



## LES ÉTUDES DE LA FONDATION

---

### COMMENT RENDRE LEUR EFFICIENCE AUX NORMES JURIDIQUES

« Mieux légiférer »

**Ou les leçons des expériences communautaires**

*Marie-Laure Basilien-Gainche*

*Maître de conférences à l'UFR d'Études européennes  
de l'université Paris-III*

**Juillet 2005**

## **- Sommaire -**

<b>■ Introduction</b> .....	3
<b>I – Revitalisation des normes législatives et conception du cadre normatif</b>	
<b>L’archéologue et la mathématique du social</b> .....	8
<b>A – L’autorité des normes législatives : principes essentiels et nouvelle approche</b> .....	9
1 – <i>La détermination des principes essentiels : l’exigence de nécessité</i> .....	10
2 – <i>La déclinaison des principes essentiels : le principe de subsidiarité</i> .....	14
<b>B – L’intelligibilité des normes législatives : présentation accessible et évaluation préalable</b> .....	17
1 – <i>La simplification de l’ordre juridique : le défi de l’accessibilité</i> .....	19
2 – <i>L’évaluation de l’ordre juridique : le préalable de la proportionnalité</i> .....	22
<b>II – Dynamisation des normes opérationnelles et appropriation du cadre normatif</b>	
<b>Le philologue et la grammaire du social</b> .....	26
<b>A – La proximité des normes opérationnelles : acteurs impliqués et interventions modulées</b> .....	28
1 – <i>L’adaptation du droit aux faits : l’avantage de la flexibilité</i> .....	30
2 – <i>L’adoption du droit par les intéressés : la contrainte de la faisabilité</i> .....	33
<b>B – La qualité des normes opérationnelles : bonnes pratiques et actions coordonnées</b> .....	37
1 – <i>L’accréditation des bonnes pratiques : l’exigence d’applicabilité</i> .....	38
2 – <i>La cohérence des meilleures pratiques : le souci d’homogénéité</i> .....	42
<b>■ Conclusion</b> .....	45
<b>■ Bibliographie</b> .....	46

## ■ Introduction

« L'urgence, ce n'est pas d'ajouter des textes aux textes,  
c'est l'engagement résolu de tous les acteurs.  
Quand il s'agit de la croissance, du chômage, de la précarité,  
aucune solution ne doit être écartée par préjugé,  
aucune ne doit être découragée.  
Le seul critère est celui de l'efficacité. »

Déclaration aux Français du Président de la République Jacques Chirac, le 31 mai 2005

« Depuis Saint-Simon, du positivisme comtien et du marxisme jusqu'aux idéaux gestionnaires contemporains (ceux de la gestion des ressources humaines, notamment), court la même idée de soumission de la règle juridique à la rationalité scientifique et technique. Cette soumission s'exprime dans l'incorporation à l'ordre juridique d'un nombre toujours croissant de normes ou de concepts issus de la technologie ou des sciences économiques et sociales »<sup>1</sup>. Ces propos d'Alain Supiot trouvent à s'illustrer dans l'intitulé même de cette étude. Car l'efficience est une notion qui relève habituellement des disciplines économiques, et qui est employée ici en matière juridique. Elle renvoie aux travaux de Vilfredo Pareto sur l'équilibre ou *optimum*, selon lequel une allocation des ressources est efficiente s'il est impossible de trouver une autre allocation qui améliorerait le sort d'une personne sans pour autant dégrader le sort d'une autre ; elle renvoie par extension aux intuitions d'Adam Smith sur la main invisible, selon lequel l'équilibre obtenu par des marchés parfaitement concurrentiels est efficient quand le prix établi au coût marginal par les entreprises rejoint l'avantage marginal attendu par les consommateurs.

Or ces équilibres sont multiples dans la théorie, ce qui appelle des jugements de valeur sur l'importance de leurs utilités relatives ; or ces équilibres théoriques sont distordus dans la pratique, ce qui tient aux imperfections de la concurrence, aux effets externes, aux marchés manquants, aux priorités sociales. L'efficience n'a donc de substance qu'en relation avec la réalité d'une part, et avec l'équité d'autre part : elle doit conduire à la définition d'optimums de second rang ; elle doit aboutir à des choix entre les différents équilibres déterminés<sup>2</sup>. Par conséquent, s'inquiéter de l'efficience des normes juridiques revient à s'interroger sur l'allocation rationnelle et optimale des instruments juridiques au service des questions politiques à traiter<sup>3</sup>, tout en rappelant aux gouvernants que leur

---

<sup>1</sup> Supiot A., *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 2002, 2<sup>e</sup> édition, p. 184.

<sup>2</sup> La notion d'efficience des normes juridiques est donc à distinguer de celles d'effectivité et d'efficacité. Sur le sujet, nous renvoyons en particulier à Rouvillois F., « L'efficacité des normes : réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », Fondation pour l'innovation politique, juin 2005 (disponible sur [www.fondapol.org](http://www.fondapol.org)).

<sup>3</sup> Eriksen E., « Democratic or jurist made law? On the claim of correctness », *ARENA*, Working Paper n° 04/07, 2004, p. 4.

revient la tâche de poser en équité des jugements de valeur sur les priorités politiques à définir et sur les moyens juridiques de les aborder.

Bien plus, la question étant de savoir comment rendre leur efficacité aux normes juridiques, un présupposé existe : les normes juridiques ne sont pas efficaces. L'interrogation rebondit. Quelles sont ces exigences de l'efficacité auxquelles on demande aux normes juridiques de répondre et qu'elles ne satisfont pas ? Il semblerait que l'inquiétude face à l'inflation normative ne soit pas étrangère aux questionnements soulevés ici<sup>4</sup> : car, comme le souligne Jean Carbonnier, « cette inflation est un réel problème, ne serait-ce qu'en raison de la dévaluation des lois qui en résulte inévitablement »<sup>5</sup>. L'efficacité aurait donc tendance à être appréciée en termes quantitatifs dans une optique qualitative : il conviendrait d'avoir « moins de loi pour mieux de loi », de même qu'il faudrait « moins d'Etat pour mieux d'Etat ». Tel paraît être l'esprit de la Commission européenne, qui travaille depuis 1994 sur le programme « Mieux légiférer », dans le cadre plus général de la gouvernance européenne<sup>6</sup>.

Son objectif semble consister à réduire le volume de l'acquis communautaire afin de le rendre plus lisible aux Etats membres et à leurs ressortissants, et à restreindre les coûts induits par le volume de la réglementation en termes de traductions, publications, notifications, mises à jour. En effet, dans les années 1970, les Communautés européennes adoptaient quelque 25 directives et 600 règlements par an ; mais depuis les années 1990, la CE prend en moyenne 80 directives et 1 500 règlements par an auxquels il convient d'ajouter un bon millier d'autres textes (communications, recommandations, avis, etc.). Quelque 5 000 pages de *JOCE* (*Journal officiel des Communautés européennes*) sont ainsi produites chaque année qui viennent gonfler le volume déjà imposant des 97 000 pages *JOCE* que comporte l'acquis communautaire<sup>7</sup>. Cependant, « mieux de loi » ne saurait se limiter à « moins de loi ». Comme le soutient Alain Supiot, « les politiques de déréglementation n'ont jamais conduit à une réduction quantitative du nombre des règles. Elles ont même souvent contribué, comme ce fut le cas en France, à en augmenter le nombre... Déréglementer, ce n'est donc pas cesser de réglementer, mais c'est choisir de réglementer autrement »<sup>8</sup>.

La Commission en est bien consciente qui conçoit la simplification de la codification de l'acquis communautaire seulement comme un des outils lui permettant de « Mieux légiférer », c'est-à-dire d'améliorer l'élaboration et l'application des normes communautaires. En atteste sa communication « Gouvernance européenne – Mieux légiférer » (COM(2002) 275 final du 5 juin 2002) qui définit trois

---

<sup>4</sup> Paynot A., *L'inflation normative*, Fondation pour l'innovation politique, juillet 2005 (disponible sur [www.fondapol.org](http://www.fondapol.org)).

<sup>5</sup> Carbonnier J., *Essais sur les lois*, Paris, Defrénois, 1979, p. 271.

<sup>6</sup> Voir sur le sujet le *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, COM (2001) 428 final, 25 07 2001.

<sup>7</sup> Communication « Codification de l'acquis communautaire », COM(2001) 645 final, 21 11 2001, p. 7 ; consulter également sur ce point les deux travaux de Commission que sont la communication « Mise en œuvre de l'action cadre "Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire" (SEC(2004) 774) » (COM(2004) 432 final, 16 06 2004) et le rapport « Mieux légiférer 2004 » (COM(2005) 98 final, 21 03 2005).

<sup>8</sup> Supiot A., *op. cit.*, p. 188-189.

axes. Ceux-ci sont développés dans trois communications de la Commission qui ont donné lieu à une importante littérature concernant les modalités et les évaluations de leur mise en œuvre : « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire » (COM(2002) 278 final du 5 juin 2002) ; « L'analyse d'impact » (COM(2002) 276 du 5 juin 2002) ; et « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue » (COM(2002) 704 final du 11 décembre 2002).

Le Conseil lui aussi estime qu'il convient de se défier d'une politique de simplification du cadre législatif qui serait uniquement quantitative. Il met d'ailleurs en garde la Commission contre les effets contre-productifs d'une telle appréhension du sujet : risque de foisonnement des travaux préparatoires (communications, livres blancs, livres verts, rapports, annexes techniques) ; danger de prolifération des instruments juridiques disponibles (multiplication des outils au gré des procédures de corégulation et de coordination qui en accentuent de surcroît les disparités)<sup>9</sup>. C'est pourquoi le Conseil insiste sur le caractère nécessairement qualitatif de l'initiative. Cela apparaît clairement dans le rapport sur « Une meilleure réglementation », qui a été remis le 13 novembre 2001 par le groupe de haut niveau présidé par Dieudonné Mandelkern : programmer des mesures de simplification ne suffit pas ; il convient aussi de réaliser des analyses d'impact, de conduire des procédures de consultation, de développer des instruments alternatifs, de faciliter l'accès à la réglementation, de promouvoir la transposition par les Etats membres, de mettre en place des structures chargées de la conduite de telles initiatives. Quant au Parlement européen, il s'inscrit dans une même perspective, en particulier dans la résolution adoptée en novembre 2001 suite au rapport Kaufmann.

Une telle convergence de vues de ces trois instances communautaires a d'ailleurs donné lieu à la conclusion d'un accord interinstitutionnel, « Mieux légiférer » (2003/C 321/01 - JOCE du 31 décembre 2003). Le contenu de cet accord reprend l'ensemble des objectifs à poursuivre et des mesures à adopter pour « Mieux légiférer » : une meilleure coordination du processus législatif (articles 3 à 9) ; une plus grande transparence dans l'élaboration des textes et une amélioration de leur accessibilité (articles 10 à 11) ; une proposition de modes de choix de l'instrument juridique et de la base juridique (articles 12 à 15) ; une utilisation de modes de régulation alternatifs (articles 16 à 23) ; un encadrement des mesures d'application qui font intervenir des comités (article 24) ; une amélioration de la qualité de la législation à la faveur d'une consultation prélegislative (article 25), d'analyses d'impact (articles 26 à 30) et d'efforts sur la cohérence des textes (article 31) ; une amélioration de la transposition et de l'application des normes par les Etats membres (articles 32 à 34) ; une simplification et une réduction du volume de la législation (articles 35 et 36).

Dans son rapport « Mieux légiférer 2004 », la Commission résume au mieux l'esprit qui anime l'ensemble de ces desseins : « En respectant le principe de subsidiarité, l'Union limite son action à ce

---

<sup>9</sup> Conseil, Résolution du 13 mai 1997 sur les rapports de la Commission au Conseil européen sur l'application du principe de subsidiarité 1994 (COM(94)0533 C4-0215/95), sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, sur la simplification et la codification « Mieux légiférer » 1995 (CSE(95)0580 C4-0561/95), sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, sur la simplification et la codification « Mieux légiférer » 1996 (CSE(96)0007 C4- 0015/97), et sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (rapport d'étape) (CSE(96)0002 C4-0355/96), JOCE, C 167, 2 06 1997, points 8 et 13.

qui est nécessaire et efficace. En respectant le principe de proportionnalité, elle opte pour les modes d'intervention les plus simples possibles. Par ailleurs, les mesures relatives à la consultation des parties intéressées, à la collecte d'expertise et à l'analyse d'impact, au développement de modes d'intervention alternatifs et à l'échange des "bonnes pratiques" réglementaires contribuent à mieux définir et concevoir ce qui est nécessaire, efficace et léger. Les efforts en matière de qualité rédactionnelle, de mise à disposition des textes, de suivi de la mise en œuvre des règles et de simplification de l'acquis y contribuent aussi »<sup>10</sup>.

Cependant, au-delà de la volonté de réaliser des économies, au-delà de la nécessité de favoriser la lisibilité des normes, les instances communautaires cherchent, grâce à cette politique d'amélioration de l'environnement réglementaire, à « accroître la compétitivité, la croissance et l'emploi », à « promouvoir un développement durable et une meilleure qualité de vie aux citoyens européens »<sup>11</sup>. Car le contexte actuel se caractérise par une complexité croissante des problèmes à traiter, une diversité irréductible des Etats membres quant à leurs priorités et leurs capacités, une compétence réduite de l'UE en certaines matières, une nécessité de conforter la légitimité des processus de prise de décision, une pression exercée par la subsidiarité territoriale et fonctionnelle<sup>12</sup>. En d'autres termes, les normes ne se justifient plus par elles-mêmes, par leur contenu, mais par leur efficience, par les implications de leur contenu. Il leur est désormais demandé de se légitimer non seulement par leurs *inputs* – leur auteur et son autorité –, mais encore par leurs *outputs* – leurs effets et leur capacité à atteindre les objectifs fixés.

