

# Une introduction juridique au droit souple et à la corégulation à l'exemple du covid-19

Colloque «Droit souple et co-régulation dans le contexte du COVID-19»

ISDC, HC, CETEL

Prof. ALEXANDRE FLÜCKIGER

Lausanne, 6 novembre 2019

FACULTÉ DE DROIT



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE

## L'efficacité du droit souple: trois thèses

1) pour être efficace, le droit doit devenir souple

- lorsque le contexte l'empêche d'être efficace par les moyens du droit dur

2) lorsque, pour être efficace, le droit doit être dur, le droit souple est un moyen efficace,

- soit pour le durcir progressivement (*pre law*),
- soit pour aider à le mettre en œuvre (*post law*)

3) l'efficacité n'est pas forcément corrélée à la nature dure ou souple du droit

- l'efficacité optimale résulte d'une combinaison adéquate d'instruments <sup>2</sup> divers

## Définir le droit souple

### Droit souple formel

- normes composées de **recommandations**, ie des modèles de référence à suivre selon la libre appréciation de leurs destinataires
- **n'obligent pas** juridiquement
- Exemple
  - Recommandation de se faire vacciner contre la grippe

### Droit souple matériel

- normes juridiquement **obligatoires**
- mais **souples quant à leur contenu** en raison de la diminution de leur densité normative, de l'existence de dérogations, etc.
- Exemple
  - «Les employeurs veillent à ce que les activités de leurs employés en présentiel soient limitées au minimum indispensable, en particulier pour les personnes vulnérables.»<sup>3</sup>

• Art. 17 al. 1 Arrêté (GE) d'application de l'ordonnance COVID-19 situation particulière du 1<sup>er</sup> nov. 2020

## Définir le droit souple

| Normes souples  |               |   |  |
|-----------------|---------------|---|--|
| Comportement    |               | Droit souple (espérance)<br>a l'espérance de/ <b>a le droit de</b> (s'il est recommandé de)                                 | Obligation souple (recommandation)<br>devrait                |
| Accomplissement | faire         | - espérance de faire<br>- <b>a le droit de</b> faire (s'il est recommandé de faire)   | - devrait faire<br>- recommandation de faire                 |
|                 | ne pas faire  | - espérance de ne pas faire (pourrait refuser)<br>- <b>a le droit de</b> ne pas faire (s'il est recommandé de ne pas faire) | - devrait ne pas faire<br>- recommandation de ne pas faire   |
| Tolérance       | laisser faire | - espérance de laisser faire<br>- <b>a le droit de</b> laisser faire (s'il est recommandé de laisser faire)                 | - devrait laisser faire<br>- recommandation de laisser faire |

## Effet permissif des recommandations («X a le droit de [s'il est recommandé de]»)

- ◆ Interdiction d'entraver la possibilité de respecter une recommandation

<sup>1</sup>L'employeur garantit que les employés puissent respecter les recommandations de l'OFSP en matière d'hygiène et de distance.

<sup>3</sup>L'employeur respecte les recommandations de l'OFSP concernant la possibilité pour les employés de remplir leurs obligations professionnelles à domicile.

Art. 10 al. 1 et de l'Ordonnance COVID-19 situation particulière 5

## Les recommandations en droit public, pénal, privé/ national et international

- ◆ Recommandation sur les peines pour les infractions Covid-19 de la Conférence des procureurs de Suisse (CPS/SSK) du 30.10.2020

- ◆ Rassemblement de plus de 15 personnes dans l'espace public > CHF 100.00

«Note: Les recommandations de la CPS, notamment celles relatives à la fixation de la peine, sont des **outils de travail non-contraignants** à l'intention des autorités de poursuite pénale. ... Ces dernières sont donc des **instruments facultatifs** sur lesquels les autorités de poursuite pénale peuvent se **baser pour rendre leur jugement**. Par conséquent, il ne s'agit **ni de directives, ni de "grilles de peines pénales" qui peuvent conférer des droits.**» 6

## Les recommandations dans les différents instruments d'action

### Recommandations explicites

- recommandations proprement dites; mises en garde; avertissements; campagnes d'information; conseils; codes de conduite; lois-modèles; contrats-types; arrangements; accords de principe (*memorandum of understanding*), engagements sur l'honneur (*gentlemen's agreement*), normes techniques (*standards*)

### Recommandations implicites

- labellisation et certification; distinctions, notation et classement (*ranking*), indicateurs, stigmatisation, évaluation, pression par les pairs; analyses comparatives et référentiels des meilleures pratiques (*benchmarking*); formation et la recherche; instruments d'aide et d'assistance; comportement-modèle des autorités; concours, prix et loteries; description incitatrice et communication d'une norme sociale

