

La nouvelle nature des règles : le droit sous-traité

À propos de l'ouvrage de Pauline WESTERMAN, *Outsourcing The Law. A Philosophical Perspective on Regulation*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018.

Par Hervé DUMEZ

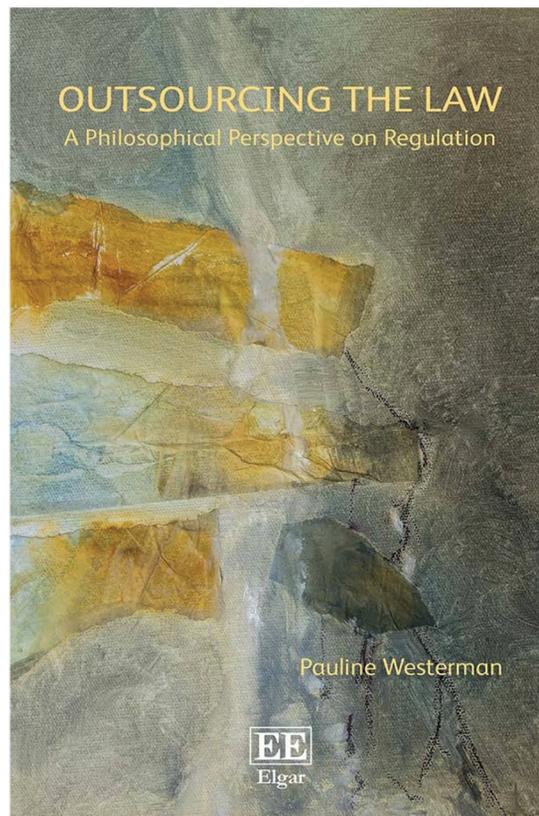
I3-CRG, École polytechnique, CNRS, Université Paris-Saclay

Ce petit livre de philosophie du droit (en tant que tel parfois un peu difficile à lire pour un non-juriste, mais toujours clair) est important. Pour le gestionnaire, comme pour le citoyen. En effet, la thèse défendue par l'auteur est que nous avons basculé en quelques dizaines d'années d'un système juridique à un autre. Cette évolution permet d'expliquer les questions de management public, et même de management en général, comme une partie du débat démocratique actuel. Elle éclaire le monde dans lequel nous sommes entrés, celui des indicateurs, des prix et des concours.

L'auteur décrit ce changement en parlant d'*outsourcing of law* (OL) que l'on traduira ici par « sous-traitance du droit » (SD). Les instances qui, traditionnellement, faisaient les règles, confient désormais cette tâche à une cascade d'acteurs. Et les règles traditionnelles du type de l'interdiction (il est interdit de fumer) ou de l'obligation (il faut respecter les limitations de vitesse) cèdent le pas à des règles d'une autre nature. Comment fonctionne en pratique cette SD ?

En trois temps. La loi fixe d'abord un objectif très général, contre lequel personne ne peut s'élever (« nous devons garantir aux générations

futures un cadre environnemental préservé »). Ce qui relevait auparavant de l'exposé des motifs devient le cœur du texte. Ensuite est énoncée l'obligation de mettre en place un dispositif qui devra veiller à ce que cet objectif soit poursuivi



des *task forces*, des commissions vont se créer, qui vont décomposer l'objectif très général en sous-objectifs concrets (le cadre environnemental va être décomposé en qualité de l'air, qualité de l'eau, bruit, etc.), puis vont essayer de trouver autour de chacun de ces sous-objectifs concrets des indicateurs chiffrés qui permettront de mesurer la progression vers l'objectif d'ensemble (pour la qualité de l'eau, les taux de nitrate, de calcaire, de métaux, etc. ; pour la qualité de l'air, les taux de particules, de CO₂...). Le rendu de compte portera sur l'évolution dans le temps de ces indicateurs. Éventuellement, on organisera un concours et on donnera un prix à celui qui aura les meilleurs scores enregistrés par ces indicateurs (celui du meilleur maire, par exemple).

Qu'est-ce qui justifie cette évolution ? L'idée que le législateur et le monde judiciaire sont trop lents, trop lourds, incapables d'appréhender les évolutions rapides de la société et les pratiques concrètes. On considère alors qu'il faut au contraire de l'auto-régulation, de la subsidiarité, de la démocratie participative, c'est-à-dire une élaboration des normes au plus près de l'action. C'est ce que vise la SD.

En réalité, analyse l'auteur, on peut s'interroger. Si auto-régulation il y a, il faut tout d'abord parler d'une auto-régulation imposée : les acteurs sont contraints de se fixer des objectifs et des indicateurs. Plus

