

Simplifier le droit pour lutter contre la bureaucratie?¹

Alexandre Flückiger et Frédéric Varone

Suite aux travaux fondateurs de Max WEBER, l'organisation bureaucratique a été considérée historiquement comme un idéal-type de rationalité permettant au politique de maîtriser son action grâce à son cadrage par le droit. Simultanément, elle a été critiquée pour les rigidités et les nouvelles normes qu'elle engendrerait. N'étant toutefois pas l'apanage de l'État, la bureaucratie a pu entretemps s'étendre aux entreprises privées et à diverses formes d'associations.

Le Centre d'étude, de technique et d'évaluation législatives (CETEL) de la Faculté de droit de l'Université de Genève a décidé d'organiser le 25 novembre 2016 une journée d'études dont l'objectif consistait à vérifier dans quelle mesure la complexification du droit, tant public que privé, étendait la bureaucratie. Les métaphores ne cessent en effet de filer quand il s'agit de critiquer la complexité des lois et leur mise en œuvre bureaucratique tatillonne: raz-de-marée réglementaire, frénésie, hypertrophie, inflation, jungle, etc. La critique contre l'emprise du droit et des bureaucrates chargés de sa mise en œuvre est en réalité aussi ancienne que les lois et les administrations elles-mêmes². En mai 1917 par exemple, le journal satirique *Nebenspalter* découvrait une nouvelle pathologie: la «réglementite fédérale» (*eidgenössische Reglementitis*)³...

Depuis lors, la simplification des lois est devenue essentiellement une revendication (néo-)libérale pour s'opposer à l'interventionnisme étatique. L'exemple suivant, tiré du droit de l'Union européenne, est parlant: «la Commission européenne a proposé le 18 juin 2014, dans le cadre d'un programme aspirant à rendre la législation de l'Union européenne "plus légère, plus simple et moins coûteuse" [«REFIT»], de retirer sa proposition de directive sur le congé de maternité.»⁴

Une telle capture partisane est à notre sens regrettable. David GRAEBER, figure emblématique d'*Occupy Wall Street*, plaide dans son dernier essai, *The Utopia of Rules: On Technology, Stupidity, and the Secret Joys of Bureaucracy*, pour la nécessité d'une critique également de gauche de la bureaucratie, épingleant au passage la bureaucratie des entreprises privées à côté de celle d'État⁵. De fait, nombre de politiques publiques visant les groupes défavorisés ou discriminés au sein de nos sociétés libérales gagneraient à être simplifiées. La simplification doit permettre d'améliorer l'accès aux droits. La complexité législative et bureaucratique explique ainsi une partie des non-recours aux politiques sociales, selon Philippe WARIN⁶. L'évolution du partenariat enregistré pourrait aisément s'accompagner d'une sim-

plification des catégories retenues par l'état civil et, par-là, éviter les stigmatisations, de l'avis même du Conseil fédéral⁷. En Allemagne, la charge administrative relative au système des primes d'insertion prévues par le Code social allemand ne doit pas dissuader les employeurs potentiels de personnes handicapées, a jugé le Comité de l'ONU pour les droits des personnes handicapées⁸. En France, le Conseil d'État a démontré que la complexité des dispositifs du droit – opposable – au logement ou du revenu de solidarité active (RSA) constituait un obstacle majeur à l'efficacité de ces mesures en faveur des publics fragilisés⁹. Enfin, des contrats complexes flanqués de conditions générales non négociables ne sont pas dans l'intérêt des consommateurs.

Or le droit ne se laisse pas plus aisément simplifier que la bureaucratie se débureaucratiser. Au contraire, les tentatives de simplification ont souvent la fâcheuse tendance à générer plus de complexité encore. Le Parlement fédéral a ainsi accepté en juin 2016 deux motions exigeant de faire évaluer les conséquences des lois par un organisme indépendant¹⁰. Les députés ont ici suivi l'une des conclusions d'une étude récente d'Avenir Suisse critiquant la «jungle réglementaire», laquelle reprenait à son compte une recommandation de l'OCDE demandant aux pays membres d'établir «un organe permanent chargé du contrôle de la réglementation» destiné à réduire la «charge réglementaire»¹¹. La *Neue Zürcher Zeitung* a ironiquement commenté la démarche de nos élus en relevant que la bureaucratie serait dorénavant combattue par ... un bureau supplémentaire!¹²

Relevons que production législative, complexité bureaucratique et coûts réglementaires ne sont toutefois pas irrémédiablement liés. Une loi simplifiée ne conduit pas nécessairement à une simplification de sa mise en œuvre ni à une diminution des coûts induits. Une réglementation-cadre fédérale laissera ainsi aux cantons tout loisir d'y apporter des précisions. Une loi de faible densité normative devra nécessairement être explicitée par les autorités exécutives et judiciaires. Un secteur économique peu réglementé par l'État pourra se doter d'un régime d'autorégulation extrêmement pointilleux. Une règle courte et simple peut générer d'importants coûts. Des entreprises et des particuliers pourront préférer se lier par des règles contractuelles multiples, inflationnaires et détaillées. Des organismes privés produiront des normes aussi singulières que celle réglementant le degré de cuisson des pâtes¹³, censée apporter aux entreprises concernées une «part d'objectivité» à un «débat délicat» gastronomique¹⁴...

Simplifier la loi est en fait une injonction paradoxale: en disant moins, la règle se fait plus générale et devient moins claire pour ses destinataires. Étant moins claire, elle ne permet pas de connaître à sa simple lecture comment elle sera appliquée dans un cas d'espèce. Le justiciable ne connaissant pas exactement la

solution dans un cas précis, la loi simple dans son texte ne le sera plus dans son application. On voit ainsi que l'accumulation de précisions clarifie le sens des mots, mais au détriment de la brièveté du message: «J'évite d'être long, et je deviens obscur» écrivait BOILEAU au XVII^e siècle déjà¹⁵.

