



Strasbourg, le 10 mars 2009

CDL(2009)052*

Etude n° 470 / 2008

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

LA NOTION DE BONNE GOUVERNANCE

Observations par

Mme Gret Haller (Membre, Suisse)

I. Introduction

1. Lors de sa 76^e Session plénière, la Commission a discuté le projet de rapport sur la notion de bonne gouvernance (CDL(2008)091 – ci-après « rapport »). Faute de temps pour élargir le débat, les membres de la Commission ont été priés d'être concis dans leurs interventions respectives et de présenter, s'ils le souhaitent, un avis écrit.

2. Le présent avis porte avant tout sur le champ de tension entre les structures de gouvernance et la démocratie. Il aboutit à la conclusion qu'il convient de s'interroger avec un très grand soin sur l'opportunité d'introduire ou d'appliquer la notion de bonne gouvernance dans les relations intérieures des Etats car cette notion porte en elle un potentiel de nivellement par le bas des normes démocratiques.

3. Le présent avis se borne à traiter de la notion de bonne gouvernance bien que le rapport évoque en introduction des documents de base concernant la différence entre la bonne gouvernance et la bonne administration. Le deuxième terme de la comparaison, la bonne administration, n'est abordé que lorsque des éléments des deux notions sont mis en parallèle si bien que le propos principal du rapport porte essentiellement sur la bonne gouvernance.

II. Les droits de l'homme et la démocratie

4. Dans une première partie, le projet de rapport récapitule les différents emplois de la notion de gouvernance au niveau international et national. Dans sa partie finale (V), il ajoute à la notion de bonne gouvernance un élément, celui des droits de l'homme. Mais il est encore un autre élément qui doit être mis en rapport avec la notion de bonne gouvernance : c'est la notion de démocratie. On ne peut pas partir du principe que les exigences démocratiques sont intrinsèques à l'élément des droits de l'homme. L'existence d'un « droit de l'homme à la démocratie » n'est pas sans être contesté et diverses théories aboutissent à la conclusion qu'il faut y souscrire ou bien, au contraire, qu'il faut s'y opposer. On ne s'arrêtera pas ici sur ces théories.

5. On va plutôt s'employer à apporter un éclairage suffisant sur le champ de tension entre les notions de bonne gouvernance et de démocratie pour arriver à dire comment cette première notion pourrait être utilisée et pour montrer où pourraient résider les dangers de son emploi. Dans un premier temps, on laissera de côté la notion de « bonne » gouvernance pour se référer à la notion de gouvernance en tant que telle. Le champ de tension avec la démocratie est bien évoqué dans le rapport (chiffre 51), mais celui-ci porte avant tout sur l'élément supplémentaire des droits de l'homme.

III. Origine de l'élaboration du concept de gouvernance

6. Comme l'explique le rapport, le concept de gouvernance a d'abord été élaboré par la Banque mondiale, dans l'intention de trouver des critères applicables à l'octroi de prêts. D'autres organisations internationales ayant adopté ce concept, il paraît important de ne pas perdre de vue le contexte de sa genèse.

1. Eléments de la bonne gouvernance

7. On va tout d'abord passer en revue une sélection d'éléments constitutifs de ce concept qui, jusqu'à un certain point, sont importants pour la démocratie. Il ne s'agit donc pas d'une énumération exhaustive, mais bien d'une illustration.

a) Perspective extérieure

8. A la base, les critères de la gouvernance reposent sur une perspective exclusivement extérieure, qui observe et évalue du dehors. Cette perspective extérieure apportée par le concept de gouvernance est particulièrement importante si l'on pense au rapport entre ce concept et le concept de démocratie. A l'origine, la démocratie est l'exercice de la souveraineté par ceux qui y sont assujettis ; elle incarne donc la perspective intérieure. Il s'agit là d'une source intrinsèque de tension entre la notion de démocratie et la notion de gouvernance.