Un problème, et non des moindres, est alors celui de la définition desdits objectifs, et celui de la possibilité de reconnaître une validité, voire une efficacité, à une norme quand bien même elle ne répond aux objectifs énoncés<sup>13</sup>. Une autre difficulté se fait jour : celle de l'appréciation des effets de la norme (dans le droit et hors le droit). Or elle ne peut se résoudre sans une détermination préalable des critères d'appréhension de la norme. Plus la norme est abstraite et générale – nous dirons ici *législative* –, plus ses effets seront à observer dans le droit. Plus la norme est concrète et particulière – nous dirons ici *opérationnelle* –, plus ses effets pourront être enregistrés hors le droit. Bien entendu, il peut être attribué de façon indirecte à la norme législative les effets hors le droit qu'auront générés les normes opérationnelles adoptées sur sa base<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Commission, Rapport « Mieux légiférer 2004 », COM(2005) 98 final, 21 03 2005, *op. cit.*, p. 2.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Scott J. et Trubek D.M., « Mind the gap: law and new approaches to governance in the European Union », *European Law Journal*, vol 8, n°1, march 2002, p. 6-8.

<sup>13</sup> Sur ces deux problématiques, voir Rouvillois F., *op. cit.*

<sup>14</sup> Bast J., « On the grammar of EU law : legal instruments », *The Jean Monnet Program, Working Paper n°9/03*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 73 p. La distinction employée dans cette note pour son pouvoir structurant et explicatif correspond dans une certaine mesure à la différenciation théorisée par Alain Supiot entre la loi et la norme, entre le légal et le normal, dans la lignée des travaux de Georges Canguilhem : « Le légal est entendu ici dans son sens le plus large : est légal ce qui est conforme au système juridique. Et le normal est entendu sous le sens équivoque que souligne Canguilhem : le terme désigne dans son emploi scientifique ou technique à la fois un fait et une valeur attribuée à ce fait, un constat et un impératif... Cette terminologie pourra être critiquée au motif que les notions de loi et de norme sont souvent tenues pour équivalentes. Mais c'est précisément cette équivalence qui fait problème. » - Supiot A., *op. cit.*, p 186.

Concernant les normes législatives, l'approche est linéaire, verticale : il s'agit de normes dont on peut déduire par un syllogisme juridique un nombre illimité de décisions ou de jugements semblables avec de faibles variations. Le modèle est celui, taylorien, de l'usine, qui permet de produire un nombre infini de pièces similaires à partir d'un moule pouvant subir de temps à autres des modifications. La cohérence d'ensemble s'inscrit dans le cadre pyramidal de la hiérarchie kelsénienne des normes ; elle s'appuie sur les principes de rationalité et de conformité. Le domaine est celui de la législation, des fondements juridiques, des principes de l'action politique. Pour que les normes retrouvent en ce cas leur efficience, le législateur doit être archéologue. Il a pour mission non seulement de redécouvrir les textes qui, au fil des ans, se sont sédimentés, embourbés, endormis, mais encore de recouvrir les principes qui président à l'adoption des normes législatives, qui motivent l'adoption d'un texte abstrait et général. L'archéologie du droit suppose alors de mêler arithmétique (déterminer les principes définissant les normes législatives) et géométrie (déceler les principes énoncés par les normes législatives). Le droit est alors mathématique du social **(I)**.

Quant aux normes opérationnelles, elles appellent une force cybernétique, horizontale : ce sont des normes dont on peut espérer une adéquation aux situations singulières et contingentes, grâce à la marge d'appréciation laissée aux personnes morales ou physiques, publiques ou privées directement intéressées par elle. Le modèle est celui, systémique, du réseau, qui assure l'adaptation du droit aux changements observés dans la réalité que l'on cherche à influencer et aux résultats produits sur cette réalité en termes de changements. Rationalisation et efficacité font office de règles, pour ce modèle qui exploite les techniques de l'évaluation et de l'émulation. Le champ est donc celui de la régulation, des instruments juridiques, des exercices de l'action politique. Rendre aux normes opérationnelles leur efficience demande alors de devenir philologue : il revient aux autorités publiques de construire une syntaxe des relations entre les acteurs qui concourent à l'adoption et l'application de la norme, dans une optique de mise en œuvre non seulement territoriale, mais encore fonctionnelle du principe de subsidiarité. Dès lors, le travail de philologue, la mission de régulation, peuvent être envisagés sous deux aspects distincts et cependant complémentaires : rôle de catalyseur qui encadre la flexibilité associée aux mécanismes de co-régulation ; rôle d'émulateur qui rapproche les expériences et génère des émulations à la faveur de coordinations. Le droit se fait ici grammaire du social **(II)**.

## I – Revitalisation des normes législatives et conception du cadre normatif

### *L'archéologue et la mathématique du social*

A la prolifération des textes peut répondre une pédagogie de la complexité, une promotion de la généralité. Or telle est bien la vertu du droit dans l'ordonnement du social. En effet, selon Alain Supiot, « le droit est aux sciences de la culture ce que les mathématiques sont aux sciences de la nature. A ces dernières, les mathématiques ont donné une référence à l'efficacité prodigieuse : le nombre. C'est au travers d'une quantification poussée toujours plus loin des phénomènes naturels qu'a progressé la connaissance scientifique. Le nombre permet de réduire la diversité infinie des choses qui nous constituent et nous entourent à leur caractéristique la plus simple, qui leur est cardinale, et donne aux sciences toute la puissance de l'abstraction mathématique. Les sciences sociales sont aujourd'hui dominées à leur tour par cette fascination du nombre. Mais elles perdent alors en route ce qui dans l'ordre de la culture tient la place du nombre, c'est-à-dire le sujet, et les constructions juridiques qui l'instituent. C'est en ce sens que le droit constitue la vraie mathématique des sciences sociales. Les catégories juridiques, à commencer par celle de sujet de droit, opèrent vis-à-vis des faits sociaux une abstraction du même type que les catégories mathématiques vis-à-vis des faits de la nature »<sup>15</sup>.

Dans cette perspective, le travail de restauration de l'efficacité des normes législatives doit alors consister à les redécouvrir, à les réhabiliter : en comprendre la portée générale, en discerner la validité comme fondement de l'action, en promouvoir la connaissance par tous les acteurs publics et privés. L'autorité des normes législatives s'en trouve confortée, qui vient garantir le consentement des citoyens à les respecter, et donc un accroissement, sinon de leur efficacité, du moins de leur effectivité. Réveiller les normes législatives qui font la richesse d'un patrimoine juridique : là se déploie le talent de l'archéologue. Les textes sont pour certains méconnus voire délaissés ; ils consacrent pour beaucoup des principes essentiels, voire fondamentaux. En d'autres termes, l'efficacité des normes législatives dépend elle-même de l'intervention du législateur, qui se mesure non pas au nombre des normes adoptées, mais bien davantage au nombre de normes *ranimées*.

Si l'on peut parler d'une économie du droit, c'est dans le sens d'une économisation du droit, d'une compréhension de la norme recentrée sur ces principes essentiels. L'opération de réduction du corpus normatif est en conséquence à appréhender comme une initiative de régénération de la démocratie représentative (du point de vue des acteurs) et comme une dynamique de revitalisation de la richesse juridique (du point de vue des actes). Réduction du corpus normatif qui vaut pour le passé et pour l'avenir. Comme préalable, un effort de différenciation qui suppose une concentration du

---

<sup>15</sup> Supiot A., *op. cit.*, p. 221.

législateur sur son cœur de métier : il lui revient de se focaliser sur la contrainte inconditionnelle <sup>16</sup> qui doit être circonscrite pour être rationnelle, c'est-à-dire de se réappropriier la législation, de promouvoir sa compréhension, de (res)susciter ses applications. Pour le passé, un travail de simplification qui repose sur des stratégies de codification, consolidation, refonte ; pour l'avenir, une règle d'évaluation qui suppose des analyses d'impact des textes envisagés.

Il s'agit là d'un retour aux sources, d'un retour au sens. Car, en se concentrant sur les principes essentiels qui sont l'âme de notre société, la loi recouvre sa souveraineté. Le ressort de la hiérarchie des normes se voit ainsi remonté. La redécouverte des normes législatives, le recouvrement des principes qui définissent une norme législative, ont donc deux vertus : celle de la simplicité, en rendant plus accessible l'ordonnement juridique ; celle de la solidité, en rendant plus intelligibles les fondements de l'action politique. En conséquence, la revitalisation des normes législatives suppose de retrouver la définition des principes essentiels qui constituent l'essence d'une norme législative **(A)**, et de tirer les conséquences d'une telle définition dans la présentation des normes en vigueur et dans l'élaboration des normes en préparation **(B)**. Voilà deux axes qui sont développés par les instances communautaires : elles ont travaillé, d'une part, à proposer à une nouvelle approche du cadre législatif ; elles ont élaboré, d'autre part, des stratégies de simplification de l'acquis communautaire et des outils d'évaluation *ex ante* des propositions législatives.

## **A – L'autorité des normes législatives : principes essentiels et nouvelle approche**

La méthode qui tend à prévenir toute tentation de technicisation du législateur et de technicité de la législation suppose de faire une distinction entre essentiel et accessoire, de poser une définition des principes invariants qui participent de la fixation du cadre procédural et partant substantiel au sein duquel les acteurs peuvent intervenir. Car tel est bien l'objet de la norme législative que de donner son orientation et sa signification à l'action politique, en fixant ses objectifs et ses contraintes. Et tel est bien l'objet des instances communautaires que de distinguer exigences essentielles et prescriptions techniques. Elles ont en effet développé une « nouvelle approche » du cadre normatif dans une série de textes de référence : résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (85/C 136/01, *JOCE* C 136 du 4 juin 1985), directive 98/34/CE du Parlement et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (*JOCE*, L 204 du 21 juillet 1998) modifiée par la directive 98/48/CE du Parlement et du Conseil du 20 juillet 1998 (*JOCE*, L 217 du 5 août 1998), communication de la Commission « Efficacité et légitimité en matière de normalisation européenne dans le cadre de la nouvelle approche » (COM(1998) 291 final du 13 août 1998).

---

<sup>16</sup> Cette expression est empruntée à Gurvitch qui la construit, en se départissant de la terminologie weberienne de « monopole de la violence légitime ». Gurvitch G., *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932.

Que les instances communautaires entendent-elles par « exigences essentielles obligatoires » ? Des sources de l'action qui « permettent de garantir un niveau de protection élevé du public dans des domaines tels que la santé, la sécurité, la protection des consommateurs ou la protection de l'environnement... doivent être formulées de manière à pouvoir être uniformément appliquées par les États membres... doivent permettre aux organismes d'évaluation de la conformité d'évaluer la conformité de produits par rapport aux exigences essentielles, et aux organismes de normalisation d'assurer, partiellement ou totalement, l'application de celles-ci »<sup>17</sup>. Les « spécifications techniques » se trouvent alors définies en négatif comme les déclinaisons concrètes de ses principes de l'action en vue de leur mise en œuvre pratique : elles prennent la forme de normes opérationnelles, douées de plus de souplesse pour tenir compte des particularités locales et des évolutions technologiques, susceptibles de garantir ainsi plus de tenue et de teneur aux normes législatives en préservant leur généralité et leur pérennité, leur autorité.

Dès lors, il semble que la promotion de l'efficacité des normes législatives suppose de réduire le nombre de textes de ce type, en confiant aux normes opérationnelles le soin d'assurer l'adaptation des principes essentiels aux contingences d'espace et de temps. C'est d'ailleurs l'idée avancée par le groupe de travail « Mieux réglementer » dans son rapport de mai 2001, qui différencie « législation primaire » et « législation secondaire » de la sorte : « l'amélioration de la réglementation invoquée passe clairement par un exercice plus fréquent par la Commission de sa faculté de proposer des règlements au lieu de directives, surtout dans les cas où le temps et/ou l'uniformité de traitement sont un enjeu important... L'efficacité du processus régulateur peut aussi être améliorée par un usage plus fréquent de la législation secondaire »<sup>18</sup>. Or une telle initiative demande de préciser ce qui est nécessaire et, partant, relève des normes législatives, et ce qui est subsidiaire et donc dépend des normes opérationnelles. La mathématique du social joue alors sur des effets mécaniques qui permettent de maintenir une valeur constante quelles que soient les perturbations exogènes qui pourraient la faire varier. Tel le balancier qui assure la régularité du mouvement de la montre grâce à l'énergie libérée par la tension du ressort, le législateur garantit la généralité du traitement de la société grâce à la dynamique offerte par la hiérarchie des normes.

## **1 – La détermination des principes essentiels : l'exigence de nécessité**

L'accord existe sur la nécessité d'opérer une distinction entre normes législatives et normes opérationnelles. Comme le rappelle Alain Supiot, il remonte à la différenciation aristotélicienne entre droit et économie<sup>19</sup> : le droit concerne les rapports entre les citoyens libres de la Cité qui sont égaux ;

---

<sup>17</sup> Commission, Communication « Améliorer l'application des directives "nouvelle approche" », COM(2003) 240 final, 7 05 2003, p. 6.