## Auto- et corégulation

### ASSM/ Société Suisse de Médecine Intensive (SSMI)

- Pandémie Covid-19: Triage des traitements de soins intensifs en cas de pénurie des ressources

### Association suisse de normalisation (SNV)

- normes uniformes pour les masques en tissu prévues début 2021

### SGS / ICC/ OMT/ International SOS/ IATA

- passeport sanitaire privé covid négatif (AOK Pass)

### Associations faîtières de la branche de la gastro-hôtellerie

- applications de contrôle de l'identité des clients de restaurants agréés par les (social pass, eat's me, OK resto, Eat)

## Les leviers non juridiques pour inciter au respect du droit souple

### ◆ Exemples

- ◆ actes d'exécution non forcée (mise en œuvre souple – *soft implementation*)
- ◆ maniement des émotions et des sentiments
- ◆ techniques d'influence comportementale (not. nudges)

### ◆ La nécessité de l'adhésion des destinataires

- ◆ Il faut « avoir à l'esprit **qu'avant toute mesure, la Confédération était tenue de veiller à ce que son action recueillît une certaine adhésion**, sinon de l'opinion publique, du moins des personnes directement touchées par les mesures envisagées [...]. A défaut, les mesures décidées risquaient de ne **pas être correctement appliquées voire d'être purement et simplement éludées** et, finalement, de rester sans effet ou de n'avoir qu'un effet limité [...]. L'implication le plus tôt et la plus large possible des milieux concernés dans le processus d'analyse et de gestion des risques est d'ailleurs reconnue comme un élément primordial pour garantir une certaine **efficience et efficacité à la mise en place de mesures de précaution** ». (ATF 132 I 305 c. 4.4).

## Les leviers juridiques pour inciter au respect du droit souple

### Attribution d'effets juridiques semi-obligatoires

- **Points d'appui législatifs**
  - clauses d'impérativité semi-obligatoires
- **Points d'appui judiciaires**
  - responsabilité civile, administrative ou pénale
  - interprétation de concepts juridiques indéterminés
- **Points d'appui contractuels**
  - clauses d'impérativité semi-obligatoires

### ...d'effets obligatoires (droit souple durci)

- **Points d'appui coutumier**
- **Points d'appui législatifs**
  - clauses d'impérativité obligatoires (renvoi à une recommandation; incorporation)
  - prescriptions procédurales
- **Points d'appui judiciaires**
  - Interprétation/ effet permissif/ bonne foi
- **Points d'appui contractuels**
  - clauses d'impérativité obligatoires

## Les effets semi-obligatoires du droit souple

### ◆ Point d'appui législatif

◆ «L'utilisation des applications agréées par le SCAV et l'organisation faitière de la branche (eat's me ; eat's you) est **recommandée**.»

◆ NE : Art. 4 al. 3 de l'Arrêté COVID-19 (23.10.20)

◆ «Le Conseil fédéral fixe des stratégies visant [...] les maladies transmissibles. La définition [...] des stratégies **tiendra compte** en particulier **des** [...] **recommandations** et [...] directives **internationales**»

◆ Art. 4 al. 1 et 2 LEp

11

### ◆ Point d'appui judiciaire

◆ «les *directives médico-éthiques de l'Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM)* appartiennent « à la catégorie des règles de sécurité privées dont la valeur est généralement reconnue par les praticiens. Dès lors, en vertu d'un **renvoi implicite des art. 12 CP et 41 CO** à cette catégorie de règles de sécurité, les directives peuvent servir à déterminer le contenu du devoir de prudence ou de diligence dans un **procès pénal** ou en **responsabilité civile**.» (ATF 136 IV 97 112 s)

◆ les *recommandations émanant des organes du Conseil de l'Europe* doivent être **prises en considération** (« berücksichtigt ») par le Tribunal fédéral pour concrétiser les droits fondamentaux garantis tant dans la Constitution fédérale que la CEDH (ATF 118 Ia 64, 70).

12

## L'effet obligatoire du droit souple

### ◇ Déclaration de force obligatoire

- ◇ **Verbindlicherklärung der Empfehlungen des nationalen Pandemieplans** bzgl. Vorratshaltung von Schutzmasken, Hygienemasken und Untersuchungshandschuhen für alle Leistungserbringer im Gesundheitssektor.

### ◇ Clause d'impérativité obligatoire

- ◇ Conditions «pour pouvoir importer des animaux vivants d'espèces inscrites dans l'annexe I CITES (pex *Manis culionensis* [pangolin de Philippines]) prélevés dans la nature:

les installations d'hébergement de ces animaux chez le destinataire **doivent être conformes** (*müssen ... entsprechen*) **aux recommandations** émises par le comité d'experts»

Art. 9 let. b de l'ordonnance sur la circulation des espèces de faune et de flore protégées (RS 453.0).