9. Dans ce contexte, on comprend pourquoi la Banque mondiale a élaboré la notion artificielle de gouvernance au lieu de recourir à celle de gouvernement. L'emploi de ce deuxième concept aurait été assimilé à une ingérence dans la souveraineté des Etats concernés. Il fallait néanmoins imposer aux Etats des conditions portant entre autres sur la conduite à tenir par le pouvoir exécutif. En employant la notion de gouvernance dans ce cas, la Banque mondiale recourait à une catégorie qui n'était pas différente de celle du gouvernement ; elle désignait bel et bien le gouvernement, mais sans avoir à utiliser cette notion. Or, bien que l'efficacité des institutions politiques fut évaluée d'un point de vue purement économique, cela pouvait avoir des conséquences pour l'ordre constitutionnel des Etats concernés.

b) Informalité

10. La Banque mondiale n'étant pas habilitée à intervenir formellement dans les Etats placés sous observation, elle a dû mettre au point des méthodes pour exercer une influence informelle. Les structures de gouvernance exercent une influence informelle, pas un pouvoir formel. Elles ne mettent pas en place une hiérarchie formelle sous la forme d'une législation contraignante (*hard law*), mais agissent à travers une réglementation non contraignante (*soft law*). Pourtant, cette influence ne se voulait pas plus faible qu'une influence formelle et, comme celle-là, elle pouvait avoir des conséquences visibles sur les hiérarchies. L'exercice de l'influence reposait sur la combinaison d'un pouvoir politique non formalisé au plan légal et d'une plausibilité (économique) rationnelle qui devait conduire l'Etat concerné à approuver le cas échéant des propositions très détaillées inscrites dans les contrats de prêt.

c) Participation d'acteurs privés

11. Dans la notion de gouvernance, les gouvernements étaient impliqués à l'égal d'autres acteurs privés des pays concernés. Les gouvernements ne bénéficiaient pas d'une place particulière mais étaient considérés comme un simple nœud du réseau, à l'instar des autres acteurs. La participation de la société civile était posée comme un postulat de départ au même titre que le dialogue avec les partenaires intéressés, le but étant d'obtenir la participation de tous les milieux concernés. A la question de la souveraineté est ainsi venue s'ajouter la question des tendances dans l'évolution de la conception de la démocratie. Aussi s'est-on interrogé assez rapidement sur le problème que pourraient poser les acteurs privés (personnes représentant des intérêts économiques ou non économiques) cherchant à s'arroger un statut de représentation démocratique.

d) Asymétrie des responsabilités

12. Par la suite, on a fait évoluer le concept de gouvernance afin de pouvoir exercer une influence à l'intérieur des Etats sur des domaines bien précis, d'une importance économique certaine. De ce point de vue, le fonctionnement de la collectivité politique était mis entre parenthèses dans la mesure où l'évaluation le faisait apparaître comme dénué de rôle économique. Les gouvernements assument cependant la responsabilité générale de tous les domaines politiques, même ceux qui ne jouent pas un rôle essentiellement

économique. La mise en œuvre du concept de gouvernance a créé une dichotomie entre l'action et la responsabilité de l'action. Elle a fait naître une répartition asymétrique des compétences, dans laquelle les gouvernements des Etats restaient responsables de trouver un équilibre entre divers intérêts particuliers alors que certains de ces intérêts étaient dotés, au travers de l'action de la Banque mondiale, d'un porte-parole puissant qui imposait au gouvernement des limites dans l'exercice de ses responsabilités.

e) Logique de productivité

13. La notion de gouvernance telle que l'a élaborée la Banque mondiale repose sur une vision très spécifique des institutions publiques et de l'Etat en particulier, elle est fondée sur une logique de productivité ("*output*"). En effet les évaluations doivent aboutir à des résultats mesurables. Or, seule la production d'une organisation et de son activité était considérée comme mesurable. Ce critère, qui a été développé dans l'étude des institutions en sciences économiques d'abord pour les institutions du secteur privé avant d'être transposé aux institutions publiques, se fonde exclusivement sur la rationalité économique, comme la Banque mondiale le précisait elle-même expressément (cf. chiffre 30 du rapport).

2. Rapport avec la notion de démocratie

14. La Banque mondiale a élaboré le concept de gouvernance en partie pour aider les Etats qui n'avaient pas encore mis en place d'institutions différenciées. La mise en place d'institutions doit renforcer la démocratie alors qu'elle ne peut pas reposer sur des processus fonctionnant déjà de manière tout à fait démocratique.

