

L'essor des actes étatiques incitateurs : le glas de la loi ?

Alexandre FLÜCKIGER*

1.0 Introduction

A la suite d'accidents pourtant graves ayant récemment eu lieu en Suisse lors de la pratique de nouveaux sports extrêmes comme le canyoning ou le saut à l'élastique, il a été décidé de ne pas en interdire l'exercice ni d'instaurer une surveillance étatique. Les organisations sportives concernées se sont engagées à élaborer des standards de sécurité reconnus sur le plan international dont le respect devra être contrôlé par une instance indépendante chargée d'attribuer un label de sécurité aux entreprises qui respectent les conditions ainsi définies¹.

Cet exemple montre que l'Etat dispose d'un éventail d'instruments d'action lui permettant d'orienter le comportement des individus sans devoir nécessairement recourir au droit légiféré. L'accroissement de l'intervention de l'Etat au cours du siècle passé afin de répondre aux demandes sociales les plus diverses a en effet montré les limites de l'action législative. On s'est rendu compte que l'Etat ne pouvait pas piloter le développement de la société aussi aisément au moyen du seul recours à la loi. L'« amour des lois » décrit par Montesquieu et Rousseau² n'est aujourd'hui plus assez vivace pour garantir le succès d'une politique publique qui serait basée sur une architecture exclusivement législative. Le recours d'autres modes d'action, incitatifs ou partenariaux, s'explique par différents motifs : la complexité croissante des problèmes à résoudre, le glissement d'échelle des questions à régler, la constatation de la

* Docteur en droit, Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Genève ; Office fédéral de la justice, Berne.

¹ [Neue Zürcher Zeitung](#), édition du 27 juillet 2000, p. 11.

² Radica, G., *La loi*, Paris, 2000, p. 149ss.

difficulté d'imposer de manière autoritaire et centralisée une régulation sociale respectueuse des libertés publiques et de la démocratie, ainsi que par l'autonomisation croissante de la société (revendication d'une horizontalité des rapports, subsidiarité, ...)³.

Fondamentalement, l'Etat reste pourtant régi par le droit ; il doit agir par le droit et sur son fondement. Cette évolution n'a pas mis en cause l'Etat de droit, mais a eu pour conséquence de modifier profondément la structure même du droit⁴. Si dans *l'Etat libéral*, la loi est l'instrument obligatoire, hiérarchisé, général et abstrait bien connu, elle n'a pas fondamentalement changé de nature lorsque l'Etat a développé de nouvelles prestations dans le cadre de *l'Etat providence*.

L'émergence de *l'Etat propulsif* voit en revanche naître un droit qui va au-delà de la simple fourniture de prestations : un droit finalisé, interventionniste, destiné à orienter les comportements plutôt qu'à laisser agir par elles-mêmes les forces du marché ; un droit des politiques publiques. On voit notamment apparaître dans ce cadre l'instrument de la planification directrice, coordonnant de nombreuses mesures composites. La structure juridique change radicalement de nature dans l'Etat propulsif : sur la structure chère à l'Etat libéral qui oppose la norme juridique et son application à un cas particulier se plaque une construction de type managérial définissant des objectifs, des moyens pour atteindre ceux-ci et l'évaluation de leurs résultats⁵. La loi est désormais instrumentalisée ; elle est mise au service d'objectifs, si bien qu'aux contrôles de *régularité* portant sur l'application des normes conditionnelles se superpose une *évaluation* de la réalisation des buts convoités⁶.

³ Morand, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 159 ; Arnaud, J.-A., « La régulation par le droit en contexte globalisé », in : Commaille, J./Jobert, B. (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, p. 147ss ; Willke, H., *Supervision des Staates*, Francfort-sur-le-Main, 1997 ; Papadopoulos, Y., *Complexité sociale et politiques publiques*, Paris, 1995, p. 33ss.

⁴ Sur cette évolution, voir Morand, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999.

⁵ Morand, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 76.

⁶ Chevallier, J., « La rationalisation de la production juridique », in : C.-A. Morand (dir.), *L'Etat propulsif*, Paris, 1991, p. 19.

En pratique cependant de tels programmes finalisés ne se sont pas toujours avérés capables d'agir efficacement sur la société. Pour cette raison, certains théoriciens ont suggéré de développer des programmes qu'ils ont qualifiés de relationnels engendrant un droit *réflexif*⁷ ; c'est-à-dire un droit qui cherche à s'adapter à la logique des systèmes qu'il tente d'influencer, un droit qui vise plutôt à négocier qu'à imposer, un droit qui fait appel aux facultés d'autoorganisation des différents groupes qu'il prétend influencer.

Dans la sphère d'un tel droit, on observe le déploiement d'activités incitatives de préférence à une action autoritaire, témoins d'un *Etat incitateur*. Cette activité d'encouragement et de soutien s'intègre en réalité souvent dans des programmes finalisés ou réflexifs qui prévoient de tels mécanismes, en coordination ou non avec d'autres actes contraignants. Le succès de l'action étatique dépend dans ce contexte plus que jamais de la bonne volonté des destinataires ainsi que de la capacité de ces derniers à s'autoorganiser⁸.

A l'autoorganisation des groupes sociétaux va correspondre une *autolimitation de l'Etat* dans son action législative afin précisément de laisser libre champ au déploiement d'une activité régulatrice non étatique⁹.

2.0 L'autolimitation de l'Etat dans son action législative

Le législateur a-t-il la liberté de choisir d'adopter une loi à son gré ou doit-il au contraire se plier à certaines règles lui enjoignant d'en démontrer préalablement la nécessité, voire l'opportunité, et d'opter pour d'autres instruments moins coercitifs ?

Des règles d'ordre supra législatif réclament quelquefois du législateur de se pencher préalablement sur la nécessité voire l'opportunité d'une loi ou d'un autre type d'instrument, à l'instar des principes d'efficacité, de proportionnalité et de subsidiarité. Ces principes laissent pourtant au législateur une très grande latitude d'appréciation

⁷ Willke, H., « Trois types de structures juridiques », in : C.-A. Morand (dir.), *L'Etat propulsif*, Paris, 1991, p. 65ss ; Teubner, G., *Le droit : un système autopoiétique*, Paris, 1993, p. 101ss.

⁸ Morand, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 160ss.

⁹ *Ibidem*, p. 161.

dans l'évaluation de la nécessité d'une réglementation (ch. 0 et 0 ci-dessous).

La loi peut néanmoins se faire plus précise en déclarant qu'elle ne s'appliquera pas si des mesures librement consenties permettent d'atteindre les objectifs fixés (ch. 0).

Quant aux éventuelles directives de technique législative internes à l'administration réclamant d'examiner préalablement la nécessité d'une intervention législative, elles ne sauraient évidemment lier le législateur. Soulignons néanmoins qu'elles ont une influence indirecte avérée dans la mesure où elles lient l'administration, véritable auteur le plus souvent des projets législatifs.