<sup>18</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – chantier n°2 « Mieux maîtriser le processus de production et de mise en œuvre de la réglementation communautaire » - Rapport du groupe de travail « Mieux réglementer » groupe 2c, Pilote A. Pantelouri et S.M. Binns, Rapporteur C. Cotter et M.T. Fabregas, mai 2001, p. 14.

<sup>19</sup> Dans la suite de ce paragraphe, nous reprenons les idées développées par Alain Supiot au chapitre « Règles de droit et normes domestiques » de son ouvrage, *op. cit.*, p.p. 213-219.

l'économie porte sur les rapports entre les maîtres de la maison et leurs domestiques qui leur sont subordonnés<sup>20</sup>. L'opposition a par la suite été repensée : elle devient distinction entre juridiction et gouvernement chez Weber dans *Sociologie du droit*, entre droit et discipline chez Foucault dans *Surveiller et punir*, entre règles de juste conduite et règles d'organisation chez Hayek dans *Règles et ordre*, entre normes juridiques et normes techniques chez Pasukanis dans *La Théorie générale du droit et le marxisme*<sup>21</sup>. Alain Supiot résume cela dans une différenciation entre le légal et le normal : « normalité et légalité se présentent ainsi comme deux types de références qui tout à la fois s'opposent et se combinent dans un même ordre social »<sup>22</sup>. Le ressort de cette distinction tient à leur position respective à l'égard du principe d'égalité : « sur la pente de l'égalité formelle, le droit privilégie la généralité, l'abstraction et la pérennité de la règle de droit sur la variété des situations de fait » ; « sur la pente de l'égalité concrète, il privilégie au contraire l'adaptation des règles à la diversité et à la mobilité des situations sociales »<sup>23</sup>. C'est pourquoi en « définissant des limites, la légalité définit par là même les espaces où peut se déployer la normalité »<sup>24</sup>. La question se pose alors pour Alain Supiot de savoir où se situe la limite entre normalité et légalité.

L'auteur rejoint ici les propos de Jean Carbonnier selon lequel il convient de se demander quelle est la part de ce qui « doit être réglé par le droit, et de ce qui doit être abandonné à la régulation sociale, c'est-à-dire à d'autres formes de normativité »<sup>25</sup>. Autrement dit, il s'agit de s'interroger sur la frontière qui sépare d'un point de vue substantiel les normes législatives et les normes opérationnelles, sur la définition à donner de l'une et de l'autre. Les travaux d'Alain Supiot nous offrent des critères de différenciation qui paraissent des plus intéressants. La légalité, la norme législative, « vise à rendre le monde des faits conforme à un monde idéal ; à rendre le monde tel qu'il est conforme à un monde tel qu'il devrait être » ; c'est ainsi qu'elle présente un caractère « général et abstrait (la diversité des faits doit pouvoir lui être subsumée), permanent et obligatoire (elle échappe aux critères de vérité) »<sup>26</sup>. Par conséquent, sa légitimité découle des valeurs que les gouvernants poursuivent et à l'aune desquels ils apprécient les faits. Son autorité résulte d'une part de son adéquation à la réalité sociale qu'elle prétend régir, d'autre part de son intégration à l'ordre juridique qu'elle espère nourrir. Et son efficacité procède d'un contrôle *a posteriori* de la conformité des comportements aux règles générales qu'elle énonce. La normalité, la norme opérationnelle, est alors à appréhender en contrepoint de la légalité, de la norme législative<sup>27</sup>.

Alors que la légalité est la mise en forme de l'impératif humain auquel il est jugé nécessaire de subordonner la rationalité technique, la normalité est la mise en forme impérative de cette rationalité

<sup>20</sup> Nous renvoyons à la lecture des *Politiques* (livre I) et de l'*Ethique à Nicomaque* (tome 2), ainsi qu'à leur étude réalisée par Michel Villey, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, tome 1, 3<sup>e</sup> édition, 1982.

<sup>21</sup> Les références des ouvrages cités sont les suivantes : Weber M., *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1986 ; Foucault M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1971 ; Hayek F., *Règles et ordre*, Paris, PUF, 1983 ; Pasukanis E.B., *La Théorie générale du droit et le marxisme*, Paris, EDI, 1924.

<sup>22</sup> Supiot A., *op. cit.*, p. 215.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 223.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>25</sup> Carbonnier J., *op. cit.*, p. 271.

<sup>26</sup> Supiot A., *op. cit.*, p. 236.

<sup>27</sup> Sur cette opposition, nous renvoyons en particulier à Canguilhem G., *Le normal et le pathologique*, PUF, Paris, 1975, 3<sup>e</sup> édition ; de même qu'à Verdier J.-M. et Langlois Ph., « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *Recueil Dalloz*, 1972, chronique 258.

technique<sup>28</sup>. C'est bien pourquoi, selon Alain Supiot, les normes opérationnelles « ne demandent pas à être observées, mais à être vécues »<sup>29</sup>. En découle toute une série de conséquences, qui permettent de les caractériser plus précisément. Particulières et concrètes, elles doivent répondre à la diversité des faits, et donc s'adapter à la variété des situations ; contingentes et facultatives, elles doivent savoir évoluer à la faveur des progrès technologiques, et donc admettre leur obsolescence quasi programmée. Leur légitimité ne vient pas de valeurs qu'elles défendraient ; elle provient des finalités précises qu'elles cherchent à atteindre. Les normes opérationnelles sont instrumentales. Leur autorité ne fait sens ni d'un point de vue juridique ni d'un point de vue social ; leur flexibilité ne s'intègre pas à la logique formelle qui veut la cohérence du système, l'uniformité de la règle, l'homogénéité du droit. Les normes opérationnelles sont différenciées les unes des autres, voire contraires les unes aux autres. Leur efficacité ne s'apprécie pas *a posteriori* eu égard à l'absence d'infractions constatées, de conduites prohibées ; elle se dessine *a priori* au gré de mécanismes d'autorisations. Les normes opérationnelles modèlent les comportements.

Une fois esquissée la distinction entre normes législatives et normes opérationnelles, une fois ébauchée la frontière entre exigences essentielles et contraintes techniques, il apparaît que donner de l'efficacité aux normes juridiques implique au premier chef de réduire le nombre des premières. C'est d'ailleurs l'optique prise par Commission. Selon elle, « Mieux réglementer » suppose des institutions communautaires (Commission, Conseil, Parlement européen) qu'elles se limitent dans la proposition et l'adoption de législation primaire d'une part, et qu'elles limitent la proposition et l'adoption de législation primaire aux seules exigences essentielles d'autre part. Par conséquent, est attendu des actions engagées une diminution, aussi bien en chiffres absolus que relatifs, du nombre de directives et règlements par rapport au nombre de décisions et recommandations. Toutefois, à vouloir demeurer sur le plan des principes, il peut être reproché aux instances communautaires de ne pas être assez précises. Tel est déjà le cas. C'est pourquoi, dans son rapport « Mieux légiférer 2004 » (COM(2005) 98 final du 21 mars 2005), la Commission propose de pallier le défaut de technicité des normes législatives par une présentation plus précise des motifs qui ont conduit à les adopter, afin de faciliter en particulier le contrôle du respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité ; l'idée est alors avancée de mettre à l'essai un nouveau logiciel permettant la rédaction d'exposés des motifs.

Or à la diminution du nombre des normes législatives répond l'augmentation mécanique du nombre des normes opérationnelles. Car les questions techniques demandent à être traitées, demandent que soient prises des mesures relevant de la législation secondaire. Mais, si l'effort de renforcement de l'efficacité des normes se veut lui-même efficace, il convient évidemment d'abord que l'augmentation du nombre des normes opérationnelles ne dépasse pas des proportions raisonnables, ensuite qu'elle ne provoque pas des proliférations procédurales. Il serait pour le moins fâcheux que la distinction entre principes essentiels et contraintes techniques s'avère contre-productive, parce qu'elle aurait déclenché un foisonnement de normes opérationnelles, un pullulement

---

<sup>28</sup> Supiot A., *op. cit.*, p. 237.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 238.

de nouveaux instruments juridiques, un gonflement des procédures spécifiques destinées à adopter ces derniers. Au lieu de l'efficacité espérée, seraient engendrées de la complexité et de l'opacité, seraient générées une dilution des responsabilités des acteurs et un délitement de l'autorité des actes<sup>30</sup>. C'est bien pourquoi si affirmer l'importance des normes opérationnelles revient à renoncer en quelque sorte à l'abstraction, cela ne peut pour autant mener à la déraison : la normalité ne peut en aucun cas tout dire et tout prescrire, sauf à provoquer un abondance de règles qui conduirait au mieux à une illisibilité de l'ordre juridique, au pire à un arbitraire de l'ordre politique<sup>31</sup>. Si les normes législatives doivent faire preuve de leur nécessité, si elles doivent admettre les implications de la subsidiarité, c'est bien sûr en tâchant d'encadrer l'emploi des normes opérationnelles : il revient à la légalité de limiter la normalité.

D'où l'importance des contrôles exercés pour garantir le respect par les normes opérationnelles des normes législatives. Sur ce point, la distinction ici proposée semble présenter un avantage : elle ne vient pas dépasser mais bien revitaliser la césure traditionnelle entre législatif et exécutif. Nous ne suivons donc pas Renaud Dehousse dans ses conclusions, quand il soutient que « *the classic dichotomy between legislation (assumed to deal with broad principles) and implementation (understood as the mere application of those principles) is particularly ill-suited to activities undertaken by public authorities in a risk regulation framework* »; mais nous retiendrons le corps de sa démonstration, quand il avance que « *the problems dealt with in such a framework cannot all be anticipated in the legislative phase; the precise nature of the hazards, the likelihood that they will materialize, and the kind of response they will require are often fairly uncertain. Not only will the technical nature of the likely problems require use of expert knowledge at various stages of the process but, equally importantly, implementation decisions often acquire a significant political salience* »<sup>32</sup>. Ainsi, parce qu'elles n'ont pas l'aptitude de les régler, les normes législatives doivent créer de la distance avec les incertitudes et les contingences : leur autorité tient à leur capacité à accepter de réduire le champ de leur pouvoir contraignant aux principes essentiels ; leur puissance tient à leur volonté de reconnaître leur faiblesse. Comme le souligne Jürgen Bast, « *the strength of this instrument lies in its 'built-in' weakness – a paradox for the theory of instruments but one that allows the legislator a nuanced use of powers* »<sup>33</sup>. En octroyant aux acteurs une marge d'appréciation notable dans l'élaboration et l'application des normes opérationnelles, la norme législative ouvre un espace libre aux effets non attendus, donne une amplitude nouvelle à son efficacité recherchée. La nécessité tire son énergie du champ qu'elle offre à la subsidiarité.

---

<sup>30</sup> Best E., « Alternative regulations or complementary methods? Evolving options in European governance », *Eipiascope*, n°2003/1, 2003, 8.

<sup>31</sup> Sfez L., *Critique de la communication*, Paris, Seuil, 1988, p. 369.

<sup>32</sup> Dehousse R., « Misfits: EU law and the transformation of European governance », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°2/02, 2002, p. 2.

<sup>33</sup> Bast J., *op. cit.*, p 68.

## 2 – La déclinaison des principes essentiels : le principe de subsidiarité

Le travail normatif se trouve donc divisé, sans pour autant qu'il soit toujours aisé de savoir où s'arrêtent les exigences essentielles et où commencent les considérations techniques. La différence de nature qui les distingue correspond à un simple changement de degré sur une échelle continue qui s'étend du fondamental à l'accessoire, à un simple déplacement de curseur sur une gradation politique qui dépend des jugements de valeur posés en équité. Ainsi, au niveau communautaire, il est à noter que les appréciations sur la limite entre les normes législatives et les normes opérationnelles suscitent des confrontations : en particulier, la position anglo-saxonne, qui plaide pour une conception large des considérations techniques, s'oppose à l'appréhension latine, qui soutient quant à elle une vision ample des exigences essentielles. Toujours est-il que l'existence même d'une frontière entre les normes législatives et les normes opérationnelles est communément acceptée, qui met en œuvre le principe de subsidiarité dans son versant fonctionnel. Car l'approche communautaire traditionnelle, et désormais ancienne, conduisait à l'édiction d'ensembles détaillés de règles techniques régissant la conception et la production des biens au niveau européen. Or elle avait pour inconvénients d'être lente (il fallait compter environ quatre ans pour la gestation d'un texte), lourde (le moindre texte occupait quelque 160 pages au *JOCE*), rigide (les normes adoptées étaient assez rapidement touchées d'obsolescence à raison des évolutions technologiques), et uniformisante (les spécificités des produits n'étaient plus admises, ce qui était pour le moins regrettable dans le domaine alimentaire). Cependant, l'efficacité du cadre normatif appelle au contraire de la rapidité dans l'adoption des textes, de la légèreté dans leur rédaction, de la souplesse dans leurs dispositions, et de l'adaptabilité dans leurs applications.