15. Or, la notion de gouvernance élaborée par la Banque mondiale a largement négligé, voire fait reculer des aspects importants de la démocratie, ce qui n'était possible qu'en se plaçant dans la perspective extérieure évoquée plus haut. Le caractère informel de l'influence exercée de l'extérieur a empêché l'exercice d'une influence démocratique dans les relations intérieures. Des pans entiers de la réglementation ont été sortis de la sphère publique, sur laquelle une influence démocratique peut être exercée, et placés dans une zone d'accord contractuel à caractère privé : la combinaison d'un pouvoir politique non formalisé sur le plan légal et d'une plausibilité économique devait conduire les gouvernements à s'engager par voie contractuelle, même à l'encontre d'une éventuelle opposition reposant sur une base démocratique.

16. L'affaiblissement de l'influence démocratique a été favorisé également par la revalorisation des acteurs privés. L'asymétrie des responsabilités a contribué à ce que les gouvernements soient limités dans leur capacité d'assumer leur tâche d'équilibrage des intérêts particuliers, ce qui revient à faire reculer l'aspect démocratique.

17. Enfin, le fait que la notion de bonne gouvernance est axée sur une logique de productivité illustre particulièrement bien le champ de tension entre la démocratie et la bonne gouvernance. Dès lors que l'on procède à des évaluations fondées sur des critères de productivité, ces critères légitiment des réglementations auxquelles il est quasi impossible de s'opposer par des procédures démocratiques. L'« objectivité des chiffres » soustrait les réglementations proposées au débat public nécessaire à l'exercice de la démocratie.

18. Les études PISA de l'OCDE offrent un bon exemple de ce phénomène dans l'espace européen : les conséquences qui en sont tirées concernent en général des lois et autres textes législatifs de niveau inférieur relevant de la politique de l'éducation. Mais l'ordre constitutionnel, et en particulier l'attribution des compétences, ont pu aussi subir le contrecoup de l'influence axée sur les résultats qu'exerce la Banque mondiale dans les Etats évalués, le caractère informel et extérieur de cette intervention empêchant l'exercice d'un contrôle démocratique sur ces questions.

IV. Développement de différentes notions de gouvernance

19. Comme l'explique le rapport, la notion de gouvernance élaborée par la Banque mondiale a été adoptée depuis longtemps par d'autres organisations et acteurs internationaux, qui l'ont adaptée à leurs besoins. En particulier, de nombreuses tentatives ont été conduites pour modifier cette notion en y faisant apparaître expressément l'élément démocratique, ce qu'illustrent les multiples exemples proposés dans le chapitre II du rapport. Néanmoins, la notion de gouvernance est toujours employée à l'heure actuelle dans sa forme d'origine, qui ne tient pas suffisamment compte de l'élément démocratique.

1. Le concept de gouvernance de l'Union européenne

20. Le concept de gouvernance de l'UE (évoqué dans le rapport, chiffres 12 ss) n'a pas été élaboré en visant les Etats membres, mais en visant les procédures institutionnalisées qui n'ont pas de parallèle direct dans les Etats membres. La notion de gouvernance se réfère en particulier à l'action de la Commission européenne, une action gouvernementale puisqu'elle consiste à définir les grandes orientations politiques bien qu'elle n'ait pas de fondement démocratique.

21. Le seul parallèle avec la démarche de la Banque mondiale tient au fait que l'on n'a pas voulu utiliser la notion de gouvernement car cela aurait soulevé la question de la souveraineté des Etats membres. Pour le reste, le contexte est diamétralement opposé à celui de la genèse de l'élaboration du concept par la Banque mondiale.

22. En ce qui concerne le concept de gouvernance de la Banque mondiale, on a décrit plus haut le phénomène par lequel des pans entiers de la réglementation ont été sortis de la sphère publique soumise à l'influence démocratique pour les absorber dans une zone d'accord contractuel à caractère privé. Ce phénomène d'exclusion de pans entiers de la réglementation de la sphère publique nationale soumise à l'influence démocratique peut certes se produire dans les Etats membres de l'UE, mais le contexte est tout autre. D'une part, les Etats membres sont dotés de structures démocratiques très développées qui ont le pouvoir, sur le plan intérieur, d'assurer un contrôle démocratique de l'action du gouvernement et de l'administration au niveau communautaire. Or, le concept de gouvernance de l'UE ne s'oppose pas à ce contrôle.