2.1 Le principe d'efficacité

Si l'action incitatrice peut être préférée aux règles contraignantes en vertu du principe d'efficacité, c'est à la suite de la constatation observée lors des études de mise en œuvre de la législation de l'efficacité parfois douteuse de mesures exclusivement obligatoires ainsi que des effets pervers, non voulus, indirects que celles-ci étaient parfois susceptibles d'engendrer. L'efficacité peut en effet dans certains cas conduire à renoncer à édicter des réglementations par trop contraignantes. Cette observation ne doit pas faire oublier qu'inversement, en fonction du contexte, les contraintes et les sanctions conservent une place de choix dans la mise en œuvre des objectifs de certaines politiques. Les instruments incitatifs ne doivent en aucun cas devenir des alibis pour servir de prétexte destiné à écarter toute règle contraignante au seul bénéfice d'un groupe d'intérêt particulier. La thèse que nous défendons ici consiste donc à affirmer que *l'efficacité d'une politique publique dépend en priorité de l'optimisation de la combinaison des moyens* (principe de synergie). Recourir dans ce cadre à une palette instrumentale plus diversifiée et créative que la simple loi - sans écarter par principe cette dernière - s'impose à notre avis. Les actes de planification fournissent précisément les clés d'une pareille approche (voir ch. 0 ci-dessous). Enfin, afin de connaître l'efficacité de la conjonction des différents moyens, il importe d'effectuer des évaluations non seulement avant la mise en œuvre d'une politique particulière (évaluation prospective), mais de manière régulière tout au long du déroulement de celle-ci afin de l'adapter à l'évolution des circonstances (évaluation rétrospective) (voir ch. 0 ci-dessous).

Par efficacité, on entend non seulement *l'efficacité au sens étroit*, c'est-à-dire la capacité d'une mesure à atteindre les objectifs visés par la loi ou la politique publique, mais également *l'effectivité* et *l'efficience*. *L'effectivité* désigne le degré de congruence entre les objectifs visés par la politique publique et le comportement effectif des destinataires, c'est-à-dire le changement de comportement effectif à la suite des prestations que fournissent les entités chargées de mettre en œuvre une tâche publique. *L'efficience* quant à elle compare les ressources investies dans une politique publique et les résultats obtenus (analyses coût/bénéfice ou coût/effectivité)¹⁰.

En droit suisse, l'exigence d'efficacité s'impose comme principe constitutionnel au niveau fédéral ainsi que dans certains cantons. La Constitution fédérale du 18 avril 1999 précise ainsi dorénavant que « *l'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation.* » ([art. 170 Cst.](#)). Diverses normes d'ordre légal ou réglementaire prescrivent également l'efficacité de l'action étatique dans certains domaines sectoriels, par exemple la protection de l'environnement ou la gestion financière. Le principe d'efficacité n'a cependant pas le même statut que les garanties de l'Etat de droit, notamment le principe de proportionnalité. Sa portée est plus limitée¹¹.

2.2 Le principe de proportionnalité et le principe de subsidiarité

Outre l'impératif d'efficacité, le recours à des moyens incitatifs se justifie sur le fondement d'un autre principe : celui de la proportionnalité qui s'impose au législateur également. L'activité de l'Etat doit être proportionnée au but visé selon la Constitution fédérale helvétique ([art. 5 al. 2 Cst.](#)). Ce principe se décline sous trois formes de règles¹². Tout d'abord, le moyen choisi doit être propre à atteindre le but visé ; s'il est prévisible qu'une nouvelle règle ne sera pas apte à conduire au résultat

¹⁰ Flückiger, A., « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », in : *Revue de droit administratif et fiscal*, no spécial, Lausanne, à paraître.

¹¹ Flückiger, A., « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », in : *Revue de droit administratif et fiscal*, no spécial, Lausanne, à paraître, ch. 2.3.

¹² Moor, P., *Droit administratif*, 2e éd., Berne, 1994, ch. 5.2.1.2, p. 418s.

escompté, le principe de proportionnalité s'oppose son adoption (*règle d'aptitude*). En deuxième lieu, si plusieurs moyens permettent d'atteindre le but visé, il importe de porter son choix sur la mesure qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts privés. En d'autres termes s'il est prévisible que tant une recommandation qu'une norme obligatoire seront en mesure de répondre à l'objectif fixé, la première devrait être préférée (*règle de la nécessité*). Enfin, il importe de mettre en balance la gravité des effets de la mesure sur le résultat escompté du point de vue de l'intérêt public. Il s'agit ici de déterminer quelle importance la mesure prendra dans la réalisation de l'intérêt public en tenant compte des conséquences concrètes et de la portée de principe de l'acte (*règle de la proportionnalité - au sens étroit*). Ainsi une mesure qui satisferait aux deux conditions précédentes de l'aptitude et de la nécessité peut s'avérer disproportionnée lorsque l'atteinte qu'elle implique est d'une sévérité excessive par rapport au but qu'elle poursuit.

Le principe de proportionnalité impose donc au législateur de rechercher préalablement à l'adoption d'une règle contraignante portant une atteinte grave à des intérêts particuliers différents moyens alternatifs plus soucieux des intérêts privés avant d'opérer son choix. Précisons cependant que la portée du principe de proportionnalité est plus faible lorsqu'elle vise le législateur que dans le cas d'une décision administrative, car l'auteur d'une norme bénéficie d'une plus grande liberté d'appréciation découlant de sa responsabilité politique¹³. De plus, en raison de l'absence de contrôle de constitutionnalité par le Tribunal fédéral des lois fédérales en droit suisse (art. 190 [Cst.](#)), l'appréciation de la proportionnalité d'une législation dépend du législateur lui-même.

Cette limitation de l'action étatique contraignante se retrouve en droit communautaire exprimée sous la forme du principe de *subsidiarité*¹⁴. Le Traité instituant la Communauté européenne l'envisage à son article 5. Il prévoit en particulier que l'action de la Communauté ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité ([art. 5 al. 3 du Traité CE](#)). Ainsi, lorsque le Conseil examine si une proposition de mesure communautaire est conforme au principe de subsidiarité, il va suivre les lignes directrices suivantes : « *la forme de*

¹³ Moor, P., *Droit administratif*, 2e éd., Berne, 1994, ch. 5.2.1.1, p. 417.

¹⁴ Sur les fondements du principe de subsidiarité, voir Richli, P., *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung*, Bâle, Genève et Munich, 2000, p. 268ss.

l'action doit être aussi légère que le permettent la réalisation adéquate de l'objectif de la mesure et la nécessité d'une exécution efficace. La Communauté ne doit légiférer que dans la mesure nécessaire. Toutes choses égales par ailleurs, il convient de donner la préférence aux directives par rapport aux règlements, et aux directives-cadres par rapport aux mesures plus détaillées. Les mesures non contraignantes, telles que les recommandations, doivent être privilégiées lorsqu'elles sont appropriées. Il convient d'envisager également, le cas échéant, le recours à des codes de conduite volontaire.»¹⁵ L'application de ce principe suppose dès lors d'instituer un mécanisme d'évaluation afin de déterminer si une mesure plus souple que le règlement suffirait à atteindre l'objectif fixé¹⁶.