Promouvoir de tels objectifs était bien l'intention qui animait le Conseil dans sa résolution du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (85/C 136/01, *JOCE* du 4 juin 1985). Aux autorités publiques, en l'occurrence communautaires, la charge d'adopter les dispositions concernant l'intérêt collectif, auxquelles doivent correspondre les produits mis sur le marché. Il s'agit bien là de normes législatives : elles énoncent des obligations juridiquement sanctionnées, peuvent être modifiées par l'adoption de textes de même nature, ont une force obligatoire d'autant plus marquée qu'elles énoncent une harmonisation plus totale, ne permettant aucune dérogation – même *in melius* – sans autorisation préalable des instances communautaires. Aux acteurs associés revient la mission d'adapter ces exigences essentielles aux situations particulières, en prenant des mesures qui garantissent la production et la commercialisation de produits conformes aux exigences essentielles. Les normes sont alors opérationnelles : facultatives, elles n'empêchent pas un produit qui ne leur serait pas conforme d'être sur le marché, à partir du moment où il est démontré qu'il répond aux exigences essentielles ; souples, elles peuvent aisément être modifiées pour tenir compte du progrès technique. En outre, elles emportent deux effets juridiques notables : d'une part, la présomption de conformité aux exigences essentielles des produits qui sont fabriqués selon les règles techniques énoncées ; d'autre part, l'interdiction faite aux Etats

membres d'intervenir, par le biais de leurs organes nationaux de normalisation, dans les domaines où une norme technique communautaire est adoptée ou en voie d'adoption.

En vertu de cette nouvelle approche du cadre législatif, les normes opérationnelles n'ont plus à être adoptées par le législateur, à savoir par le Conseil et le Parlement européen (en application de la procédure innommée dite de codécision de l'article 251 TCE) sur proposition de la Commission. Elles sont prises soit par la Commission elle-même en vertu des pouvoirs d'exécution qui lui sont conférés ou qui lui délégués par le Conseil, soit par les agences indépendantes de régulation telles que le CEN (Comité européen de normalisation) ou le CENELEC (Comité européen de normalisation électrique), soit encore par les acteurs sujets de ces normes qui en deviennent les auteurs, comme les partenaires sociaux (nous nous référons ici à la procédure des articles 137 à 139 du traité CE) et surtout comme les Etats membres. Par conséquent, pour ce qui est de l'adoption des normes opérationnelles, Conseil et Parlement européen n'ont plus à intervenir qu'indirectement : d'abord, en amont, en définissant les tâches que sont chargés d'accomplir les organes exécutifs à la faveur d'habilitations ou de délégations de compétences, et les instances associées au moyen de l'activation d'une pleine participation des instances représentatives ou des administrations locales (nationales voire régionales) à l'élaboration et l'application des règles ; ensuite, en aval, en exerçant un contrôle soit politique soit juridictionnel de ces organes, instances, administrations dans l'exercice de leurs missions. Deux problèmes se font jour ici : d'une part, celui de la détermination de l'ampleur de la liberté d'appréciation qui doit être laissée aux acteurs opérationnels pour que le cadre normatif se montre le plus efficient<sup>34</sup> ; d'autre part, celui de la tentation de ces acteurs opérationnels de décider d'exigences essentielles empiétant par là même sur le champ de compétence du législateur.

De cela, la Commission en est consciente. Comme elle le souligne, « se posent les questions des « tâches essentielles » de l'exécutif, celle du contrôle de ces tâches par le législateur, celle enfin de la pleine participation des organes administratifs, nationaux ou locaux, sur le terrain dans l'application finale des règles européennes »<sup>35</sup>. Il s'agit donc de clarifier avant tout les responsabilités exécutives qui sont confiées notamment aux comités de gestion et de réglementation. Autrement dit, au niveau communautaire, le « Mieux légiférer » passe en particulier par la résolution du problème posé par la « comitologie ». L'interprétation de l'article 202 TCE est à l'origine de tensions entre la Commission et le Conseil qui, loin de s'atténuer, se sont aggravées suite à la décision du Conseil 1999/468/CE ; c'est pourquoi la Commission, soutenue par le Parlement, a proposé une modification de ce texte<sup>36</sup>. Car l'enjeu est de taille : l'autonomie de la Commission dans l'exercice des pouvoirs d'exécution qui lui sont délégués par le Conseil, et qui la mènent à prendre des décisions majeures pour la définition des harmonisations techniques et l'allocation des ressources structurelles. Or ce

<sup>34</sup> Des calculs économétriques ont été réalisés sur un tel sujet, qui sont notamment relatés par Shavell (Steven), « Optimal discretion in the application of rules », *Harvard Law School*, Discussion Paper n°509, 2005.

<sup>35</sup> Commission, Communication « Gouvernance européenne – Mieux légiférer », COM(2002) 275 final, 5 06 2002, p. 4.

<sup>36</sup> Commission, Proposition de décision du Conseil modifiant la décision 1999/468/CE fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, COM(2002) 719 final, 2002/0298 (CNS), 11 12 2002.

sont plus de 200 comités permanents qui interviennent pour le compte du Conseil pour contrôler l'exercice que la Commission fait des pouvoirs d'exécution qui lui sont délégués, allant jusqu'à évoquer certaines questions. Il s'agit là d'un travers qui n'est pas sans affecter l'efficacité du dispositif normatif de la CE : la pléthore de comités engendre des nébuleuses et suscite des concurrences ; leur fonctionnement complexifie les procédures et opacifie les responsabilités<sup>37</sup>. Bien plus, un déséquilibre institutionnel en découle, qui profite au Conseil, partant aux exécutifs des Etats membres, au détriment des structures législatives<sup>38</sup>. Premièrement, reconnaître à la Commission la détention des pouvoirs d'exécution ; deuxièmement, réduire le nombre de comités, aligner leurs procédures internes, leur attribuer des pouvoirs simplement consultatifs : telles sont les idées avancées par la Commission pour améliorer l'efficacité du dispositif, qui ont été avalisées par le Conseil et le Parlement<sup>39</sup>.

En ce qui concerne les agences de régulation, si la nouvelle approche communautaire admet leur importance dans l'élaboration et l'adoption de normes opérationnelles, elle refuse de leur accorder des pouvoirs de décision dans les domaines dans lesquels elles auraient à arbitrer entre des intérêts publics concurrents, à réaliser des évaluations économiques complexes, ou encore à disposer d'une discrétion politique. Cette position, qui découle en bonne partie de la jurisprudence *Meroni* de 1958<sup>40</sup>, exprime le souci de préserver la Commission de toute dégradation de son autorité, à raison de l'affirmation de structures parallèles et concurrentes. D'aucuns contestent pourtant cette volonté de dénier tout pouvoir décisionnaire aux organes de régulation : l'efficacité de l'ordre normatif commanderait au contraire de leur octroyer de telles prérogatives, à la condition expresse de les soumettre à des règles drastiques de transparence et de participation<sup>41</sup>. Règles que la Commission reprend dans son *Livre blanc sur la gouvernance européenne* (COM(2001) 428 final du 25 juillet 2001) et dans sa communication sur « L'encadrement des agences européennes de régulation » (COM(2002) 718 final du 11 décembre 2002). Les agences, qu'elles soient d'information, d'implémentation, ou de management, doivent disposer d'une direction où l'UE et les Etats sont représentés, de compétences dont le champ est précisément circonscrit, d'un fonctionnement qui

<sup>37</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – chantier n°2 « Légiférer à bon escient » - Rapport du groupe de travail « Evaluation et transparence » groupe 2b, Pilote H. Schmitt Von Sydow, Rapporteur H. Summa, mai 2001.

<sup>38</sup> A ce problème induit par le mode de fonctionnement actuel de la comitologie, Joseph Weiler en ajoute deux autres qui en découlent : « *the principal pathologies of comitology, on this reading, are not to be found in a distortion of power as between, say, Commission to Council and Member States. The pathologies are, instead, to be found in the twin risks of, first, a hugely consequential regulation taking place at a level of public input and accountability which are not commensurate with the importance of such regulation; and, secondly, in a regulatory process which allocates privileges by unequal and hence unfair access.* » - Weiler J.H.H., « European democracy and its critics: polity and system », in Weiler J.H.H., *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 278 ; voir également sur la question, Dehousse R., *op. cit.*, p 21.

<sup>39</sup> L'accord sur le premier de ces points se manifeste à l'article 25 du traité établissant une constitution pour l'Europe, en vertu duquel « La Commission européenne [...] exerce des fonctions de coordination, d'exécution et de gestion dans les conditions fixées par la Constitution » ; en outre, l'article 24 de l'accord interinstitutionnel 2003/C 321/01 paru au *JOCE* du 31 décembre 2003 traduit une volonté des trois instances communautaires de parvenir à un compromis sur le second point.

<sup>40</sup> CJCE, 13 06 1958, *Meroni c/ Haute Autorité*, 9/56, Rec. 1958, vol. IV, 9.

<sup>41</sup> Scott J. et Trubek D.M., *op. cit.*; Majone G., « The new European agencies regulation by information », *Journal of European Public Policy*, n°4, 1997, p.p. 262-275 et « Les questions des agences », *Les débats de la gouvernance*, 14 05 2002; Kelemen, « The European independent agencies and regulation in the EU », *Center for European Public Studies*, Working Document n° 12, 1997.

repose sur des rouages clairs. Pour que les normes opérationnelles qu'elles adoptent puissent être efficacement contrôlées, afin que leurs interventions puissent être efficaces.

Or comités ou agences tendent à impliquer les Etats membres dans l'élaboration des normes opérationnelles, contribuant à soutenir la subsidiarité fonctionnelle par une subsidiarité territoriale<sup>42</sup>. En effet, les Etats sont amenés à jouer un rôle capital dans la mise en œuvre du droit communautaire, et ce d'une façon d'autant plus marquée que le traité de Maastricht à l'article 5 du traité CE a consacré le principe de la subsidiarité<sup>43</sup>. C'est donc à juste titre que la Commission, dans le plan d'action « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire » (COM(2002) 278 final du 5 juin 2002), s'inquiète du jeu des dispositifs nationaux de transposition sur l'efficacité des textes communautaires. Dans leur travail d'incorporation des règles européennes dans leur droit interne, la Commission incite les Etats à fixer la densité normative estimée comme adéquate et raisonnable, à développer une qualité rédactionnelle par l'élaboration de dispositions claires et précises, à effectuer des analyses d'impact préalables à l'édiction des normes de transposition, à procéder à la consultation des acteurs intéressés, à mettre au point des indicateurs sinon comparables du moins compatibles de la qualité réglementaire pour permettre l'identification des bonnes pratiques<sup>44</sup>. Il ne s'agit pas ici de s'attarder sur la variabilité du degré de mise en œuvre de ces recommandations par les différents Etats membres ; il s'agit ici de remarquer que les instances communautaires imposent non seulement à leurs services, mais également à ceux des Etats membres, des objectifs d'intelligibilité en vue de conforter l'efficacité des normes juridiques de l'Union.

## **B – L'intelligibilité des normes législatives : présentation accessible et évaluation préalable**

A la faveur de la différenciation entre les exigences essentielles et les considérations techniques, les normes législatives recouvrent leur principe, leur essence : la souveraineté. Elles admettent d'une part de se plier au contrôle de leur compatibilité avec les textes fondamentaux ; elles affirment d'autre part leur autorité à se soumettre les normes opérationnelles. C'est donc le ressort de la hiérarchie des normes qui se trouve ainsi remonté. Certes, l'ordonnancement apparaît minimal ; néanmoins, il semble suffisant en ce qu'il touche à l'essentiel. La valeur et la portée des normes législatives sont avancées et assurées, ce qui concourt sans nul doute à l'efficacité du cadre normatif

---

<sup>42</sup> Teague P., « EU social policy: institutional design matters », *Queen's Papers on europeanization*, n° 1/2000, 2000.

<sup>43</sup> Röben (Volker), « Constitutionalism of inverse hierarchy: the case of the European Union », *Harvard Law School, Jean Monnet Working Paper*, n° 8/03, 2003.

<sup>44</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance européenne – Travaux préparatoires – Rapport sur l'application droit communautaire par les États membres et sur le contrôle de celle-ci par la Commission, contenant des recommandations en vue de les améliorer du point de vue de la gouvernance démocratique européenne*, 25 07 2001 ; *Livre blanc sur la gouvernance européenne – Travaux préparatoires – Recommandations visant l'amélioration de l'application du droit communautaire par les Etats membres et de son contrôle par la Commission, Document de travail des services de la Commission, septembre 2001* ; Communication « Amélioration du contrôle de l'application du droit communautaire », COM(2002)725 final/3, 13 12 2002 ; Rapport « Mieux légiférer 2004 », SEC(2005)364, COM(2005) 98 final, 21 03 2005.

d'ensemble. Doté du pouvoir de qualifier les faits, d'interpréter les textes et de sanctionner les irrégularités, le juge est là qui garantit l'applicabilité, l'invocabilité, l'efficacité des normes législatives. L'appréhension du droit comme la mathématique du social évolue alors. L'image n'est plus celle, mécanique, du balancier de la montre ; l'image est ici celle, organique, du mobile de la physiologie. Les organismes vivants ont en effet la capacité de contrôler leurs propres réactions face à leur environnement, ont la capacité de maintenir leurs constantes physiques à l'intérieur de certaines limites afin de garantir leur survie.