(c'est en quoi il y a sous-traitance). Enfin, une norme de rendu de compte (*accountability*) est posée : le dispositif en question devra publier des rapports pour expliquer où l'on en est de la poursuite de l'objectif fixé. Concrètement, que va-t-il se passer ? Des comités,

profondément, l'auto-régulation spontanée s'élabore effectivement collectivement et sur des normes en grande partie informelles. Là, il va falloir formaliser les règles et les indicateurs, et une classe d'acteurs va apparaître : les spécialistes de l'indicateur qui ne sont pas ou plus des acteurs de terrain. Ce sont eux qui vont créer les normes, pas les acteurs eux-mêmes. On a vu ainsi, alors que l'on souhaitait combattre la bureaucratie administrative publique, proliférer les comités et les consultants. Au niveau du fonctionnement de la démocratie, les mêmes interrogations se font jour. Tout le système traditionnel repose sur l'idée que les citoyens contrôlent, *via* les élections, ceux qui prennent des décisions en leur nom. Mais si ceux qui sont censés prendre des décisions les sous-treatent en réalité à des dispositifs complexes fonctionnant selon une chaîne de sous-traitance, que contrôlent encore les citoyens ? On connaît toutes les critiques qui portent sur le fonctionnement de la démocratie traditionnelle selon lesquelles, en pratique, les citoyens ont peu de pouvoir de contrôle. Certes. On nous explique alors que la SD va remédier à ces faiblesses en allant dans le sens d'une démocratie plus participative. En réalité, selon une jolie expression de l'auteur, elle transforme le citoyen en *stakeholder*, en partie-prenante. Dans une démocratie, les mêmes règles s'appliquent à tous. Dans la SD, le principe est que certains font des règles qui s'appliquent aux autres.

Parallèlement, selon l'auteur, cette évolution mine un autre des piliers de nos sociétés, le système judiciaire traditionnel. Celui-ci reposait sur deux principes fondamentaux : la généralité et la constance. La loi, estimait-on, ne peut pas viser une personne, ou un groupe, elle doit tendre à la généralité. Elle aborde chaque cas en cherchant sous ses spécificités une loi générale (les pays de code

civil) ou en le reliant à d'autres cas pour dégager ce qui leur est commun (pays de *common law*). Dans les deux cas, la recherche d'une généralité est fondamentale dans le travail du juge, comme d'ailleurs dans celui du législateur en amont. L'autre caractéristique du droit traditionnel est la recherche d'une certaine constance : si la loi change tout le temps, les acteurs ne peuvent plus développer une confiance dans leur cadre d'action et connaissent une certaine difficulté à se coordonner. Dans la SD, on cherche au contraire des règles très spécifiques aux différentes pratiques à l'œuvre dans une société complexe, et donc la différenciation. Et on recherche parallèlement une évolution de la norme qui décalque l'évolution des pratiques (le propre des indicateurs est qu'ils peuvent être changés très facilement au niveau de leurs valeurs seuils ou en eux-mêmes – et qu'ils le sont effectivement). Par ailleurs, le juge se trouve face à des expertises qui le dépassent totalement. Bien souvent, il ne peut que se déclarer incompétent pour savoir si les indicateurs sont pertinents ou si les seuils qu'ils ont fixés l'ont été au bon niveau. Il a de la difficulté à savoir qui est responsable de quoi : l'acteur qui a respecté les codes de bonne pratique dans un sens erroné ou l'organisme qui a élaboré ces codes sans prévoir les effets pervers possibles. Pour sortir alors le juge de ses problèmes, on élabore des codes de bonne pratique et on les soumet à des indicateurs...

Afin de comprendre ce qui se passe, l'auteur analyse l'exemple de l'état de droit. Après la chute du mur de Berlin, après celle de nombreuses dictatures, de nombreux pays se sont trouvés financièrement dépendants et ont cherché l'aide internationale auprès de la Banque mondiale, de l'Union européenne et autres organismes. Ces derniers ont conditionné l'octroi d'une aide à la mise en place d'un état de droit. On

a décomposé celui-ci en sous-éléments. Des armées de consultants ont élaboré des indicateurs censés permettre d'évaluer la progression d'un pays vers l'état de droit. Les gouvernements de ces États se sont trouvés *accountable*, non plus devant leurs électeurs, mais devant des instances extérieures. Mais quand un gouvernement se sent responsable devant un organisme extérieur au pays plutôt que devant ses propres citoyens, où en est l'état de droit ?

Pour l'auteur, la manière dont les règles sont formulées est fondamentale dans le fonctionnement d'une société. La nôtre a profondément évolué à ce niveau en quelques années. Le cadre juridique traditionnel de nos démocraties s'est trouvé débordé par une nouvelle pratique des règles fondée sur la sous-traitance du droit. Longtemps, explique-t-elle, l'auteur a pensé qu'il fallait revenir en arrière, faire refluer l'approche par les objectifs et les indicateurs pour retrouver l'approche traditionnelle du droit fondée sur la recherche de la généralité, et non pas celle de la différenciation s'adaptant au concret de chaque pratique, et sur la recherche d'une certaine constance par opposition avec l'idée que les règles doivent s'adapter en permanence aux évolutions rapides de la société. Aujourd'hui, elle estime que ce retour en arrière est probablement impossible. Elle appelle donc à l'invention de nouveaux mécanismes démocratiques permettant de limiter les dérives de la sous-traitance du droit avec sa surveillance de tous par tous au moyen d'indicateurs généralisés et portant sur toute activité. Elle prône une retransformation du *stakeholder* en citoyen. Ce sera long, difficile, exigeant dans l'invention de nouveaux modes de contrôle, mais nécessaire pour contrebalancer les dérives actuelles.