Faut-il dès lors se résigner? Certainement non. Il faut tout d'abord veiller à simplifier sans tomber dans une brièveté excessive. Il doit ensuite être possible de travailler à une simplification non seulement des lois mais, surtout de leur mise en œuvre, en les adaptant de manière ciblée à leurs destinataires. Ce faisant, il importe de ne pas viser les seules entreprises privées, mais également les populations défavorisées et les minorités. Il faut par ailleurs développer une connaissance plus fine des instruments alternatifs de régulation et de gouvernance, parmi lesquels la loi ne forme qu'une espèce. Il convient enfin de tendre à une évaluation législative non seulement de l'efficacité des lois, mais également de la capacité de celles-ci à traiter de manière pertinente, avec justice et humanité, le problème de société qu'elles visent à résoudre.

Le présent numéro tente d'approfondir cette problématique en deux temps. Tout d'abord un exposé de l'état des lieux de la problématique en Suisse, débutant par l'examen des données de fait relatives à l'inflation législative et réglementaire (Wolf LINDER, p. 199), le point ensuite sur les expériences fédérales et cantonales en droit public (Colette ROSSAT-FAVRE, p. 211) suivi par l'évocation de la complexité contractuelle en droit privé (Sylvain MARCHAND, p. 223). Dans un second temps, diverses expériences sont examinées sur le plan international: la France en premier lieu pour mettre en exergue les difficultés concrètes de l'exercice de simplification (Bertrand DU MARAIS, p. 235), l'Union européenne ensuite qui a proposé à cet effet un *programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT)* (Fabienne PÉRALDI LENEUF) et, en dernier lieu, une comparaison entre l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Australie, la Suède, le Royaume Uni ainsi que l'Union européenne sur l'institutionnalisation d'organes chargés du contrôle de la réglementation (Christian RÜEFLI, p. 265).

Alexandre Flückiger est professeur à la Faculté de droit, Université de Genève

Frédéric Varone est professeur à la Faculté des sciences de la société, Département de science politique et relations internationales, Université de Genève

Notes

- 1 La présente introduction reprend en partie notre article «Débureaucratiser la simplification du droit: légiférer mieux, est-ce vraiment moins légiférer?», *Domaine Public*, édition du 20 novembre 2016.
- 2 Cf. GUY-ECABERT, Christine/FLÜCKIGER, Alexandre, «La bonne loi ou le paradis perdu?» *LeGes*. 2015, vol. 26, no 1, p. 21-45 recensant nombre de citations critiques depuis ARISTOTE en passant par Martin LUTHER et même le Marquis DE SADE.
- 3 Edition du 26 mai 1017.
- 4 LEMPEN, Karine, *Les Conventions de l'OIT sur la maternité (no 183) et le travail domestique (no 189)*, R. Wyler/A. Meier/S. Marchand, *Regards croisés sur le droit du travail: Liber Amicorum pour Gabriel Aubert*, Genève 2015. p. 203 s. Sur ce programme, cf. le texte de Fabienne PERALDI LENEUF dans le présent numéro.
- 5 GRAEBER, David, *The Utopia of Rules: On Technology, Stupidity, and the Secret Joys of Bureaucracy*, New York 2015.
- 6 WARIN, Philippe, *Le non-recours aux politiques sociales*, Grenoble 2016.
- 7 *Modernisation du droit de la famille, Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607)*, Berne, mars 2015.
- 8 Liliane Gröniger vs Allemagne, CRPD/C/D/2/2010 (2014).
- 9 DU MARAIS, Bertrand, «Simplifier le droit: du mythe de Sisyphe à l'horticulture juridique?», *Revue française d'administration publique* 2016/1 (N° 157), p. 191.
- 10 Cf. les références dans le texte de Colette ROSSAT-FAVRE dans le présent numéro (p. 211).
- 11 BUOMBERGER, Peter, *Des chemins pour sortir de la jungle réglementaire: Faits préoccupants et solutions prometteuses pour la Suisse, Avenir Suisse*, Zurich 2014. Pour une analyse détaillée de cette proposition, cf. le texte de Christian RÜEFLI dans le présent numéro (p. 265).
- 12 «Die Forderung nach Eindämmung von Regulierungskosten und Bürokratie gehört zum Inventar in den Reden von Wirtschaftsvertretern und bürgerlichen Politikern. Das Parlament will nun ironischerweise die Bürokratie mit einem neuen Gremium eindämmen, das zunächst mehr Aufwand erfordert.» (SCHÖCHLI, Hansueli, «Regulierungskosten: 'Wir brauchen diesen unabhängigen Aufpasser'», *NZZ*, édition du 17 juin 2016).
- 13 Norme ISO 7304, *Semoule de blé dur et pâtes alimentaires: appréciation de la qualité de cuisson par analyse sensorielle*.
- 14 «Une nouvelle norme ISO apporte la part d'objectivité au débat délicat sur le degré de cuisson des pâtes, qui est bien souvent tributaire du goût subjectif: ce qui est parfaitement al dente pour une personne ne sera pas assez cuit pour une autre, ce sera toujours trop ou pas assez, etc.» (ORGANISATION INTERNATIONALE DE NORMALISATION, «Une norme ISO sur l'état de l'art dans la cuisson des spaghettis», communiqué du 24 octobre 2008, www.iso.org/fr/news/2008/10/Ref1171.html).
- 15 BOILEAU, Nicolas, *L'art poétique*, Paris 1674, chant premier, vers 66.