Et les normes législatives ont elles aussi à assurer leur pérennité, leur efficacité, face à des perturbations exogènes. Celles-ci ne découlent pas seulement du *hiatus* manifeste qui existe entre théorie et pratique, entre loi et réalité ; elles résultent encore de l'emploi que font d'elles les individus dans leur gestion de cette pratique et de cette réalité. Autrement dit, la mauvaise connaissance et la mauvaise compréhension des normes par les sujets du droit doivent être reconnues comme des sources non négligeables de dérèglements du système juridique. Car, ainsi que le souligne Antoine Jeammaud, les normes ne font rien par elles mêmes : elles ont besoin, pour être vivantes, pour être efficaces, de se voir mobilisées par les acteurs, si possible correctement<sup>45</sup>. Un effort en matière d'intelligibilité des normes législatives est par conséquent indispensable et préalable à tout travail de valorisation des normes opérationnelles. Une telle idée sous-tend l'initiative conjointe qu'ont présentée en janvier 2004 les Etats membres exerçant la présidence de l'Union en 2004 et 2005, à savoir l'Irlande, les Pays-Bas, le Luxembourg et le Royaume-Uni, et sa dernière actualisation qu'ont soutenue en décembre 2004 la Finlande et l'Autriche qui auront à assurer la présidence de l'Union en 2006. Deux objectifs doivent être poursuivis : la simplification de l'ordre juridique existant qui porte sur l'acquis communautaire et donc sur le passé normatif, et l'évaluation de l'intérêt d'adopter des textes à cet ordre qui joue sur les propositions de textes législatifs, et partant sur l'avenir normatif. Déjà, un programme planifié de réduction du volume global de la législation est établi ; déjà, une analyse d'impact est réalisée avant l'adoption de modifications substantielles de toute directive<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Jeammaud A., « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz*, 1990, chroniques p.p. 199-210 ; « Évaluer le droit », *Recueil Dalloz*, 1992, chroniques, p. 263-268 ; « Les règles juridiques et l'action », *Recueil Dalloz*, 1993, chroniques, p.p. 207-212 ; *La régulation. Droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1993 ; « Des concepts en jeu », in Martin G., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ (Coll. Droit et Société), 1998, p.p. 47-72.

<sup>46</sup> Commission, Communication « Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire », COM(2003) 71 final, 11 02 2003 ; Document de travail des services de la commission - Annexe technique à la communication de la Commission sur la mise à jour et la simplification de l'acquis communautaire COM(2003)71, SEC (2003) 165, 12 02 2003 ; Rapport « Mise en œuvre de l'action cadre « Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire » SEC(2003) 1085 », COM(2003) 623, 24 10 2003 ; Technical annex to the Commission Communication « First report on the implementation of the framework action "Updating and simplifying the Community acquis" COM(2003)623 final », SEC(2003) 1085, 24 10 2003 ; Communication « Mise en œuvre de l'action cadre "Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire" (SEC(2004) 774) », COM(2004) 432 final, 16 06 2004 ; Rapport « Mieux légiférer 2004 », COM(2005) 98 final, 21 03 2005.

## 1 – La simplification de l'ordre juridique : le défi de l'accessibilité

Dans sa communication présentée au Conseil européen de Laeken<sup>47</sup>, la Commission, reprenant les conclusions de mai 2001 du groupe de travail « Mieux réglementer »<sup>48</sup>, propose de lancer un programme ambitieux de révision et réduction de la législation communautaire adoptée avant 2000. Or un tel projet demande d'une part de déterminer quel est l'acquis communautaire à simplifier, et d'autre part quelles sont les mesures à prendre pour le simplifier. A la première de ces deux questions répond la consolidation des normes législatives. Cette méthode, purement déclaratoire, consiste en une opération, menée par la seule Commission, de clarification des textes en vigueur dans un domaine : sont réunis dans un seul texte les éléments épars de réglementation portant sur une matière, sans pour autant viser à l'exhaustivité d'un travail de recherche et de comparaison de toutes les dispositions affectant effectivement le sujet. Elle a l'avantage d'être peu coûteuse en temps et en financements. Mais elle présente l'inconvénient de son avantage : la consolidation, parce qu'elle se veut économe, se révèle officieuse et incomplète. En effet, l'acte qui en résulte n'offre pas une présentation aboutie de la législation en vigueur sur une question, ne produit pas les effets juridiques induits par le suivi de la procédure législative. Quand bien même un texte consolidé peut être publié au *Journal officiel*, il ne peut l'être que dans la série C, sans visas et sans considérants. En conséquence, la consolidation apparaît non comme une réelle solution de simplification de l'acquis communautaire *a minima*, mais comme une simple phase préparatoire de mise en œuvre d'outils plus ambitieux.

Le premier procédé envisageable est alors celui de la codification, qui avait déjà fait l'objet d'un accord interinstitutionnel le 20 décembre 1994. Il correspond à l'adoption d'un acte juridique nouveau qui incorpore dans un seul texte la norme de base accompagnée de toutes ses modifications ultérieures sans en corriger la substance, qui remplace et abroge la norme initiale considérée, et qui se trouve publié au *Journal officiel* (série L). La codification est alors verticale. Elle peut aussi être horizontale : le nouvel acte juridique intègre en un seul texte plusieurs normes de base concernant une même matière, de même que toutes leurs modifications respectives. Selon les termes de l'accord conclu en 1994, une méthode de travail accélérée avait été élaborée. La proposition de codification officielle des textes législatifs est soumise par la Commission au Parlement européen et au Conseil, qui l'étudient suivant des mécanismes écourtés : au Parlement, le texte fait l'objet d'un examen par une seule commission sans que soit présenté un rapport pour son approbation ; au Conseil, un groupe de travail unique applique la procédure rapide qui est applicable au Coreper pour les points I/A, c'est-à-dire aux points de nature technique. Ainsi, tout en respectant le processus législatif de la CE, une simplification peut être réalisée à l'acquis communautaire constant. Quant à la refonte, elle se produit à l'occasion d'une modification qui est apportée à un texte de base, et se traduit par l'adoption d'un acte juridique nouveau qui abroge et remplace une norme initiale à la faveur de ses mutations.

---

<sup>47</sup> Commission, Communication « Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire », COM(2003) 71 final, 11 02 2003.

<sup>48</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – chantier n°2 « Mieux maîtriser le processus de production et de mise en œuvre de la réglementation communautaire » - Rapport du groupe de travail « Mieux réglementer » groupe 2c, Pilote A. Pantelouri et S.M. Binns, Rapporteur C. Cotter et M.T. Fabregas, mai 2001.

Là encore, l'acte pris doit être publié au *Journal officiel* à la série L. Aussi la refonte emporte-t-elle des transformations de fond ; aussi réalise-t-elle une simplification à acquis communautaire évolutif. L'amendement avec mise à jour simultanée se rapproche en cela de la refonte : le nouvel acte juridique adopté modifie une norme législative antérieure, en indiquant en annexe le texte de la norme considérée. Cependant, cette technique est moins noble : la norme mise à jour, si elle remplace l'acte de base amendé, ne l'abroge pas. Par conséquent, la connaissance des règles est facilitée, mais le volume des législations n'est pas réduit. Toutefois, l'intérêt du dispositif demeure quand il s'agit d'adapter constamment des mesures aux évolutions technologiques, quand il s'agit donc de travailler sur les normes non pas législatives mais opérationnelles.

Par conséquent, les procédés de simplification de l'ordre juridique se rapportent à des activités de réécriture du patrimoine normatif, allant du remodelage formel jusqu'au réaménagement substantiel. Et dans un tel éventail, les instances communautaires semblent avoir choisi de poursuivre l'effort de codification entamé en 1994 par un projet de refonte de l'acquis communautaire, comme l'indique l'article 35 de l'accord interinstitutionnel du 31 décembre 2003 consacré à « la simplification et la réduction du volume de la législation » : « Afin de faciliter l'application et d'améliorer la lisibilité de la législation communautaire, les trois institutions conviennent d'engager, d'une part, une mise à jour et une réduction de son volume et, d'autre part, une importante simplification de la législation existante. Elles se fondent à cette fin sur le programme pluriannuel de la Commission. La mise à jour et la réduction du volume de la législation s'effectuent notamment à travers l'abrogation des actes qui ne sont plus appliqués et la codification ou la refonte des autres actes. La simplification législative vise à améliorer et adapter la législation en modifiant ou en remplaçant les actes et les dispositions trop lourds et trop complexes aux fins de leur application. Cette action s'effectue *via* la refonte des actes existants ou *via* des propositions législatives nouvelles, tout en préservant le contenu des politiques communautaires. Dans ce cadre, la Commission sélectionne les domaines du droit actuel susceptibles d'être simplifiés, sur la base de critères définis après consultation de l'autorité législative ».

Dans une telle perspective, l'œuvre de simplification de l'acquis communautaire implique que soit automatiquement conduite une réflexion sur la nécessité et la possibilité de réduire le volume normatif, dès lors que des révisions de la législation existante sont programmées<sup>49</sup>. C'est pourquoi la Commission établit une liste de tous les projets de textes qui figurent dans le programme de travail de l'année des institutions et qui peuvent fournir une occasion de simplification<sup>50</sup>. La planification semestrielle adopte une présentation thématique qui reprend les domaines estimés prioritaires par la Commission. Ainsi, produits industriels, agriculture et PAC, santé et sécurité alimentaire, fiscalité et douanes, emploi et affaires sociales, drogues, concurrence, environnement, droit des contrats, sont

---

<sup>49</sup> *Ibid.*, p.p. 22-23.

<sup>50</sup> Voir à titre d'illustration la « liste des projets ayant des conséquences en matière de simplification », qui figure à l'annexe 2 de la communication de la Commission « Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire », COM(2003) 71 final, 11 02 2003, p.p. 26-30.

les domaines concernés les premiers par les opérations de simplification. Matières importantes au niveau communautaire, dont la réglementation rencontre des problèmes de mise en application et demande des modifications à raison de l'évolution des questions afférentes. Et pour que ce travail aboutisse à la construction d'un corpus juridique non seulement plus léger, mais encore plus lisible, est prévu un réexamen de l'organisation et de la présentation de l'acquis communautaire : en d'autres termes, il s'agit de mettre à jour le répertoire de la base de données CELEX, accessible gratuitement par le portail électronique Eur-lex. L'objectif est ici de garantir un accès rapide et simple à des références juridiques utiles et fiables, à savoir aux traités CE et UE, aux accords internationaux liant l'Union européenne, à la législation communautaire en vigueur (dont les textes consolidés), aux travaux préparatoires, aux questions parlementaires, à la jurisprudence et aux recueils de jurisprudence, à toutes les sections du *Journal officiel des Communautés européennes*.

Si le rapport sur la gouvernance européenne 2003-2004 du 22 septembre 2004 (SEC(2004) 1153) et le rapport « Mieux légiférer 2004 » du 21 mars 2005 (COM(2005) 98 final) remarquent une nette amélioration de l'accessibilité aux documents de l'Union grâce à l'ouverture du nouveau portail Eur-lex, leur appréciation est plus nuancée, pour ne pas dire négative, sur l'état d'avancement des initiatives de simplification de l'acquis communautaire<sup>51</sup>. Car, dans sa communication « Codification de l'acquis communautaire » (COM(2001) 645 final du 21 novembre 2001), la Commission avait estimé qu'il était possible de réduire le corpus normatif en vigueur de 30 000 à 35 000 pages du *JOCE* à l'horizon 2005, sachant que l'abrogation de la législation obsolète correspondait à elle seule à la suppression de plus de 1 000 pages du *JOCE*. Elle s'était alors fixé pour objectif de réduire de 25 % (soit de 22 500 pages de *JOCE*) le volume législatif avant la fin de son mandat en 2004. L'ensemble des quelque 14 500 actes contraignants de droit dérivé à portée générale occuperait non plus 97 000 pages, mais seulement 70 000 pages du *JOCE*. Or, comme la Commission l'admet elle-même dans sa communication « Mise en œuvre de l'action cadre "Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire" (SEC(2004) 774) » (COM(2004) 432 final du 16 juin 2004), elle a été incapable de tenir de tels objectifs en termes de masse et de temps. Car la tâche est ardue et coûteuse. Faute donc de parvenir à des résultats rapides et probants dans la réduction de la sédimentation juridique, il est important de prévenir le phénomène d'accumulation des normes au fil du temps. L'idée est alors simple : que soit limité le nombre de textes proposés par la Commission au Conseil et au Parlement, que ne soient pas adoptées les normes législatives qui ne sont pas nécessaires. Or ne sont pas utiles à prendre les actes dont l'impact n'apparaîtrait pas suffisant et efficient lors des évaluations préalables.

---

<sup>51</sup> Voir aussi le Rapport « Mise en œuvre de l'action cadre "Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire" SEC(2003) 1085 », COM(2003) 623, 24 10 2003 ; et la Technical annex to the Commission Communication « First report on the implementation of the framework action "Updating and simplifying the Community acquis" COM(2003)623 final », SEC(2003) 1085, 24 10 2003.

## 2 – L'évaluation de l'ordre juridique : le préalable de la proportionnalité

Des analyses d'impact sont désormais réalisées pour les initiatives majeures de la Commission ; 21 ont été clôturées en 2003, et 29 en 2004. Si leur nombre augmente, leur qualité aussi, si l'on en croit le rapport « Mieux légiférer 2004 » de la Commission (COM(2005) 98 final du 21 mars 2005), et ce en dépit de la grande difficulté qu'il y a à les effectuer à raison de la présence de 25 Etats membres. La méthodologie utilisée par les services de la Commission serait donc pour le moins efficace. Or bâtir un mode d'évaluation préalable d'une norme législative ne paraît pas très aisé au premier abord. Car prévoir la conséquence potentielle d'un acte juridique dans le droit et hors du droit, apprécier le coût de l'adoption et de l'application de ce texte en particulier en temps et en argent, estimer l'intérêt de traiter un problème politique par l'édition d'une norme législative, déterminer le type d'instrument juridique le plus adapté à l'atteinte du but fixé, est difficile. Car un souci d'exhaustivité dans l'analyse des implications d'un texte peut aussi conduire à une dépense excessive et à une paralysie législative. La méthodologie doit donc être pratique et praticable : l'analyse d'impact, qui doit permettre de savoir si une norme sera bien efficace et efficiente, doit elle-même répondre à des exigences d'efficacité et d'efficience. Le principe de proportionnalité, qu'elle a en charge d'apprécier concernant l'adoption de la législation, a ainsi vocation à lui être appliqué.