En droit communautaire environnemental, le [Programme de politique d'action pour l'environnement et le développement durable respectueux de l'environnement du 1^{er} février 1993](#) suggère expressément d'élargir la panoplie des instruments. Il reconnaît que « *lors de la mise en œuvre des programmes antérieurs, on a largement privilégié l'approche réglementaire. En vue d'infléchir fondamentalement les tendances et les pratiques actuelles et d'engager tous les secteurs de la société dans l'esprit du partage des responsabilités, il faudra faire recours à un ensemble plus diversifié de moyens d'action.* »¹⁷

2.3 L'autolimitation du législateur

La loi peut se faire parfois plus concrète et préciser que les mesures obligatoires qu'elle contient ne s'appliquent que si des mesures librement consenties ne permettent pas à elles seules d'atteindre les objectifs fixés. Contrairement aux principes précédents, la liberté d'appréciation du législateur est ici plus formellement canalisée. Cette limitation de la marge de manœuvre du législateur trouve sa justification dans le fait que celui-ci la restreint lui-même en s'autolimitant.

¹⁵ *Approche globale de l'application par le Conseil du principe de subsidiarité et de l'article 3B du Traité sur l'Union européenne*, 12 décembre 1992, ch. II 3^e al. (Bull. CE no 12/1992, p. 13ss).

¹⁶ Morand, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 162.

¹⁷ Journal officiel, no C 138 du 17 mai 1993, Introduction, ch. 31.

En Suisse par exemple, la loi qui vise à *réduire les émissions de CO₂* dues à l'utilisation énergétique des combustibles et des carburants ([loi sur le CO₂](#)¹⁸) définit différents objectifs, en particulier celui d'une réduction des émissions de ce polluant d'ici à l'an 2010 de 10 % par rapport à 1991 (art. 2). Il est précisé que les objectifs doivent être atteints en priorité notamment par des mesures librement consenties. Si de telles mesures ne permettaient pas, à elles seules, d'atteindre les objectifs fixés, la Confédération est habilitée, en se fondant sur une évaluation régulière des effets, à percevoir une taxe d'incitation sur les agents fossiles, appelée « taxe sur le CO₂ » (art. 3 et 5). Mais même dans ce cas de figure, certains consommateurs de combustibles et de carburants fossiles peuvent être exemptés de la taxe sur le CO₂ s'ils s'engagent à limiter leurs émissions (art. 9).

Se calquant sur le même mécanisme, le gouvernement suisse vient de proposer dans le projet d'une nouvelle loi fédérale sur le cinéma que la branche cinématographique s'organise elle-même afin de garantir une diversité de l'offre de films. A défaut, le projet prévoit une taxe subsidiaire perçue auprès des distributeurs et des exploitants pour le cas où ils failliraient à leurs engagements¹⁹.

Le législateur fédéral donne un autre exemple d'application spécifique du principe de subsidiarité dans un domaine précis. La [loi fédérale sur la protection de l'environnement](#)²⁰ impose à la Confédération ainsi qu'aux cantons de collaborer avec les organisations économiques pour exécuter la législation environnementale. Ils peuvent favoriser la conclusion *d'accords sectoriels* en indiquant des objectifs et des délais. Cependant, avant d'édicter des prescriptions d'exécution, la Confédération et les cantons ont l'obligation d'examiner les mesures que l'économie a prises de son plein gré. Si possible et si nécessaire, ils doivent reprendre des accords sectoriels dans le droit d'exécution (art. 41 de la [loi fédérale sur la protection de l'environnement](#)). Le législateur n'est donc autorisé à intervenir dans le domaine de la protection de l'environnement que dans la

¹⁸ RS 641.71.

¹⁹ [Le Temps](#), édition du 19 septembre 2000, Genève, p. 41.

²⁰ RS 814.01.

mesure où l'économie ne s'est pas montrée capable d'atteindre les objectifs environnementaux par des moyens volontaires²¹.

Une telle limitation de la liberté de choix des instruments d'action peut également être formalisée au niveau réglementaire. Tel est le cas de l'ordonnance sur les emballages pour boissons régissant en Suisse la remise et la reprise des *emballages pour boissons* destinées à la consommation intérieure ([OEB](#)²²). Le gouvernement y définit une quantité maximale d'emballages perdus non recyclés et confère la compétence à l'administration de décider du prélèvement d'une consigne et de l'obligation de reprendre les emballages si malgré les mesures mises en œuvre par le secteur privé pour réduire le volume des déchets, les quantités maximales de déchets d'emballages recyclés sont dépassées (art. 6 [OEB](#)).

3.0 L'essor des instruments non législatifs

3.1 Introduction

Les solutions alternatives à la loi existent. Néanmoins avant de brosser compendieusement le tableau des principaux instruments non législatifs, il convient de rappeler que la figure de la loi s'est profondément modifiée depuis l'avènement de l'Etat propulsif. Le mordant de sa structure conditionnelle traditionnelle s'est progressivement émoussé. Les législations finalisées, les lois-programme, les lois-cadres, les directives communautaires (par opposition aux règlements), les lois expérimentales²³ n'ont guère de traits communs avec le droit classique de l'Etat de police, basé sur le commandement, l'ordre et l'interdiction.

Nous nous restreindrons cependant dans le cadre de cet exposé à commenter les instruments non législatifs. La classification que nous opérons obéit à une logique pragmatique. Il est ainsi possible de comprendre les instruments financiers parmi les moyens incitatifs au même titre que les dispositifs d'information ou de formation ; ils

²¹ Flückiger, A., *Le régime juridique des plans*, Berne, 1996, p. 292ss.

²² RS 814.017.

²³ Sur la législation expérimentale, voir C.-A. Morand (dir.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence, 1993.

nécessitent cependant, dans un Etat de droit, les mesures prescriptives strictes pour leur introduction. Les chartes sont classées parmi les instruments partenariaux, mais elles sont également de nature recommandationnelle. Les accords amiables sont de toute évidence des instruments partenariaux, mais sont le produit de mesures de la collectivité publique d'incitation à l'autorégulation d'un secteur.

3.2 Les instruments incitatifs

3.2.1. Introduction

Les instruments incitatifs se distinguent des mesures prescriptives dans le sens où leur non-respect ne fait pas directement l'objet d'une sanction classiquement juridique. Celle-ci peut être de caractère économique, en renchérissant un comportement ou en le rendant meilleur marché, ou de nature morale si l'on prend l'exemple des mesures éducatives ou d'information. Il importe de prévenir une confusion fréquente : contrairement à une opinion fort répandue, les instruments incitatifs peuvent s'avérer très directifs lorsque l'ordre juridique les renforce de manière indirecte. Tel est le cas des sanctions pénales qu'encourt celui qui élude une taxe d'incitation ou des conséquences en matière de responsabilité civile pour celui qui ne respecterait pas une recommandation professionnelle par exemple. Dans le cas des instruments d'incitation à l'autorégulation, c'est précisément la menace de la contrainte étatique qui se profile à l'arrière-plan qui pousse les partenaires sociaux à collaborer.

3.2.2. Les instruments financiers

Les instruments financiers peuvent être de nature *positive* lorsqu'ils octroient un avantage économique à leurs destinataires ou de nature *negative* lorsqu'ils s'attaquent au patrimoine de ces derniers. Les subventions font partie de la première catégorie alors que les taxes d'orientation de la seconde.