23. D'autre part, une forte pression s'exerce en vue d'élargir les compétences du Parlement européen. Des élargissements ont effectivement été pratiqués depuis l'adoption du Livre blanc sur la gouvernance européenne et l'entrée en vigueur de la Constitution européenne les aurait renforcés. Or, le concept de gouvernance de l'UE n'est pas non plus opposé à ce processus.

24. Fondamentalement, le concept de gouvernance élaboré par l'UE tend donc à se rapprocher du concept traditionnel d'action gouvernementale assujettie au contrôle démocratique, même si ce processus de rapprochement est très lent (cf. Christoph Möllers, *European Governance: Meaning and Value of a Concept*, *Common Market Law Review* 6/2006, p.313-336).

2. Les concepts de gouvernance appliqués à la juridicisation transnationale

25. Phénomène incontournable aujourd'hui, la juridicisation transnationale couvre un large spectre. Les traités conclus entre Etats ont instauré un droit international ou supranational formel et les organisations et agences internationales qui ont été créées développent ce droit. La juridicisation transnationale découle également du travail des tribunaux et organes arbitraux internationaux ainsi que des accords informels conclus entre groupes d'experts. Enfin, la juridicisation internationale est alimentée par les accords entre

particuliers, qui peuvent être élaborés en collaboration avec des experts nommés entre autres par des organismes internationaux (pour ne prendre que quelques exemples éloquentes). La juridicisation transnationale est une condition de la gouvernance mondiale (*global governance*), mais c'est aussi le résultat du processus désigné par la notion de gouvernance mondiale.

26. Contrairement aux concepts de gouvernance développés par la Banque mondiale, d'une part, et par l'Union européenne, d'autre part, la gouvernance dans le contexte transnational ne désigne pas un phénomène que l'on pourrait, le cas échéant, qualifier également de gouvernement. Il lui manque en effet, par rapport aux critères énoncés par la Banque mondiale lorsqu'elle a élaboré le concept à l'origine, l'élément de la perspective purement extérieure. Cet élément n'est cependant pas totalement absent : lorsqu'elles se réclament de la gouvernance, les communautés internationales restent dans leur logique d'institutionnaliser des structures leur permettant d'obtenir une évaluation extérieure de leurs propres performances ou des performances d'autres Etats.

27. L'implication d'acteurs privés est également une caractéristique des structures de gouvernance dans le contexte de la juridicisation transnationale. Il y a là un danger particulièrement important de voir des acteurs privés obtenir un statut de représentation démocratique. Dans les jeunes démocraties ou dans les Etats où les institutions démocratiques sont encore en cours de construction, l'asymétrie des responsabilités prend une plus grande acuité dans le contexte de la juridicisation transnationale : ces Etats ne peuvent pas opposer à la pression exercée de l'extérieur, de manière informelle mais non moins forte, une pression intérieure reposant sur une base démocratique suffisamment solide. Enfin, l'importance centrale donnée à la productivité joue également un rôle dans le processus de juridicisation transnationale, comme le montrent les critères appliqués par l'OMC ou l'OCDE par exemple.

28. C'est surtout l'élément de l'informalité présent dans les notions de gouvernance utilisées dans le processus de juridicisation transnationale qui a des conséquences problématiques, comme on va le voir à l'aide de quelques exemples. En Europe, il n'existait pas de compétence communautaire pour uniformiser les diplômes universitaires ; ce sont donc les experts délégués par les Etats européens pour les représenter dans le processus de Bologne qui ont conclu un accord informel d'uniformisation, contournant ainsi en partie le processus démocratique de formation de l'opinion. L'ONU n'a pas le pouvoir de poursuivre pénalement les personnes soupçonnées de complicité de terrorisme ; elle fait donc figurer leur nom sur des listes informelles qui sont communiquées aux Etats membres. Dernier exemple, faute de compétences formelles, les autorités nationales de surveillance des banques se sont unies depuis des années au sein d'une coordination transnationale, une structure qui n'a jamais été approuvée démocratiquement.