Plusieurs méthodes existent, qui visent à évaluer *a priori* les avantages et inconvénients d'une règle juridique éventuelle : certaines sont partielles, d'autres globales ; certaines sont quantitatives, d'autres qualitatives. Toujours est-il qu'un problème important se pose ici : celui de la définition des coûts et des avantages dans des domaines qui ne relèvent pas des critères du marché. Des techniques ont été mises au point pour valoriser et quantifier des bénéfices intangibles, tels que la vie, la santé, la sécurité, l'environnement. L'analyse économique employée par la plupart des pays membres de l'OCDE permet notamment de produire une appréciation quantitative globale des conséquences probables d'une norme envisagée, sur les sujets de droit qu'elle est destinée à toucher. L'analyse coûts-avantages (ACA) tend en effet à convertir en unités monétaires toutes les implications d'un texte éventuel, qu'elles soient positives ou négatives (économiques, sociales, culturelles, environnementales, sanitaires, scientifiques, etc.), pour les différentes composantes de la société (entreprises, consommateurs, administrations nationales et locales, pays tiers, etc.) ; l'adoption de la norme législative est alors considérée comme justifiée quand le bilan entre ses coûts et ses avantages est positif, quand le bilan présente des avantages nets<sup>52</sup>. Toutefois, le procédé s'avère long et fastidieux. C'est pourquoi sont souvent utilisées des formules simplifiées de l'analyse coûts-avantages. D'ailleurs, l'expérience internationale tend à montrer que ce ne sont pas les calculs économiques et leurs résultats techniques qui contribuent en eux-mêmes à relever la qualité des normes législatives. Ce sont les apprentissages qui résultent de la réalisation de l'analyse d'impact en matière de compréhension et de comparaison des processus décisionnels et des voies d'application qui permettent d'améliorer l'efficience des outils juridiques choisis pour la conduite des politiques. Par

---

<sup>52</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* - Rapport du groupe de travail « Evaluation et transparence », *op. cit.*, p. 13.

conséquent, l'intérêt de l'adoption d'une mesure apparaît généralement dès les premières étapes d'une analyse d'impact, quand elle porte sur des équilibres globaux, avant même qu'elle ne travaille sur des points précis.

C'est pourquoi la méthode adoptée par la Commission se déroule en deux phases : une première phase d'analyse préliminaire donne une appréciation générale du problème à traiter et des instruments à disposition, qui ouvre éventuellement sur la deuxième phase d'analyse d'impact approfondie (AIA).

L'ensemble des initiatives qui sont retenues dans le programme de travail de la Commission est soumis à une telle analyse d'impact général, dans une logique qui est celle de la stratégie européenne de développement durable. Par conséquent, si l'évaluation préalable a longtemps cherché à éviter que les textes communautaires imposent des contraintes trop lourdes aux opérateurs économiques, tel n'est plus aujourd'hui le cas : elle a élargi son approche à raison de l'extension des compétences communautaires, à raison de l'approfondissement induit par le passage des Communautés à l'Union<sup>53</sup>. L'objectif qui est alors poursuivi par les services de la Commission est de considérer la justification d'une intervention européenne, et de déterminer le bon outil juridique à utiliser : l'analyse d'impact se présente comme essentielle à l'application des principes de subsidiarité (définition du niveau approprié de l'action) et de proportionnalité (définition de l'intensité idoine de l'action). Dès lors, le législateur communautaire dispose de tous les éléments d'information qui lui permettent de sélectionner les initiatives à retenir dans la planification du travail des institutions. Cependant, une évaluation *ex ante* positive, qui conduit à l'élaboration d'une proposition de la Commission, se poursuit ensuite tout au long du processus décisionnel : doivent être analysées les implications des modifications demandées par le Conseil et des amendements déposés par le Parlement. Bien plus, une fois le texte adopté et publié, l'analyse continue : l'évaluation *ex post* commence.

Or la Commission, n'ayant ni les moyens humains ni les moyens techniques de mener de telles analyses *ex ante* et *ex post*, doit recourir à des experts. Certes, le recours à la consultation externe semble indispensable ; néanmoins, il doit être adapté à l'intérêt des normes législatives à examiner. Pour la Commission, « les services doivent s'efforcer d'utiliser efficacement des ressources limitées en mettant en balance les coûts à court terme (par exemple le temps de travail du personnel) et les avantages à plus long terme (par exemple une mise en œuvre plus facile de politiques solides). Les modalités de l'obtention et de l'utilisation d'avis d'experts doivent en conséquence être proportionnées aux tâches à réaliser, compte tenu du secteur concerné, de la question en débat et de l'étape du cycle d'élaboration de la politique »<sup>54</sup>. Il revient par conséquent aux services de la Commission de satisfaire à trois exigences quand il font appel à des consultants extérieurs : ils doivent d'abord détecter les

---

<sup>53</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* - Rapport du groupe de travail « Mieux réglementer », *op. cit.*, p. 13.

<sup>54</sup> Commission, Communication sur l'obtention et utilisation d'expertise par la Commission : principes et lignes directrices « Améliorer la base de connaissances pour de meilleures politiques », COM(2002) 713 final, 11 12 2002, p. 10.

problèmes émergents et poser les questions idoines sur leurs enjeux ; il doivent ensuite rechercher et obtenir des avis d'un niveau de qualité élevé et approprié, ce qui leur demande de savoir identifier et mobiliser les experts ; ils doivent ensuite exploiter au mieux les avis rendus par les consultants, en mettant au point des méthodes efficaces de gestion des implications de l'expertise. Ces trois exigences emportent une obligation d'ouverture : sur les sujets à analyser, sur les personnes susceptibles de les examiner, et sur les conclusions que cela conduit à tirer.

Tel est bien l'enseignement qui a été retenu de la mise en place de politiques publiques en matière de gestion des risques (que l'on songe aux problématiques soulevées notamment dans le domaine sanitaire par la pollution radioactive de Tchernobyl, par la maladie de la vache folle, ou par l'épidémie de grippe aviaire) : des plateformes ont été créées, qui non seulement assuraient une mise en relation des spécialistes des différents domaines concernés, mais qui organisaient également une interface entre les évaluateurs (consultants externes), les gestionnaires (acteurs opérationnels) et les autorités (instances législatives)<sup>55</sup>. Cette volonté d'ouverture est clairement affichée, avec l'idée d'un « examen par les pairs étendu ». L'évaluation, qu'elle soit *ex ante* ou *ex post*, ayant pour objectif « d'apporter des connaissances pour une prise de décision socialement solide », « suppose une idée de l'expertise englobant diverses formes de connaissances (pluralité) » ; c'est pourquoi « l'expertise doit être pluridisciplinaire et multisectorielle et comporter des apports d'experts universitaires, de porteurs d'enjeux et de la société civile » ; donc « il faut mettre en place des procédures permettant d'examiner l'expertise au-delà de la communauté traditionnelle des pairs, y compris, par exemple, l'examen minutieux par ceux qui possèdent des connaissances locales ou pratiques ou une compréhension des aspects éthiques »<sup>56</sup>. C'est dans une telle perspective que, dans le cadre du sixième programme cadre Recherche & Développement, une application *web* a été mise au point qui permet une diffusion et une utilisation à grande échelle d'avis scientifiques<sup>57</sup> : il s'agit du réseau électronique SINAPSE, *Scientific INformation for Policy Support in Europe*, dont le lancement a eu lieu en mars 2005<sup>58</sup>.

En outre, toujours dans un esprit d'ouverture, cette fois entendu comme un souci de transparence et d'information à destination de la société civile, la Commission a publié début 2005 la liste de ses groupes d'experts permanents : l'idée est de fournir aux citoyens européens et à leurs représentants (c'est-à-dire aux parlementaires) un registre qui donne les informations essentielles sur la consultation externe (présentation des groupes d'experts, des membres qui les composent, des sujets qu'ils étudient, des méthodes qu'ils emploient, des règles qu'ils envisagent). Car l'analyse d'impact appelle une consultation des parties intéressées, une appréciation de leur degré d'implication dans l'adoption et dans l'application des normes opérationnelles qui sont nécessaires à la mise en

<sup>55</sup> Les plateformes communautaires se sont créées sur le modèle des interfaces britanniques et canadiennes ; les premières ont appliqué dès 1997 des règles de transparence et de méthode qui ont définies par l'Office of Science and Technology ; les secondes ont repris les orientations développées par le rapport *Science Advice for Government Effectiveness* publié en 1999 par le Council on Science and Technology Advisors.

<sup>56</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – chantier n°1 « Elargir et enrichir le débat public sur les enjeux européens » - Rapport du groupe de travail « Démocratiser l'expertise et établir des références scientifiques européennes » groupe 1b, Pilote R. Gerold, Rapporteur A. Liberatore, mai 2001, p. ii.

<sup>57</sup> Commission, Rapport « Mieux légiférer 2004 », *op. cit.*

<sup>58</sup> Le réseau est accessible via le site <http://www.europa.eu.int/sinapse>.

œuvre des normes législatives à l'étude. En d'autres termes, l'édiction de principes essentiels, pour être efficiente, pour être éclairée, demande que les instances décisionnelles soient sensibilisées aux réalités des actions menées, aux résultats des expériences conduites sur le terrain. Est donc indispensable la connaissance des normes opérationnelles, car c'est à l'aune des effets qu'elles auront eus que seront définies les normes législatives à venir<sup>59</sup>.

---

<sup>59</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* - Rapport du groupe de travail « Evaluation et transparence », *op. cit.*, p. 24.

## II – Dynamisation des normes opérationnelles et appropriation du cadre normatif

### *Le philologue et la grammaire du social*

Si la restauration de l'efficacité des textes juridiques suppose d'abord une revitalisation des règles législatives par une reconstruction du cadre normatif, elle demande ensuite la dynamisation des actes opérationnels, c'est-à-dire l'appropriation par les acteurs associés aux autorités publiques du cadre normatif dessiné par ces dernières. Appelés qu'ils sont à contribuer à l'application des normes législatives par la mise en forme et la mise en œuvre de textes opérationnels, les intéressés participent à l'établissement d'une interactivité juridique. Les auteurs du droit se multiplient ; les actes de droit se diversifient. Car, comme le font remarquer Pearl Eliadis et Margaret Hill, devant les effets limités des stratégies politiques s'appuyant sur un instrument juridique unique, il est apparu nécessaire pour la réussite des actions publiques de développer « l'interaction de combinaisons multidimensionnelles ou d'ensembles d'outils d'intervention »<sup>60</sup>. Les représentants des différentes composantes de la société européenne se voient de la sorte accorder par les institutions communautaires un champ d'intervention normatif : ce sont surtout les Etats membres, dont les autorités publiques sont les représentants au plein sens démocratique du terme des citoyens nationaux ; ce sont encore les partenaires sociaux, dont les instances dirigeantes ne sont que représentatives (et certainement pas assez) des salariés d'une part et des employeurs d'autre part ; ce sont enfin les groupes d'intérêts économiques et civiques, dont les délégations à Bruxelles ne sont que des représentations de corps particuliers<sup>61</sup>.

Ces acteurs se trouvent associés aux autorités communautaires dans les processus décisionnels : la validité de leur intervention est reconnue ; les modalités de leur participation sont soutenues. Leur sont donc donnés les envies et les moyens de s'emparer, à tous les niveaux, de tous les espaces qui sont créés pour l'adoption et l'exécution des normes opérationnelles. Dès lors, la démocratie n'est plus seulement représentative mais également délibérative, que l'on réduit bien souvent en France à la démocratie sociale, et que l'on devrait pourtant étendre à la démocratie fonctionnelle<sup>62</sup>. Or le champ ouvert aux acteurs associés est vaste et cependant circonscrit ; le pouvoir qui leur est offert est notable et néanmoins contraint. Certes, dans la mesure où les normes opérationnelles tendant à l'application des normes législatives aux situations particulières sont déterminées par des partenaires à la faveur de consultations et de négociations, les solutions

<sup>60</sup> Eliadis P. et Hill M., « Le choix des outils d'intervention en démocratie globale », *Horizons*, vol. 6, n°1, p. 47.

<sup>61</sup> Sur ce sujet, voir entre autres Basilien-Gainche M.-L., « Le lobbying européen. Bénéfices et préjudices du fonctionnalisme dans l'optique communautaire », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°3, mai juin 2004, p.p. 755-795 ; Saurugger S., « Les groupes d'intérêt : entre démocratie associative et mécanismes de contrôle », *Raisons politiques*, mai juillet 2003, n°10, p.p. 151-170.

<sup>62</sup> En particulier, Duclos L., « L'Europe du dialogue social et l'Etat : quelles configurations stratégiques ? », *Note Thomas du Commissariat général du Plan*, 4 juin 2005. En effet, les travaux de la Commission sur le dialogue social et le dialogue civil peuvent conduire à reconsidérer la place qui est accordée aux acteurs privés dans les processus décisionnels internes, une place qui est comprise dans les termes limités de l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution de 1946, selon lequel « tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

inventées ne peuvent guère prétendre au rationnel : elles peuvent seulement tendre au raisonnable, qui n'en demeure pas moins le fruit d'une argumentation rationnelle. La concertation peut toutefois être vivifiée, étant entendu qu'elle est conditionnée, parce que soumise aux exigences essentielles énoncées dans les normes législatives dont les contenus sont fondamentaux et dont la valeur est supérieure. Les principes dans leur généralité demeurent, sans être altérés : leurs modalités d'application sont simplement ajustées aux circonstances. Les initiatives dans leurs spécificités s'affirment, sans être figées : les fondements de l'action sont seulement déclinés au regard des situations.