La loi fédérale sur les aides financières et les indemnités ([loi sur les subventions](#))²⁴ fournit le cadre général pour l'octroi *d'aides financières*

²⁴ RS 616.1.

par la Confédération. Elle subordonne l'octroi de subventions à un certain nombre de conditions et définit les principes applicables en matière de législation.

Les *taxes d'orientation* quant à elles - contrairement aux impôts notamment dont la finalité réside dans la couverture des besoins financiers de l'Etat - sont prélevées dans l'optique d'orienter le comportement des individus²⁵. L'aspect financier de ce genre de taxes n'est qu'accessoire. En droit suisse par exemple, la taxe d'incitation perçue sur les composés organiques volatils est redistribuée de manière égale à la population par le biais d'une diminution de la prime d'assurance-maladie obligatoire (art. 35a al. 9 et art. 35b al. 5 de la [loi fédérale sur la protection de l'environnement](#)²⁶ ; art. 23 de l'[ordonnance sur la taxe d'incitation sur les composés organiques volatils](#)²⁷ ; voir également art. 4 de l'[ordonnance sur la taxe d'incitation sur l'huile de chauffage extra-légère](#)²⁸). Le produit de la taxe sur le CO₂ que nous avons mentionnée plus haut (voir ch. 0) devra être réparti entre la population et les milieux économiques en fonction du montant versé. La part revenant à la population est répartie de manière égale entre toutes les personnes physiques alors que celle revenant aux milieux économiques est versée aux employeurs proportionnellement au salaire versé aux employés (art. 10 al. 2 à 4 de la [loi sur le CO₂](#)²⁹).

Certains instruments financiers ne se laissent pourtant pas classer de manière univoque dans les deux catégories précédentes. Prélèvement et distribution font partie dans ce cas d'un système d'orientation intégré. On prendra l'exemple de deux types de mesures financières incitatives mixtes : les marchés artificiels et les fonds de compensation.

En instituant un *marché artificiel*, l'Etat récompense financièrement le comportement des destinataires qui ont consenti à des investissements plus importants que la loi ne l'impose au détriment de ceux qui ne respectent pas le standard réglementaire. Dans le domaine de la protection de l'air par exemple, les agents économiques qui parviennent à abaisser leurs émissions polluantes en dessous des limites en vigueur

²⁵ Oberson, X., *Les taxes d'orientation*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991.

²⁶ RS 814.01.

²⁷ RS 814.018.

²⁸ RS 814.019.

²⁹ RS 641.71.

reçoivent des certificats de pollution (un crédit) qu'ils pourront soit utiliser en faveur d'autres installations où le respect des normes s'avérait trop coûteux, soit vendre à d'autres entreprises³⁰. On se reportera pour un exemple en droit international à l'article 17 du Protocole de Kyoto à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques du 11 décembre 1997 qui prévoit un système d'échange de droits d'émissions. La Commission des Communautés européennes a présenté à ce propos un [Livre vert](#) ayant pour rôle de lancer le débat sur l'instauration d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre dans l'Union européenne³¹.

Le principe des *fonds de compensation*, combinant subventions et prélèvements, est le suivant : les subventions versées pour l'accomplissement d'une tâche particulière ne doivent pas élargir au budget général de la collectivité publique, mais être financées par un fonds alimenté par une taxe spéciale. Le droit suisse prévoit ainsi qu'une taxe sur le stockage définitif des déchets peut être spécialement perçue lors de l'incinération ou de la mise en décharge de ceux-ci et que son produit doit être exclusivement affecté à l'indemnisation des coûts pour l'assainissement des décharges contrôlées ainsi que d'autres sites pollués par des déchets (art. 32e de la [loi fédérale sur la protection de l'environnement](#)³²).

3.2.3. Les instruments d'information

Les instruments d'information sont de forts moyens d'incitation. Ils font partie de la panoplie des outils obligés dont l'Etat doit disposer pour s'adapter à l'univers médiatique contemporain. Les campagnes d'information se sont multipliées dans toutes les politiques publiques (économies d'énergie, lutte contre le tabagisme, campagnes de sécurité routière, comportement écologique, etc.). Même si une base légale formelle n'est pas forcément requise, le législateur a parfois prévu

³⁰ Dembinski P.H./Schönenberger, « La création de marchés artificiels », in : C.-A. Morand (dir.), *L'Etat propulsif*, Paris, 1991, p. 165ss.

³¹ Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur l'établissement dans l'Union européenne d'un système d'échange de droits d'émission des gaz à effet de serre*, Bruxelles, 8 mars 2000 [réf. : COM (2000)87].

³² RS 814.01.

expressément de recourir à ce type de moyens. Par exemple à l'article 6 de la [loi fédérale sur la protection de l'environnement](#)³³ ou à l'article 10 de la [loi fédérale sur l'énergie](#)³⁴.

3.2.4. Les recommandations, les mises en garde et les voeux

Les recommandations et les mises en garde sont des invitations pressantes à se comporter d'une manière déterminée sans pourtant être directement juridiquement obligatoires. De tels actes permettent à la fois à la collectivité publique d'imprimer une direction sur le comportement à suivre des particuliers et de laisser à ces derniers une marge de liberté³⁵.

La loi fédérale sur les denrées alimentaires habilite ainsi l'autorité compétente à mettre en garde publiquement la population contre des denrées alimentaires qui présenteraient un danger pour la santé des consommateurs et à recommander au public le comportement à adopter (art. 43 al. 1er [LDA](#)³⁶). De tels instruments ont des effets sur le comportement des particuliers qui ne doivent pas être sous-estimés si bien que leur contrôle judiciaire devrait à notre avis être étendu³⁷. En l'état de droit suisse actuel, l'action en responsabilité contre l'Etat pour les dommages causés par une mise en garde est envisageable³⁸ (voir par exemple la mise en garde contre la consommation de salades cultivées en Suisse contaminées à la suite de l'accident de la centrale nucléaire de Tchernobyl³⁹ ou la mise en garde contre le vacherin Mont d'Or, fromage au lait cru⁴⁰).

³³ RS 814.01.

³⁴ RS 730.0.

³⁵ Morand, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 165.

³⁶ RS 817.0.

³⁷ Flückiger, A., *L'extension du contrôle juridictionnel des actes matériels*, Berne, 1998, p. 61s, 149, 152.

³⁸ *Ibidem*, p. 172ss.

³⁹ [ATF 116 II 480](#).

⁴⁰ [ATF 118 Ib 473](#).

Lorsque l'Etat veut recommander un comportement de manière encore plus lâche, il peut se contenter d'émettre de simples *vœux*⁴¹.

