : La Documentation française
- Le Texier Thibault (2011), « D'un principe de justice à un standard d'efficacité : la rationalité régaliennne à l'épreuve de la logique gestionnaire », juillet 2010, in *Dissensus*, n° 4.

- Le Texier Thibault (2014), « Le management, art de l'efficacité et non du profit : étude du champ lexical du terme « management » dans la littérature anglophone depuis la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle », 5<sup>e</sup> version, 2013, in *Economies et sociétés*, tome XLVIII, n° 1.
- Levêque, François (2004), *Economie de la réglementation*, Paris : La Découverte.
- Lianos, Ioannis, Karliuk Maksim (2014), « L'émergence de l'étude d'impact comme norme de gouvernance en Europe : genèse, diffusion et acteurs » in *Revue française d'administration publique*, n° 149, n° 1.
- Louvaris, Antoine (2014), « Régulation économique et inflation normative », in *Revue du droit public*, n° 2.
- Mackaay, Ejan et Rousseau Stéphane (2008), *Analyse économique du droit*, Paris : Dalloz.
- Marais (du) Bertrand (ed.) (2006), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites des rapports Doing Business*, Paris : La Documentation française
- Nicolas, Emeric et Robineau Matthieu (2013), « Prendre le droit souple au sérieux ? A propos de l'étude annuelle du Conseil d'Etat pour 2013 », in *La Semaine juridique – Edition générale*, n° 43, doct. 1116
- OCDE (2002), *Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE. De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation*, rapport.
- OCDE (2004), *Examen de la réforme de la réglementation. France : Vers des orientations stratégiques plus claires*, rapport.
- OCDE (2012), *Politique réglementaire et gouvernance. Soutenir la croissance économique et servir l'intérêt général*, rapport.
- Staroňová, Katarina (2014), « L'institutionnalisation des études d'impact en Europe centrale et orientale » in *Revue française d'administration publique*, n° 149, n° 1, 123-143
- Supiot, Alain (2005), *Homos juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris : Seuil.
- Supiot, Alain (2015), *La gouvernance par les nombres*, Cours au Collège de France (2012-2014), Paris : Fayard.
- Thibierge, Catherine (ed.) (2014), *La densification normative. Découverte d'un processus*, Paris : Mare & Martin.