3. La notion de gouvernance démocratique

29. Dans le cadre des efforts faits pour démocratiser la notion de gouvernance, on parle parfois d'un « droit émergent à la gouvernance démocratique ». Comme évoqué plus haut, il n'est pas possible de s'interroger ici sur la question de savoir s'il est judicieux ou non de définir la notion de gouvernance démocratique en la formulant comme un droit fondamental. Mais le concept même de gouvernance démocratique est contesté. Ses partisans y voient une opportunité pour développer les processus démocratiques dans le monde tandis que ses détracteurs mettent en avant les éléments antidémocratiques qui sont inhérents à cette notion depuis son apparition et qui, selon eux, ne pourraient pas être compensés par l'octroi de nouveaux attributs à caractère démocratique.

30. Quand on réfléchit à la notion de gouvernance démocratique, il faut également se demander pourquoi l'on n'utilise pas tout simplement la notion de démocratie. En d'autres

termes, quelle est la différence entre la gouvernance démocratique et la démocratie ? On a montré comment différents acteurs avaient recouru au concept de gouvernance pour éviter d'employer la notion de gouvernement parce que cela aurait soulevé des questions délicates concernant la souveraineté des Etats ou des Etats membres. La notion de gouvernement est liée à la souveraineté étatique et, dans les Etats démocratiques, à la souveraineté populaire. Si la gouvernance est une sorte de « gouvernement sans souveraineté », elle ne peut en aucun cas être associée à la souveraineté populaire. Dans ces conditions, accoler l'adjectif démocratique à la notion de gouvernance est sujet à caution.

V. La bonne gouvernance et la démocratie

31. Comme le dit clairement le rapport, il est impossible de donner une définition de la notion de bonne gouvernance. Cela est d'ailleurs illustré par le nombre de concepts énumérés dans le rapport alors même que la liste proposée est loin d'être exhaustive. Une confrontation normative entre cette notion et celle de démocratie permet de faire appel à la notion de démocratie comprise comme l'exercice de la souveraineté par ceux qui y sont assujettis. Dans ce contexte, l'expression de bonne gouvernance soulève en soi la question de savoir ce qu'il faut comprendre par « bon ».

1. Comment définir ce qui est « bon » ?

32. Cela fait des siècles, voire des millénaires, que l'on s'affronte autour de notions comme « vivre bien » ou « le bien public ». Avec l'avènement de la pensée démocratique, il est apparu qu'il fallait redéfinir régulièrement, dans le cadre d'un processus permanent, ouvert et démocratique, ce qui pouvait être qualifié de « bon » dans la *res publica*.

33. A contrario, la notion de bonne gouvernance semble reposer sur une conception a priori claire de ce qui est bon : cette conception donne lieu à un consensus qui est soustrait au débat démocratique et qui a donc un caractère pré-politique. Or, une conception pré-politique est la négation même de l'élément démocratique.

2. Fonction de compensation

34. Dans cette mesure, le fait de définir la bonne gouvernance à travers des concepts comme l'ouverture, la participation, la responsabilité, l'efficacité et la cohérence (comme dans le Livre blanc de l'Union européenne sur la gouvernance européenne, cf. chiffre 16 du rapport) a une fonction de compensation. La définition peut fournir des indications sur la manière dont les processus démocratiques doivent être gérés ou sur les éléments auxquels il faut prêter une attention particulière lorsque l'on s'apprête à mettre en place des institutions démocratiques. Mais elle ne peut en aucun cas remplacer les processus démocratiques. Le Sommet de Varsovie de 2005 en a d'ailleurs tenu compte puisqu'il évoque la démocratie et la bonne gouvernance de manière séparée (chiffre 5 du rapport).

35. On peut illustrer ce propos en prenant l'exemple de la notion de participation. Participer signifie prendre part au débat, mais pas aux décisions. Le droit de prendre part au débat peut être garanti aux acteurs les plus divers. Un processus de délibération peut être élargi à l'envi afin de faire entendre les intérêts les plus variés, même s'ils sont antagonistes. Mais s'il n'y a pas de décision formelle prise avec la participation de ceux qui sont impliqués dans la délibération, il ne s'agit pas d'un processus démocratique. Il n'y a pas plus de délibération sans démocratie que de démocratie sans délibération.

3. Conclusion

36. Il est indispensable d'avoir des structures de gouvernance dans le contexte transnational, faute de quoi la juridicisation de certains domaines ne pourra pas progresser. Or, il est clair que beaucoup de problèmes à venir ne pourront pas être traités sans structures juridiques transnationales. Mais même si l'on travaille avec des concepts et des structures de gouvernance et même si l'on fait évoluer ces concepts et ces structures en permanence, la question de la démocratie doit toujours rester ouverte.