3.2.5. La législation-modèle

Technique propre aux Etats fédéraux et connue en droit international, la loi-modèle est une variante de recommandation (nous ne la comprenons pas dans les instruments législatifs à proprement parler puisqu'il ne s'agit que de suggérer un modèle qu'il est conseillé de suivre), permettant à l'Etat central d'opérer une certaine uniformisation du droit dans les domaines où il n'en a pas la compétence⁴². En Suisse, un groupe de travail formé de représentants de services fédéraux et de délégués des cantons vient par exemple d'être chargé de rédiger une loi-modèle dans le domaine des chiens dangereux à l'attention de tous les cantons⁴³. On retrouve cette institution au niveau régional sous l'appellation de règlement-type par lequel un canton recommande à une commune un modèle de règlement à adopter⁴⁴.

3.2.6. Les instruments éducatifs

La formation est un moyen d'influence considérable des comportements individuels dont l'effet porte sur le long terme. Tâche traditionnelle de l'Etat moderne, il serait étonnant que la collectivité publique n'y recourût pas dans la mise en œuvre de ses politiques publiques. Le législateur y fait parfois explicitement appel dans certains domaines spécifiques, à l'instar du droit de la protection de l'environnement spécifiant que « *la Confédération peut encourager la formation et le perfectionnement professionnels des personnes chargées d'assumer des tâches relevant de la présente loi* » (art. 49 al. 1^{er} de la [loi fédérale sur la protection de l'environnement](#)⁴⁵) ou celui de l'énergie (art.

⁴¹ Pour des exemples, voir Flückiger, A., *Le régime juridique des plans*, Berne, 1996, p. 268ss.

⁴² Morand, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 167

⁴³ [Le Temps](#), édition du 13 novembre 2000, Genève.

⁴⁴ Office fédéral de la justice, *Guide de législation*, Berne, 1995, p. 110.

⁴⁵ RS 814.01.

11 de la [loi fédérale sur l'énergie](#)⁴⁶). L'Etat peut également agir en confiant et en soutenant des programmes de recherche scientifique (art. 49 al. 2 de la [loi fédérale sur la protection de l'environnement](#) ; art. 12 de la [loi fédérale sur l'énergie](#)).

3.2.7. Les instruments exemplaires

Il existe plusieurs ressort à l'incitation. Une façon élégante d'encourager les individus à modifier leurs habitudes consiste à miser sur le comportement exemplaire des collectivités publiques ou des individus eux-mêmes afin de communiquer un modèle censé entraîner un changement d'attitude auprès des citoyens.

Le *comportement exemplaire* peut émaner directement de *l'Etat* lorsqu'il adopte le premier le nouveau comportement qu'il a la charge de modifier. À cet égard l'Etat sera tenté de mettre les *contrats de marchés publics* au service la poursuite d'une politique publique⁴⁷, par exemple en ne passant commande qu'à des entreprises qui respectent des clauses sociales minimales ou qui présentent des garanties en matière écologique⁴⁸. L'Etat pourra aussi décider d'un *acte matériel* comme celui de rénover un bâtiment en sa propriété afin de procéder à des économies d'énergie.

Le comportement exemplaire peut également provenir des *citoyens eux-mêmes* dont on récompense l'attitude à suivre en remettant des *distinctions* ou des *prix* aux plus méritants d'entre eux. Une variante de ce mécanisme est la *certification privée*. Les entreprises peuvent ainsi de manière volontaire faire certifier la conformité de leur production ou de leurs services à un standard déterminé. Tel est le cas par exemple du *système de management environnemental* permettant à une entreprise de contrôler et de réduire continuellement l'impact de l'ensemble de ses activités sur l'environnement⁴⁹. En droit suisse, le gouvernement peut à ce sujet édicter des prescriptions sur l'introduction d'un système volontaire

⁴⁶ RS 730.0.

⁴⁷ Manfrini, P.-L., « Les contrats de marchés publics mis au service de la poursuite d'une politique publique », in : C.-A. Morand (dir.), *Les instruments d'action de l'Etat*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, p. 127ss.

⁴⁸ Morand, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 178.

⁴⁹ Subilia-Rouge, L., *Aspects juridiques de l'audit environnemental*, Lausanne, 2000.

d'évaluation et d'amélioration des résultats de l'entreprise en matière de protection de l'environnement, appelé système de management environnemental et d'audit. La loi impose dans cette hypothèse de tenir compte du droit international et des normes techniques reconnues au niveau international, en particulier de la [norme privée de l'Organisation internationale de normalisation ISO 14 001](#) (art. 43a de la [loi fédérale sur la protection de l'environnement](#)⁵⁰).

L'institution volontaire d'un *label* témoigne également de la volonté d'une entreprise de donner l'exemple en montrant que son activité va dans le sens de la politique publique qui s'agit de mettre en œuvre (voir l'exemple du label de sécurité pour les entreprises organisant l'exercice de sports extrêmes cité en introduction⁵¹). Le législateur peut parfois encadrer une telle mesure : le gouvernement suisse est ainsi habilité à édicter des prescriptions sur l'introduction d'un système volontaire de mise en place d'un label écologique (écolabel) (art. 43a de la [loi fédérale sur la protection de l'environnement](#)⁵²).

3.3 Les instruments partenariaux

3.3.1. En général

Outre l'essor des instruments incitatifs, on constate que l'Etat, limitant son recours aux instruments coercitifs lorsque cela est plus efficace et proportionné, négocie à toutes les phases de l'élaboration et de la mise en œuvre du droit. L'Etat peut négocier soit de manière individuelle en concluant des *contrats de droit public* avec des particuliers chargés de l'exécution d'une tâche publique, soit de manière générale en convenant avec certains secteurs économiques des accords ayant une portée plus générale comme des *conventions collectives* ou des *accords amiables*, laissant aux acteurs sociaux la possibilité de

⁵⁰ RS 814.01.

⁵¹ Voir ch. 0 ci-dessus.

⁵² RS 814.01.

s'autoréglementer⁵³. L'Etat peut également *intégrer dans son droit des normes privées* ou *déléguer des tâches publiques à des particuliers*⁵⁴.

Nous nous limitons ici à développer un mécanisme particulier, celui de *l'autoréglementation dirigée* dans la mesure où cette figure met en évidence clairement le mécanisme de subsidiarité que nous avons examiné en introduction (voir ch. 0).

3.3.2. L'autoréglementation dirigée

L'autoréglementation dirigée est une technique typiquement réflexive fondée sur un échange entre l'Etat et les acteurs privés⁵⁵. Devant la difficulté d'imposer des normes coercitives, des particuliers se voient conférer la compétence d'organiser eux-mêmes leur régulation en contrepartie de l'assurance de ne pas se voir ordonner une réglementation autoritaire. L'Etat peut de cette manière déléguer aux groupes privés la mise en œuvre d'une politique publique contestée. Ce mécanisme permet une grande souplesse : adoption et mise en œuvre rapide ; adaptation optimale à la réalité en cas de changement de circonstances. Une branche se donnant à elle-même des règles à suivre sera en outre plus encline à en accepter la légitimité et, par conséquent, à les respecter. Enfin les organisations privées disposent de connaissances pointues dans des matières techniques complexes leur permettant de saisir plus finement les enjeux.