Dès lors, l'économie du droit est à appréhender comme un économat du droit, une gestion du cadre normatif utilisé concurremment par les partenaires associés. Il s'agit en effet pour les autorités publiques d'identifier les acteurs capables de construire un consensus positif et de les inciter à participer à la consultation et à la concertation, de définir les axes de la négociation et de déterminer les conditions d'approbation de ses résultats, de suivre l'évolution des travaux menés par les intéressés et d'apprécier les effets de la mise en œuvre de leurs accords, de susciter une émulation entre les partenaires et d'accréditer les pratiques les meilleures par eux mises au point. L'approche est celle de la régulation, telle que rattachée à la notion de gouvernance. Car, si l'on se réfère à Philipp Schmitter, cette dernière se définit comme « *method / mechanism for dealing with a broad range of problems / conflicts in which actors regularly arrive at mutually satisfactory and binding decisions by negotiating and deliberating with each other and co-operating in the implementation of these decisions* », se caractérise par des « *horizontal forms of interaction between actors who have conflicting objectives, but who are sufficiently independent of each other so that neither can impose a solution on the other, and yet sufficiently interdependent so that both would lose if no solution were found* »<sup>63</sup>. Puisque la régulation suppose une multiplicité d'acteurs intervenant sur un même plan horizontal, les relations qu'ils entretiennent doivent être conçues sur un mode distinct de l'ordonnement hiérarchique ; les actes qu'ils prennent doivent être compris sur un mode différent de l'exécution subordonnée.

Une syntaxe des rapports entre intéressés et autorités, des rapports entre normes opérationnelles et normes législatives se révèle indispensable à l'efficacité du cadre normatif. Le législateur devient alors régulateur, et partant philologue qui énonce une grammaire du social<sup>64</sup>. Il revient en effet aux responsables politiques de fixer le rôle des acteurs associés qui contribuent à

---

<sup>63</sup> Schmitter P.C., « What is there to legitimise in the European Union... and how might this be accomplished ? », *The Jean Monnet Program*, Working Paper 06/01, 2001, p. 7 et p. 8 respectivement. Edward Best estime, quant à lui, qu'il convient de distinguer alors entre la coordination qui correspond à la mise en œuvre des règles européennes par les Etats membres sous les auspices des instances communautaires, et la corégulation qui désigne l'implication des acteurs privés dans l'application des règles européennes sous le contrôle des instances communautaires. - Best E., « Alternative regulations or complementary methods? Evolving options in European governance », *Eipascope*, n°2003/1, 2003. Les remarques avancées dans la suite de la présente étude s'intéressent à ces deux types de régulation.

<sup>64</sup> Dans la perspective qui nous occupe ici, il est intéressant de renvoyer à Georges Canguilhem qui a évoqué la similitude entre la naissance de la grammaire en France au XVII<sup>e</sup> siècle, l'institution du système métrique à la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle et la création des organismes de normalisation au début du XX<sup>e</sup> siècle.- Canguilhem G., *Le Normal et le pathologique*, op. cit., p.p. 181 et s.

fonder et à penser les différents instruments juridiques de l'action et les modalités de leurs combinaisons ; de gérer au mieux les réseaux et les sous-systèmes qui lient ces acteurs partenaires, concurrents, ou adversaires, dans le choix des outils de l'intervention publique<sup>65</sup>. Pour reprendre les conclusions de Laurent Duclos, « deux figures de l'Etat stratège devraient émerger : celle du *catalyseur* dans la métaphore chimique ; celle de *l'émulateur* dans la métaphore informatique »<sup>66</sup>. D'une part, les autorités publiques suscitent l'investissement des parties concernées dans la déclinaison des principes essentiels en fonction des situations particulières : l'efficacité des normes opérationnelles et, de manière indirecte, des normes législatives qui en sont la base, dépend de la proximité entre les faits et le droit qui entend les régir **(A)**. D'autre part, elles assurent un ajustement des solutions avancées aux contraintes de fait (efficacité) et de droit (légalité) : l'efficacité d'un acte juridique ne fait sens que si cet acte est de qualité **(B)**. Car le défi à relever consiste à savoir conjuguer pertinence et cohérence.

## **A – La proximité des normes opérationnelles : acteurs impliqués et interventions modulées**

Avec la méthode ouverte de coordination qui montre des résultats certes modestes et néanmoins tangibles dans le domaine limité - mais au combien sensible - des questions sociales<sup>67</sup>, avec le dialogue social qu'il est aujourd'hui envisagé de poursuivre par un dialogue civil, l'Union européenne admet l'existence de matières pour lesquelles « la seule action législative au niveau communautaire ne serait pas envisageable »<sup>68</sup>. En d'autres termes, l'utilité est reconnue de recourir à des instruments juridiques secondaires, de faire participer de manière directe les instances représentatives de la société civile dans le processus législatif secondaire voire primaire<sup>69</sup>. C'est pourquoi l'accord interinstitutionnel du 31 décembre 2003 soutient en son article 16 l'emploi d'outils normatifs alternatifs<sup>70</sup>, au premier rang desquels se trouve la régulation. Elle est présentée à l'article 18 de l'accord comme « le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la

<sup>65</sup> Eliadis P. et Hill M., *op. cit.*, p. 48.

<sup>66</sup> Duclos L., *op. cit.*, p. 3.

<sup>67</sup> Sur ce point, nous renvoyons en particulier à Goetschy J. et Pochet Ph., « Regards croisés sur la stratégie européenne de l'emploi », in Magnette P. et Remacle E. (éds.), *Le Nouveau modèle européen, tome 2 : les politiques internes et externes*, Institut d'études européennes, Bruxelles, 2000, p.p. 79-97 ; Raveaud G., « La stratégie européenne pour l'emploi : une première évaluation », in Euzébi Ch. et alii (éds.), *Mondialisation et régulation sociale*, Paris, L'Harmattan, 2003, p.p. 159-173 ; Mias A., « Le syndical saisi par le politique. L'institutionnalisation du dialogue social européen par le protocole social de Maastricht », UMR 8533 CNRS, mars 2003 ; Pochet Ph., « La stratégie européenne pour l'emploi : une étape dans la construction sociale de l'Europe », in Beaud O. et alii (éds.), *L'Europe en voie de constitution, pour un bilan critique des travaux de la convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.p. 575-588.

<sup>68</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance – chantier n°4 « Cohérence et coopération dans une Europe en réseau » - Rapport du groupe de travail « Expertiser les processus de coordination des politiques nationales »* groupe 4a, Pilote D. Coyne, Rapporteur F. Pierini, juin 2001, p. 27.

<sup>69</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance – Rapport du groupe de travail « Mieux réglementer »*, *op. cit.*, p. 7.

<sup>70</sup> « Les trois institutions rappellent que la Communauté ne légifère que dans la mesure nécessaire, conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Elles reconnaissent l'utilité de recourir, dans les cas appropriés, lorsque le traité CE n'impose pas spécifiquement le recours à un instrument juridique, à des mécanismes de régulation alternatifs. »

réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations) », comme le mécanisme qui « peut être utilisé sur la base de critères définis dans l'acte législatif pour assurer l'adaptation de la législation aux problèmes et aux secteurs concernés, alléger le travail législatif en se concentrant sur les aspects essentiels, et profiter de l'expérience des parties concernées ».

Parce que les normes législatives laissent pour l'application des principes essentiels aux Etats membres une liberté d'appréciation et de flexibilisation, aux acteurs privés une marge d'adaptation et de modulation, leur pouvoir contraignant semble réduit. Parce qu'elles confient partiellement le soin de fixer les règles à ceux qui sont appelés à les observer, leur force obligatoire paraît faible. C'est ainsi que l'on parle pour les désigner de *soft law*<sup>71</sup>. Contrairement à la *hard law*, la *soft law* est une norme dont la légitimité est à rechercher non pas dans une autorité ultime détenue par une instance unique, mais dans une interactivité dispersée selon des mécanismes fluides de partage de pouvoirs ; une norme dont la validité est à apprécier non pas dans un cadre hiérarchique qui est garanti par un système juridictionnel complet contrôlant les responsabilités formelles, mais dans un plan horizontal qui est régulé par une dynamique d'émulation faisant jouer les imputabilités concrètes<sup>72</sup>. Par conséquent, lorsque les autorités publiques veulent rendre leur efficience aux normes juridiques en exploitant les énergies nouvelles que produit la régulation, leur rôle s'en trouve modifié. « Dans cette configuration stratégique, il revient à l'Etat d'être un catalyseur, c'est-à-dire un corps spécial, capable d'accélérer une réaction, de participer aux étapes intermédiaires d'un processus, en étant régénéré à la fin dans sa fonction d'autorité »<sup>73</sup>.

Le régulateur doit en effet inciter les intéressés à s'impliquer dans la définition et l'application des normes opérationnelles. L'enjeu est de concourir à l'ouverture d'espaces publics de délibération et à leur investissement par les acteurs privés, dans le but d'une appropriation de la règle législative par sa compréhension et sa déclinaison. Or la participation des *stake-holders* n'est pas aisée à obtenir<sup>74</sup>. Elle dépend des résultats donnés par les analyses d'impact que les intéressés réalisent concernant leur investissement dans les processus décisionnels. Les autorités publiques ont à leur assurer les avantages de leur intervention, à garantir la pertinence et la cohérence de leur action. A elles donc la charge de promouvoir la mise en forme et la mise en œuvre par les parties intéressées de normes opérationnelles adaptées et adoptées : des textes que les acteurs reconnaissent parce qu'ils sont en adéquation avec les problèmes auxquels ils sont confrontés ; des textes dans lesquels les acteurs se reconnaissent parce qu'ils sont le fruit de leur travail d'invention et d'attention. Par là

---

<sup>71</sup> Alain Supiot considère que cette technique de renvoi aux normes permet d'établir un parallèle entre la nouvelle approche communautaire, d'une part, et le droit interne français, d'autre part. En effet, celui-ci a suivi le mouvement général qui tend à promouvoir la conclusion d'accords d'entreprises, et d'adoption de normes unilatérales. – Supiot A., *op. cit.*, p. 233.

<sup>72</sup> Scott J. et Trubek D.M., *op. cit.*, p. 8.

<sup>73</sup> Duclos L., *op. cit.*, p. 3.

<sup>74</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – Rapport du groupe de travail « Expertiser les processus de coordination des politiques nationales », *op. cit.*, p. 27.

même, si l'on veut profiter des bénéfices de la régulation, encore faut-il donner aux acteurs les moyens et l'envie de participer au travail normatif.

## 1 – L'adaptation du droit aux faits : l'avantage de la flexibilité

Pour la Commission, « une consultation saine et opportune constitue la solution appropriée, même sous l'angle coûts-avantages », car « bien qu'une bonne consultation exige un investissement considérable en temps et en moyens, elle devrait faciliter le processus législatif et l'application des règles »<sup>75</sup>. Car cette consultation a vocation à impliquer les Etats membres<sup>76</sup> et la société civile<sup>77</sup> dans l'élaboration et l'application des normes opérationnelles, en vue d'une mise en œuvre des normes législatives efficiente, car adaptée aux circonstances de temps (évolutions technologiques) et de lieux (particularités locales ou sectorielles). Les avantages que présente une telle flexibilité sont présentés ainsi par Carol Harlow : « *Generally, the flexibility of soft law is useful. If unsuccessful it can easily be withdrawn. The regulator also gains discretion in implementation. Soft law can be negotiated and can thus be used as a basis for harmonisation, especially in areas where the Commission shares administrative responsibility with a Member State (e.g., with structural funds, regional grants or the Common Agricultural Policy). Guidelines allow administration of grants to be broadly the same in the various Member States but give sufficient flexibility to allow the scheme to be properly embedded in national bureaucracies. We must also bear in mind the problems of federal systems and remember that national administration is increasingly being downsized and its tasks downloaded. Soft law allows policies to be operated at regional level, taking account of the particular sensitivity of regions to their own culture and independence. At a later stage, negotiated rulemaking may be able to provide a bridge between informality and formality* »<sup>78</sup>.

L'association entre les principes essentiels et les déclinaisons particulières permet de prendre en considération les spécificités nationales, comme le met en évidence la CJCE (Cour de justice des Communautés européennes) dans son arrêt *Stanley and Metson* de 1999<sup>79</sup>. Pour la juridiction communautaire en effet, la directive sur les nitrates peut être appliquée par chacun des Etats membres de façon distincte, dans la mesure même où elle n'entend pas opérer une harmonisation des législations, mais seulement créer les instruments nécessaires à la lutte contre la pollution, tant et

<sup>75</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance européenne* – Rapport du groupe de travail « Consultation et participation de la société civile », *op. cit.*, p. 21.

<sup>76</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – Rapport du groupe de travail « Expertiser les processus de coordination des politiques nationales », *op. cit.* ; *Livre blanc sur la gouvernance européenne* – Rapport sur l'application droit communautaire par les Etats membres et sur le contrôle de celle-ci par la Commission, contenant des recommandations en vue de les améliorer du point de vue de la gouvernance démocratique européenne, *op. cit.* ; *Livre blanc sur la gouvernance* – Recommandations visant l'amélioration de l'application du droit communautaire par les Etats membres et de son contrôle par la Commission, *op. cit.* ; Communication « Amélioration de l'application du droit communautaire », *op. cit.*

<sup>77</sup> Commission, Communication « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue - Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées », COM(2002) 704 final, 11 12 2002.