37. Il n'est pas exclu que les concepts de gouvernance ne soient pas accessibles à une démocratisation allant plus loin qu'une ouverture purement participative et délibérative. La démocratie est une promesse dont la réalisation est une conquête. Il est d'autant plus important que le processus de conquête de la démocratie reste toujours ouvert. Pour cela, il faut désigner les structures de gouvernance pour ce qu'elles sont en réalité au lieu de les présenter, d'une manière ou d'une autre, comme un substitut suffisant aux processus démocratiques.

38. La question se pose différemment au niveau des Etats nationaux. Le rapport montre que la notion de bonne gouvernance est assez rarement utilisée dans les constitutions et les législations nationales (p. 8 ss). Cela n'a rien d'étonnant lorsque l'on connaît la genèse de cette notion. Malgré toutes les différences qui existent entre les notions de gouvernance de la Banque mondiale et de l'Union européenne, ces deux institutions très différentes en soi ont ceci en commun qu'elles ont l'une et l'autre recouru à cette notion de gouvernance issue de l'étude des institutions en sciences économiques pour la même raison, à savoir que la notion de gouvernement aurait soulevé des questions d'ingérence dans la souveraineté nationale des Etats. Il est clair que ce problème ne se pose pas dans les relations intérieures des Etats. La souveraineté étatique y est acquise et, dans les Etats démocratiques, elle se traduit par la souveraineté populaire.

39. Il convient donc de s'interroger avec un très grand soin sur l'opportunité d'introduire ou d'appliquer la notion de bonne gouvernance dans les relations intérieures des Etats. Même si la bonne gouvernance s'est émancipée du concept élaboré à l'origine par la Banque mondiale, elle présente encore une dimension axée sur l'informalité et sur la productivité; et le principe de l'implication d'intérêts privés qui lui est toujours intrinsèque peut faire apparaître la délibération participative comme un substitut valable aux processus démocratiques. La bonne gouvernance porte donc toujours en elle un potentiel de nivellement par le bas des normes démocratiques.

40. La nécessité effective de mettre au point des structures de gouvernance au niveau transnational a aussi, par contrecoup, des répercussions sur les Etats nationaux. La juridicisation transnationale est utile à plus d'un titre au citoyen de l'Etat national, mais celui-ci s'apercevra que le contrôle démocratique de cette juridicisation est en retard de plusieurs années ou décennies et qu'il ne se développe pas, ou très lentement seulement, dans certains domaines. Plus la juridicisation transnationale progressera, plus ce retard grandira. Seule l'Union européenne connaît une dynamique de démocratisation du champ transnational, voire supranational, qui soit suffisamment forte pour faire front aux tendances d'érosion démocratique et créer les prémices d'un mouvement plus large. C'est là une raison de plus pour peser soigneusement le pour et le contre d'une introduction de la notion de bonne gouvernance dans les relations intérieures des Etats.

VI. Implications pour la Commission de Venise

41. La gouvernance n'est pas un concept juridique, mais une notion issue de l'étude des institutions en sciences économiques. Cela a été affirmé expressément à l'occasion de la discussion du rapport lors de la 76^e Session plénière. La notion de

gouvernance suppose un cadre institutionnel qui privilégie certaines formes d'organisation. Comme il ne s'agit pas d'une notion juridique, la Commission pourrait prendre le parti de déclarer qu'elle n'a pas à se saisir de ce problème, du moins pas directement. Toutefois, la notion de gouvernance peut, selon la conception qui en est développée, avoir des répercussions sur la conception des structures administratives, sur l'ampleur de l'influence qui peut être exercée à travers les processus démocratiques et, de ce fait, sur l'ordre constitutionnel des Etats. Autant de questions qui sont au cœur du domaine de compétences de la Commission.

42. On pourrait discuter de la nécessité pour la Commission de prendre position sur la notion de bonne gouvernance. Mais si elle le fait, son engagement particulier envers « la démocratie par le droit » l'obligera à évoquer les dangers liés au nivellement vers le bas des normes démocratiques qui sont inhérents à cette notion.