L'autoréglementation dirigée n'est pourtant pas la panacée. Elle implique d'une part d'avoir en face des partenaires forts et bien structurés dotés d'une autorité suffisante pour faire respecter les règles de la profession ou du groupe. D'autre part, les groupements privés courent sans cesse le risque de mêler leurs intérêts égoïstes à l'intérêt général en faisant prévaloir les premiers sur les seconds⁵⁶. La tentation corporatiste n'est pas à sous-estimer. En droit suisse, par exemple, certains accords

⁵³ Sur l'autorégulation en droit suisse, voir Marti, A., *Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung ?*, *ZBl* 2000, p. 561ss.

⁵⁴ Réf. cit. in Marti, A., *Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung ?*, *ZBl* 2000, p. 570ss.

⁵⁵ Morand, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 140.

⁵⁶ Ost, F., « L'auto-organisation écologique des entreprises : un jeu sans conflits et sans règles ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1992, p. 158ss.

amiabiles ont été qualifiés d'accords cartellaires par la Commission suisse des cartels - en l'occurrence l'association chargée de gérer le financement, la collecte et le recyclage des emballages pour boissons en plastique PET⁵⁷. De plus, n'étant pas publiés comme des règles de droit, ces textes ne sont pas forcément aisés à consulter. Il n'est en particulier pas toujours évident de connaître la version en vigueur. Enfin la protection juridique des administrés est généralement précaire, en particulier pour les personnes touchées qui n'ont pas participé au processus d'autoréglementation ou qui en ont été exclues⁵⁸.

3.3.2.1 Les accords amiables (*gentlemen's agreement*)

Les organisations privées passent dans ce cas de figure avec l'Etat des accords amiables dans le dessein avoué d'éviter une réglementation étatique trop contraignante. L'Etat fixe les buts et les objectifs et laisse aux destinataires le choix de définir les moyens les plus adéquats pour y parvenir.

De telles ententes se décomposent en pratique en deux types d'accords⁵⁹. Tout d'abord un *accord vertical* par lequel l'Etat s'engage à ne pas légiférer de manière contraignante à l'encontre des intéressés, correspondant à l'engagement réciproque des secteurs économiques de s'autoréguler par crainte d'une réglementation étatique défavorable à leurs intérêts. La notion d'« amabilité » paraît donc à la réflexion toute relative puisqu'elle consiste à brandir l'épée de Damoclès d'une intervention autoritaire...

En second lieu, un *accord horizontal* qui concrétise l'engagement négocié dans l'accord vertical des organisations économiques de s'autoréguler et qui lie les groupes privés intéressés entre eux, s'imposant ainsi volontairement des règles à respecter. Cet accord peut parfois avoir des effets sur les tiers, si bien que l'on constate dans ce cas non pas une

⁵⁷ Commission suisse des cartels, *Etat de la concurrence sur certains marchés des déchets*, Berne, 1995, p. 85ss.

⁵⁸ Sur les forces et les faiblesses des mécanismes d'autorégulation, voir Marti, A., *Selbstregulierung anstelle staatlicher Gesetzgebung ?*, *ZBI* 2000, p. 577ss.

⁵⁹ Morand, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 290ss ; Poltier, E., « Les gentlemen's agreement à participation publique », *Revue de droit suisse*, 1987, p. 378.

diminution de la normativité, mais bien un glissement de celle-ci de la collectivité publique vers le secteur privé.

On trouve en matière de *protection de l'environnement* de nombreux accords amiables. Par exemple un accord de 1985 en vue de la réduction progressive du PVC dans les matériaux d'emballages passé par l'Office fédéral de la protection de l'environnement sous le patronage de l'organisation faîtière de l'industrie des matières plastiques cité par le Tribunal fédéral suisse⁶⁰. Divers accords ont également été conclus dans le cadre de l'ordonnance fédérale sur les emballages pour boissons⁶¹ afin d'en réduire la quantité (emballages en PET, en aluminium, en fer blanc, etc.⁶²). On peut également mentionner l'accord sectoriel conclu entre l'industrie suisse du ciment et les sept cantons qui abritent des cimenteries. Dans cet accord, mené sous l'égide de l'Office fédéral de la protection de l'environnement, les cimenteries se sont engagées à réduire leurs émissions d'oxyde d'azote de 20 % sur une base volontaire d'ici l'an 2009. Le choix des moyens à mettre en œuvre pour atteindre l'objectif est laissé à l'entière responsabilité de l'industrie du ciment⁶³.

Dans un autre domaine, l'art. 2 de la [loi fédérale sur l'information des consommatrices et des consommateurs](#)⁶⁴ précise que les caractéristiques essentielles des biens mis en vente doivent être indiquées sous une forme permettant les comparaisons. Les milieux économiques concernés et les organisations conviennent alors des biens pour lesquels des indications doivent être fournies. Ils conviennent également des exigences auxquelles doivent satisfaire la forme et le contenu des déclarations sur les biens précités (art. 3). Si aucune entente n'est intervenue en temps utile ou si les termes de l'entente ne sont pas respectés de manière satisfaisante, l'art. 4 habilite le gouvernement à fixer la forme et le contenu de la déclaration par voie réglementaire.

⁶⁰ [ATF 118 Ib 376 et 379](#).

⁶¹ RS 814.017.

⁶² Sur ces exemples, voir Flückiger, A., *Le régime juridique des plans*, Berne, 1996, p. 297ss.

⁶³ Communiqué de presse de l'Office fédéral de l'environnement, des forêts et du paysage, du 17 décembre 1998, Berne.

⁶⁴ RS 944.0.

3.3.2.2 Les codes de déontologie

Les codes de déontologie - ou codes de bonne conduite - dont certaines professions sensibles comme les avocats, les médecins ou les banquiers se dotent fonctionnent sur la base du même principe. Ils pour but d'éviter que l'autorité adopte elle-même les dispositions relatives à leur surveillance. Ainsi l'autorité peut-elle se limiter à contrôler l'application de ces règles de bonne conduite.

On citera par exemple la *convention de diligence* des banques suisses, exemple d'autorégulation bancaire relatif à l'acceptation des fonds et à l'usage du secret bancaire⁶⁵. Dans un domaine connexe, la [loi fédérale sur les bourses](#)⁶⁶ prévoit explicitement l'obligation pour la *bourse* de s'autoréguler : la bourse doit garantir l'organisation adéquate de son exploitation et de son administration ainsi que la surveillance de son activité (art. 4). La [loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier](#)⁶⁷ autorise quant à elle des organismes d'autorégulation à veiller à ce que les intermédiaires financiers respectent les obligations légales (art. 13). Ces organismes doivent satisfaire à diverses exigences pour être reconnus comme tels. Ils doivent en particulier disposer d'un règlement (art. 24 et 25) et sont tenus de signaler à l'autorité de contrôle les intermédiaires financiers auxquels ils ont refusé l'affiliation ou qu'ils ont exclus. Ils doivent également faire périodiquement rapport sur leurs activités et dénoncer à l'autorité les infractions aux règles relatives au blanchiment d'argent (art. 27).

3.3.2.3 Les chartes

On retrouve sous le terme de charte un grand nombre de documents divers qu'il n'est pas toujours aisé de regrouper en une catégorie juridique unique⁶⁸. On trouve des accords de partenariat, des

⁶⁵ Bellanger, F., « Les règles de déontologie comme moyen d'action de l'Etat à la lumière de la convention de diligence des banques », in : C.-A. Morand (dir.), *Les instruments d'action de l'Etat*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 177ss.