## Effet obligatoire?

- ◇ «Chaque personne **respecte** [*beachtet ; rispetta*] **les recommandations** de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) en matière d'hygiène et de conduite face à l'épidémie de COVID-19.»

- ◇ art. 3 de l'Ordonnance COVID-19 situation particulière



- ◇ »L'employeur **respecte les recommandations** de l'OFSP concernant la possibilité pour les employés de remplir leurs obligations professionnelles à domicile.»

- ◇ Art. 10 al. 3 de l'Ordonnance COVID-19 situation particulière

14

## Autres effets juridiques autour de la recommandation

### ◆ Obligation de recommander

◆ Art. 4d <sup>1</sup> Les exploitants et exploitantes d'établissements de restauration ainsi que les organisateurs et organisatrices de manifestations **sont tenus de recommander** à leur clientèle l'utilisation de l'application SwissCovid par des affiches, des dépliants ou tout autre moyen approprié.

◆ Art. 5 <sup>1</sup> Quiconque enfreint les prescriptions de la présente ordonnance s'expose à des **poursuites pénales** au sens de l'article 83, alinéa 1, lettre j LEp.

(ordonnance [Berne] sur les mesures de lutte contre le coronavirus du 09.07.2020)

### ◆ Prise en charge des frais

◆ Les tests rapides seront remboursés par la Confédération, mais uniquement lorsqu'ils ont été utilisés **conformément aux recommandations** de l'OFSP.

15

## Repérer les fonctions du droit souple

### « pre-law »

- habitude à de futures normes obligatoires (fonction pré-juridique et expérimentale)

### « post-law »

- complément aux normes obligatoires
- auxiliaire d'exécution

### « para-law »

- substitut aux normes obligatoires

16



## Le fédéralisme sanitaire: recommander avant de légiférer (pre law)

Stratégie commune de la CDS (Conférence des directions de la santé) et de l'OFSP-DFI en matière de politique sanitaire du 22.10.2020 «en vue des mois d'automne et d'hiver à venir»

### Scénario « La CDS émet des recommandations »

- Le comité directeur de la CDS transmet à court terme à ses membres des **recommandations en vue de la prise de mesures.**

### Scénario « La Confédération souhaite des recommandations supplémentaires de la part de la CDS »

- Les autorités fédérales estiment que la CDS devrait, compte tenu de la situation épidémiologique, transmettre à ses membres des recommandations supplémentaires s'agissant des mesures à prendre

### Scénario: La Confédération émet des directives (techniques)

- Si la Confédération juge que des cantons devraient prendre des mesures supplémentaires, elle informe le ou les cantons concernés et la CDS. Une directive correspondante peut également être édictée sur la base de l'art. 77, al. 3, LEp (ou une directive technique de l'OFSP sur la base de l'art. 69, al. 2).<sup>17</sup>

## Renforcer la légitimité du droit souple

❖ **Limites de la légitimité par les résultats obtenus, i.e. l'efficacité** (vs par les procédures suivies) (« output vs input legitimacy »)

→ nécessité d'une **formalisation** adéquate et des **contrôles** adaptés, juridictionnels et non juridictionnels

- Exigences matérielles minimales
- Exigences procédurales minimales

18

## Contrôle juridictionnel (droit souple/ corégulation)

### Suisse

- art. 29a Cst. (*droit d'accès au juge*); art. 25a PA (*actes matériels*)
- ATF 144 II 233 (*campagne anti-SIDA*) ↔ TF, 2C\_1184/2013 du 17.07.2014 (*Recommandation FINMA*)

### CourEDH

- *Aizpurua Ortiz c. Espagne* du 2 février 2010 ; *Evaldsson v. Suède* du 13 février 2007
- *Mutu et Pechstein c. Suisse* du 2 octobre 2018

### CJUE

- *James Elliott Construction Ltd c. Irish Asphalt Limited* du 27<sup>19</sup> octobre 2016 ↔ *Belgique c. Commission* du 20 février 2018

## Conclusion



Le *droit* doit être **aussi souple que possible** et



**aussi dur que nécessaire** pour être efficace et proportionné



Le *droit souple* doit être **aussi informel que possible** et



**aussi formalisé que nécessaire** pour concilier efficacité et légitimité

20

## Source

- ◇ FLÜCKIGER Alexandre, *(Re)faire la loi : traité de légistique à l'ère du droit souple*, Staempfli: Berne 2019