⁶⁶ RS 954.1.

⁶⁷ RS 955.0.

⁶⁸ Pour un aperçu de cette diversité, voire Koubi, G., « La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit ? », in : Clam, J./Martin, G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, p. 165ss.

recommandations ou des directives, des codes de bonne conduite, des règlements internes propres à des secteurs d'activité ou des entreprises, etc. Le point commun de ces textes est qu'ils ne contiennent pas de règles de droit. Ils expriment un besoin de normativité plus souple et plus flexible. De manière générale cependant, on peut affirmer que la nature des chartes est principalement d'ordre recommandationnel et partenarial.

Dans le cadre d'une évaluation récente du droit de recours des organisations de protection de l'environnement en Suisse, nous avons proposé par exemple d'adopter une *charte de la concertation* afin de mieux cadrer les activités de discussion et de négociation entre les différents partenaires impliqués dans les procédures de construction⁶⁹.

3.4 Les instruments matériels

Au lieu d'édicter des instruments juridiquement contraignants, l'Etat peut exécuter des actes matériels qui n'ont pas d'effet obligatoire direct⁷⁰. Simplement, le fait même de les exécuter permet de réaliser les objectifs visés. La construction de seuils destinés à ralentir le trafic dans une rue (« gendarmes couchés ») modère la circulation de manière bien plus efficace que l'imposition d'une limite maximale de vitesse par l'implantation d'un panneau de circulation⁷¹. Dans le même domaine, la sécurité des élèves peut être améliorée en retardant le début de l'horaire scolaire dans la mesure où cette action diminue le risque d'accident pour les élèves, ces derniers n'ayant pas à affronter le trafic intense des heures de pointe⁷².

3.5 Les instruments de planification

⁶⁹ Flückiger, A./Morand, C.-A./ Tanquerel, T., *Evaluation du droit de recours des organisations de protection de l'environnement*, Berne, 2000, p. 230ss ([version résumée](#)).

⁷⁰ Morand, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, 1999, p. 178ss.

⁷¹ Flückiger, A., *L'extension du contrôle juridictionnel des actes matériels*, Berne, 1998, p. 155.

⁷² Pour un exemple en droit allemand dans un sens analogue, voir Flückiger, A., *L'extension du contrôle juridictionnel des actes matériels*, Berne, 1998, p. 72, note 169.

L'exposé des différents instruments témoigne de la grande diversité des moyens d'action à disposition de l'Etat. Afin de conserver une vue d'ensemble, une catégorie d'actes au statut hétérogène, mais susceptibles de se placer à un niveau supra instrumental, a été progressivement développée : les *actes de planification* (plans-programme) permettent en effet de coordonner un ensemble cohérent de mesures diverses et d'aider à la combinaison et au choix des différents instruments d'action de l'Etat ainsi qu'à leur mise en oeuvre⁷³. La terminologie applicable à de tels actes est variée : on parle tantôt de lignes directrices, de schémas directeurs, de plans directeurs, de grandes lignes directrices, de plans stratégiques, de plans d'intention, d'orientations stratégiques, de programmes d'action, de livres verts, de livres blancs, etc. De tels instruments déploieront parfois des effets concrets plus importants qu'une loi en raison de la synergie qui procède d'une combinaison adéquate de différents moyens d'action⁷⁴.

Les actes de planification nous mènent de ce fait directement à la question de la *sélection des instruments*. Comment juger de la nécessité d'une loi ? Comment panacher de manière optimale les multiples instruments à disposition ?

4.0 Le choix des instruments : la nécessité d'une légistique matérielle

S'interroger sur la nécessité de légiférer pour résoudre un problème de société et se poser la question du choix approprié des instruments pour y parvenir constitue précisément l'objet de la légistique considérée sous son aspect matériel. La *légistique matérielle* propose une réflexion méthodique destinée à penser la loi dans un contexte plus global et dynamique⁷⁵ avant d'aborder la rédaction du texte normatif proprement

⁷³ Plus en détail sur les actes de planification, voir Flückiger, A., *Le régime juridique des plans*, Berne, 1996.

⁷⁴ Voir par exemple l'effet des *Lignes directrices pour la gestion des déchets en Suisse* adoptées par une commission extraparlamentaire sur le projet de modification de la loi fédérale sur la protection de l'environnement concernant la gestion des déchets (Flückiger, A., *Le régime juridique des plans*, Berne, 1996, p. 220).

⁷⁵ Sur la démarche de légistique, tant formelle que matérielle, voir le cours de légistique à distance de l'Université de Genève (<http://webdroit.unige.ch>). Voir également Morand, C.-A. (dir.), *Légistique formelle et matérielle/ Formal and material legistic*,

dit (*légistique formelle*). Dans une telle perspective, se contenter d'une légistique essentiellement axée sur la rédaction du texte normatif - aussi indispensable soit-elle - est insuffisant. Le spectre instrumental doit être élargi et quitter l'étroite coquille de la loi.

Différentes étapes jalonnent la démarche de légistique matérielle : l'identification du problème, la détermination des objectifs, l'établissement de scénarios alternatifs pour atteindre les buts visés, le choix des solutions et leur évaluation prospective, les questions de mise en œuvre et l'évaluation rétrospective des mesures choisies. Ce processus doit être conçu et appliqué de manière dynamique et itérative. La problématique de la nécessité d'une législation peut ainsi se poser sous un jour parfaitement nouveau à la suite de sa mise en œuvre.

La première étape demande de *s'interroger sur le problème à résoudre*. Il est déjà possible à ce stade précoce d'exclure une intervention du législateur si l'on montre qu'une solution légiférée ne contribuerait aucunement au dénouement du problème et qu'il importerait d'explorer d'autres voies plus appropriées. Il faut en d'autres termes interroger l'impulsion qui déclenche ou qui tente de déclencher le processus législatif. Cette analyse se heurte à des limites qui ont trait à la dimension symbolique et psychologique de la législation : la loi offre toujours une réponse symbolique à un problème, quelle que soit son efficacité supposée. N'est-il pas tentant d'interdire purement et simplement certains chiens dangereux ou la pratique de sports extrêmes, donnant ainsi une illusion de sécurité sans avoir à se poser la question de l'efficacité de telles mesures, plutôt que de réfléchir au problème de manière plus fouillée ?

La seconde étape consiste à *déterminer les buts et les objectifs visés*. Leur exposé fournit le cadre qui permettra d'élaborer une stratégie d'action apte à favoriser leur réalisation. La difficulté réside dans le caractère généralement flou, partiel voire contradictoire des finalités énoncées. Le travail du légiste sera d'explicitier, de hiérarchiser et de définir les buts qui lui sont proposés. Ce n'est que sur le fondement d'un système logique de buts et d'objectifs qu'il est envisageable de fonder une stratégie d'action cohérente. Cette étape est pourtant fréquemment

Aix-en-Provence, 1999 ; Müller, G., *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, Zürich, 1999. Sur la nécessité d'une approche interdisciplinaire de la légistique, voir Richli, P., *Interdisziplinäre Daumenregeln für eine faire Rechtsetzung*, Bâle, Genève et Munich, 2000.

négligée, car si le plus grand nombre peut s'accorder sur un but général et abstrait relativement vague, tel n'est plus le cas lorsque le légiste va tenter de définir les finalités de manière plus concrète et précise : si chacun adhère par exemple à la nécessité d'un environnement sain, les désaccords surviennent inmanquablement dès que l'on fixe les seuils de nocivité concrets.

Lorsque les buts ont été précisés, il est possible de dresser *l'inventaire des différents modes d'action*. Nous avons insisté ci-dessus sur les modes non législatifs ; il ne faut pas négliger de prendre en compte les formes plus souples de la loi telles que les lois expérimentales ou les lois-cadres. Les instruments peuvent alors être *choisis*. Plusieurs principes doivent guider cette sélection. Tout d'abord les principes d'efficacité, de proportionnalité et de subsidiarité ainsi que les obligations légales spécifiques que nous avons décrits plus haut (voir ch. 0). La première de ces exigences, le principe d'efficacité, se décompose comme nous l'avons vu en trois facettes nécessitant de procéder à ce stade à une *évaluation prospective* de la stratégie à adopter⁷⁶. Premièrement les mesures doivent être choisies de façon à contribuer à atteindre le but visé (efficacité au sens étroit). Elles doivent ensuite y parvenir de la manière la plus économique possible (efficacité). Enfin, elles doivent être effectives, c'est-à-dire conduire à un changement effectif de comportement des destinataires des moyens envisagés (effectivité). A ce dernier titre, le légiste doit prendre en compte dans les critères de choix de *l'aptitude d'une stratégie à être mise en œuvre* : le gouvernement suisse a depuis peu l'obligation de se prononcer sur la mise en œuvre des lois dont il propose l'adoption au parlement ; il lui incombe en particulier d'indiquer la manière dont les modalités d'exécution du projet de loi ont été étudiées, quelles sont les personnes ou autorités responsables de la mise en œuvre et quels coûts le projet de loi risque d'engendrer (art. 43 al. 2^{bis} de la [loi fédérale sur les rapports entre les conseils](#)⁷⁷). Différentes techniques auxiliaires aident au choix (méthode propositionnelle, matrice morphologique, modélisation des effets, enquêtes sociologiques, analyses

⁷⁶ Sur l'évaluation des politiques publiques, voir Bussmann, W. (et al.), *Politiques publiques : évaluation*, Paris, 1998.

⁷⁷ RS 171.11.

économiques, arbre de décision, tests pratiques, jeu législatif, simulation, etc.)⁷⁸.

Enfin, une *évaluation rétrospective* des scénarios doit être finalement programmée⁷⁹. Considérer la double perspective d'une évaluation tant prospective que rétrospective revient à prendre en compte la mise en oeuvre au moment de l'élaboration des textes. Ce point de vue dynamique met en évidence le caractère évolutif du processus de choix des instruments : *choisir la meilleure stratégie possible n'est pas le fait d'un seul moment précis et confiné*, celui de l'adoption de la loi, mais doit se poursuivre au cours de la mise en oeuvre afin de coller le plus près à l'évolution des circonstances. Aussi, lorsque le choix est opéré en faveur d'une stratégie instrumentale particulière, il ne suffit pas de s'en contenter. Il importe au contraire de s'enquérir activement de son exécution et d'en évaluer périodiquement l'efficacité afin de procéder, si nécessaire, à l'adaptation des moyens ou de composer une nouvelle combinaison plus optimale dans l'optique d'une meilleure efficacité.

La loi dans ce contexte n'est plus qu'un instant du processus⁸⁰. Elle doit donc être replacée dans son environnement politique en cohérence avec d'autres mesures. Pratiquement, les *actes de planification* (programmes de politiques publiques – voir ch. 0), par leur perspective méta-instrumentale, forment les lieux de la légistique matérielle. Ils vont incarner ce processus et, dans cet environnement complexe de l'Etat incitateur, soutenir la loi, contrainte de composer sans cesse avec une panoplie de moyens diffus, obligatoires ou non, directifs, incitatifs ou partenariaux⁸¹.

5.0 Le glas de la loi ?

La mise en lumière des modes d'action alternatifs à la loi démontre, si besoin était, l'impuissance de celle-ci à régir seule la société.

⁷⁸ Sur ces méthodes, voir le cours de légistique à distance de l'Université de Genève, (<http://webdroit.unige.ch> [choix des instruments d'action in légistique matérielle]).

⁷⁹ Voir Bussmann, W. (et al.), *Politiques publiques : évaluation*, Paris, 1998.

⁸⁰ Moor, P., *Droit administratif* I, 2^e éd., Berne, 1994, ch. 3.1.2.3, p. 196.

⁸¹ Flückiger, A., « La planification : un mode de rationalité dépassé pour la légistique ? », in : Morand, C.-A. (dir.), *Légistique formelle et matérielle/ Formal and material legistic*, Aix-en-Provence, 1999.

Son heure n'a toutefois pas encore sonné. Elle a eu la sagacité d'évoluer (législations finalisées, lois-cadres, législations expérimentales) et de s'entourer de moyens incitatifs, partenariaux ou matériels inédits. Cette évolution relève pourtant d'une sorte de paradoxe : d'une part, par l'intrusion de la finalité et de l'expérimentation, elle a perdu le caractère conditionnel strict qui faisait la vigueur des figures dirigistes de l'obligation et de l'interdiction ; d'autre part, par l'essor d'une gamme d'instruments non réglementaires, elle récolte, en creux en quelque sorte, une importance renouvelée, puisque – discrète – la contrainte se profile insidieusement mais toujours perceptiblement derrière l'incitation ; tel le roi des aulnes de Goethe attiré par le jeune garçon dans les bras de son père auquel il murmure : « *si tu n'es pas consentant, je te fais violence !* »⁸² Le fantôme de la contrainte hante l'incitation et le spectre de la coopération et de l'incitation traque la loi.

On se risquera en conclusion à prétendre que la capacité de l'Etat de droit d'influer sur le cours de la société ne saurait dépendre d'un type unique et exclusif d'outils, mais bien d'un arrangement adéquat d'instruments divers qui, pour provoquer une synergie, doivent être combinés entre eux dans une perspective plus globale. Il est donc plus que jamais nécessaire de développer des mécanismes et des méthodes capables d'assurer la coordination et l'évolution de l'ensemble des instruments d'action de l'Etat. Il serait candide de basculer dans le « tout incitatif » ou le « tout partenarial » comme il serait illusoire de prétendre aujourd'hui qu'il suffirait d'invoquer la loi pour résoudre la totalité des problèmes de société.

Une loi si nécessaire donc, mais pas nécessairement une loi !

⁸² « *Und bist du nicht willig, so brauche ich Gewalt* » (Goethe, *Erlkönig*, traduction par Michel Tournier, in: *Le Roi des Aulnes*, Folio Gallimard, p. 583s).