<sup>78</sup> Harlow C., « European administrative law and the global challenge », *European University Institute, Working Paper RSC n° 98/23*, 1998.

<sup>79</sup> Affaire C-293/97 (1999), *Recueil*, I, p. 2603, § 39.

si bien qu'elle accorde aux Etats membres un pouvoir d'appréciation dans l'identification des eaux concernées par ses dispositions. Une telle autonomie normative des Etats membres en matière opérationnelle offre un champ au traitement spécifique des situations particulières qu'ils observent, notamment d'un point de vue territorial. C'est pourquoi les instances communautaires sont allées jusqu'à vouloir expérimenter des modes de régulation combinant les différents niveaux de gouvernance communautaire, national et local. L'idée est celle de la conclusion entre la Commission, un Etat membre et des collectivités régionales ou communales, de conventions tripartites destinées à terme à devenir des contrats tripartites<sup>80</sup>. Si les seconds ont des effets juridiques contraignants contrairement aux premières, leur but est similaire. Ce sont des accords fondés sur le volontariat qui se fixent de contribuer à la réalisation des objectifs de l'UE en matière de développement durable, et de permettre la modification des textes législatifs afin de simplifier leurs modalités d'application eu égard aux particularités des contextes locaux. Des projets pilotes sont ainsi envisagés avec les villes de Birmingham sur la mobilité urbaine, de Lille sur la gestion des nouvelles zones urbaines, et de Pescara sur la mobilité urbaine et la qualité de l'air ; une convention tripartite a ainsi été signée pour la première fois en 2004 par la Commission, l'Etat italien et la région de Lombardie<sup>81</sup>.

Bien plus, les singularités à prendre en compte peuvent aussi avoir une résonance sectorielle, ce qu'illustre le domaine social. De fait, les Etats membres et les partenaires sociaux qu'ils reconnaissent définissent eux-mêmes les mécanismes d'application et les modalités de sanction, qui participent de la mise en œuvre des règles communautaires. De nombreux exemples pourraient être cités. Entre autres, la directive sur le temps de travail 93/104/CE confie aux représentants des salariés et des employeurs le soin de conclure des accords collectifs pour déterminer des standards tels que la durée de travail nécessaire permettant de prétendre à un congé, et pour poser les conditions de dérogations à ces standards ; la directive 2000/78/CE sur le cadre pour un traitement égal dans le travail et l'emploi (article 13) et la directive 2000/43/CE sur l'application du principe d'égalité de traitement entre les personnes quelque soit leur origine raciale (article 11) demandent aux partenaires sociaux d'instaurer des accords, codes ou pratiques, afin que les échanges d'expériences et la sélection des méthodes conduisent à la réalisation des objectifs qu'elles énoncent ; la directive 94/95/CE sur les comités d'entreprise européens modifiée par la directive 97/74/CE n'impose par un modèle particulier de représentation des salariés au sein des compagnies transnationales, mais attend seulement de celles-ci qu'elles ouvrent des négociations avec les représentants du personnel en vue d'établir des comités d'entreprise ou des mécanismes similaires d'information et de consultation des salariés, et qu'elles prévoient des procédures de secours en cas d'échec des négociations<sup>82</sup>. La possibilité est donc donnée aux Etats membres, voire plus précisément à leurs composantes locales ou à leurs partenaires sociaux, d'infléchir les dispositions des normes

---

<sup>80</sup> Commission, Communication « Gouvernance européenne – Mieux légiférer », *op. cit.*, p. 5 ; Communication « Un cadre pour des contrats et des conventions tripartites d'objectifs entre la Communauté, les Etats et les autorités régionales et locales », COM (2002) 709 final, 11 12 2002.

<sup>81</sup> Commission, Rapport « Mieux légiférer 2004 », *op. cit.*, p. 5.

<sup>82</sup> Barnard C., « The social partners and the governance agenda », *European Law Journal*, vol. 8, n°1, mars 2002, p.p. 83 et s.

législatives communautaires, afin de leur permettre de réaliser des adaptations nécessaires ou de conduire des expérimentations innovantes.

Or, en associant de la sorte les parties intéressées (Etats membres, collectivités locales, société civile) au processus d'adoption des normes opérationnelles voire législatives (comme c'est le cas pour les partenaires sociaux en vertu des articles 137 à 139 du traité CE depuis Amsterdam), l'Europe semble reprendre les techniques élaborées par les Etats-Unis. En effet, le *Negotiated Rulemaking Act* implique les acteurs concernés dans les premiers stades de l'élaboration des règles : lorsqu'il est décidé de soumettre un sujet à la négociation, il est nommé un modérateur qui facilite la construction d'un compromis ; lorsqu'il est accepté de rédiger la norme sur la base de l'accord conclu, il est attendu que l'application du texte ne génère pas des contentieux qui entraîneraient l'administration dans les méandres juridictionnels induits par le *Administrative Procedures Act*<sup>83</sup>. Autrement dit, à l'avantage de promouvoir une adaptabilité des normes législatives aux contraintes de l'action vient s'adjoindre l'intérêt de limiter les recours et partant de réduire l'insécurité juridique. Car l'intervention du juge est toujours susceptible de reconnaître la légitimité et la validité des arguments de certaines parties, qui s'estiment lésées par les normes législatives qui leur sont imposées. Dès lors, l'efficience du cadre juridique est affectée : d'une part, les autorités publiques peuvent escompter une multiplication des contentieux ayant pour objet de présenter des griefs similaires, ce qui aboutit à une inapplicabilité des normes en cause qui excède le cas d'espèce initial ; d'autre part, elles peuvent être tentées de prendre des mesures édulcorées afin de se prémunir contre d'éventuels contentieux, ce qui conduit à une inefficacité des textes au regard des politiques publiques qui sont envisagées. Au mieux, la législation doit être réécrite ; au pire, les implications de la législation doivent être revues à la baisse.

En revanche, lorsque les parties intéressées s'investissent dans l'adoption des textes normatifs, elles s'engagent dans leur application : la responsabilité dont elles doivent faire preuve à l'égard de leurs partenaires dans la négociation les incite à exercer leur autorité sur les corps dont elles assurent la représentation. Car, la régulation enclenche un processus vertueux d'entraînement qui repose sur l'interactivité et la crédibilité : qu'il s'agisse de consultation ou de concertation, les acteurs associés partagent des expériences et construisent une confiance, dont il est espéré des changements de posture et des aménagements de position<sup>84</sup>. Mais un tel mécanisme de participation et de responsabilisation des acteurs ne peut fonctionner que si un cadre politique et juridique clair est fourni aux acteurs, que si des lignes directrices leur sont tracées tant sur le fond que sur la forme. C'est pourquoi la Commission insiste bien sur la nécessité d'indiquer des cibles générales et des objectifs opérationnels, des jalons intermédiaires et des échéances vérifiables, ainsi que des engagements à tenir compte des solutions avancées et des procédures à retenir en cas d'échec de la concertation<sup>85</sup>. Sans de telles précisions, en particulier sur les deux derniers points cités, « la corégulation

---

<sup>83</sup> Harlow C., *op. cit.*

<sup>84</sup> Teague P., *op. cit.*

<sup>85</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance – Rapport du groupe de travail « Expertiser les processus de coordination des politiques nationales »*, *op. cit.*, p. 27.

n'atteindrait pas son efficacité maximale, notamment pour la raison, tout autre que négligeable, que les parties intéressées ont besoin de se voir garantir que, sous réserve qu'elles remplissent les conditions établies, le résultat de leurs efforts sera respecté et reconnu »<sup>86</sup>. Cet esprit semble avoir animé la Commission dans l'organisation des 29 consultations qui se sont déroulées en 2004. Si leur nombre est en hausse par rapport à l'année 2003 qui en a enregistré 23, cela signale une réussite de la stratégie communautaire, qui a su utiliser des dispositifs traditionnels (comme les sommets tripartites sur l'emploi) et des mécanismes modernes (tels les consultations Internet stimulées par l'établissement d'un espace public européen électronique). Pourtant, l'augmentation des consultations suscite des inquiétudes : un risque de lassitude des parties intéressées n'est pas à négliger<sup>87</sup>. Car, pour que les processus de la régulation soient efficaces, il faut qu'ils soient faisables : que les acteurs associés à la prise de décision soient dûment identifiés comme mobilisables ; que les actes par eux élaborés soient sûrement reconnus comme acceptables.

## 2 – L'adoption du droit par les intéressés : la contrainte de la faisabilité

La détermination des acteurs à consulter dépend de leur légitimité, appréciée du point de vue des *inputs* comme du point de vue des *outputs*. En effet, les parties associées au travail d'élaboration et d'application des normes doivent offrir des garanties aux institutions communautaires, en termes de représentativité des corps au nom desquels elles sont appelées à intervenir dans la mise en forme des règles, et en termes de responsabilité pour ces corps desquels elles doivent obtenir la mise en oeuvre desdites règles. Autrement dit, la faisabilité de la consultation menée et l'efficacité des positions prises ne peuvent s'accommoder d'une conception par trop étendue des acteurs concernés et donc conviées à l'élaboration et à l'adoption des normes juridiques. C'est pourquoi, quand bien même la Commission développe dans ses différentes communications une rhétorique de la société civile portant sur tous les citoyens et non sur les seules parties intéressées, elle tend à adopter une position moins universaliste et plus fonctionnelle, lorsqu'il s'agit pour elle de lister les acteurs invités à la consultation et à la négociation<sup>88</sup>. Elle se réfère en effet aux syndicats, aux fédérations patronales, aux organisations non gouvernementales, aux associations professionnelles, aux églises confessionnelles, aux communautés de base<sup>89</sup>. Autrement dit, l'approche de la société civile par les instances communautaires, parce qu'elle est organique, se révèle restrictive. Certes, d'aucuns sont là

---

<sup>86</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – Rapport du groupe de travail « Mieux réglementer », *op. cit.*, p.p. 16-17.

<sup>87</sup> Commission, Rapport « Mieux légiférer 2004 », *op. cit.*

<sup>88</sup> Selon Paul Magnette, « *the rhetoric of "civil society" tries to convince us that these reforms concern all citizens, and not just the classic "interested parties", but, in the White Paper, there is a constant hesitation between a universalistic, and a functional, conception of participation. On the one hand, the words citizens, civil society, people, general public, etc., are frequently used, but on the other, most concrete proposals concern organised groups.* » - Magnette P., « European governance and civic participation: can the European Union be politicised? », *The Jean Monnet Program, Working Paper n°6/01, 2001*, p. 3.

<sup>89</sup> Il est à remarquer que les partis politiques ne sont pas considérés comme des organisations de représentation de la société civile, alors même qu'ils ne sont pas non plus regardés comme des organes du système institutionnel, ce qui ne manque pas de soulever le problème du rôle qui leur est effectivement octroyé au niveau de l'Union. – *Ibid.*

pour le regretter ; néanmoins, il ne leur faudrait pas oublier que la participation des intéressés a vocation à améliorer l'efficacité des normes et non à la diluer. Or ouvrir la concertation à tous les acteurs qui s'estiment concernés serait de nature à introduire dans les processus décisionnels des intervenants non fiables, à allonger la durée des négociations au point de les rendre interminables, à réduire le contenu des accords à un plus petit dénominateur commun. La mesure prise ne serait plus ni crédible, ni rapide, ni consistante. Point d'efficacité. En application des articles 137 à 139 du TCE, la Commission appelle donc à négocier uniquement les trois grandes organisations intersectorielles traditionnelles, à savoir l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe UNICE, le Centre européen des entreprises publiques CEEP, et la Confédération européenne des syndicats CES.

Pour autant, la détermination des parties invitées dans les processus décisionnels ne peut pas non plus être trop réduite. En effet, impliquer les seuls organismes fortement dotés soit conceptuellement, soit financièrement, soit institutionnellement (et bien souvent les trois à la fois), revient à générer des statuts privilégiés, revient à susciter un nouvel élitisme. Ce dernier peut apparaître comme un gage d'efficacité, puisqu'il repose essentiellement sur une légitimité par les *outputs*. Bien plus, la faiblesse de sa légitimité par les *inputs* ne semble pas pouvoir lui être opposée<sup>90</sup>. Car les citoyens qui désirent prendre une part active à l'élaboration et à l'adoption des normes opérationnelles, voire législatives, ne sont pas les plus nombreux. La plupart d'entre eux, en effet, confient à d'autres le soin de remplir une telle mission, soit en leur nom (comportement du mandant à l'égard du mandataire *via* les mécanismes de représentation), soit à leur place (comportement du *free-rider*). De surcroît, alors que les parties invitées dans la prise de décision tendent à défendre les intérêts particuliers qu'elles ont la charge de représenter, elles contribuent bien souvent à une promotion d'un intérêt plus général : il en découle une diffusion des informations, une extension des revendications, une affirmation des responsabilités qui concourent à donner de l'autorité à des mesures déjà pourvues d'efficacité. Les inconvénients d'un tel élitisme ne doivent cependant pas être négligés. Comme le met en exergue Joseph Weiler, derrière le monopole de certains acteurs sur la participation aux processus décisionnels, pointent un néo-corporatisme et un technocratisme qui se caractérisent par un déficit de transparence<sup>91</sup>. Opacité des pourparlers qui se tiennent en dehors des arènes politiques et des enceintes parlementaires, souplesse des procédures qui crée des incertitudes sur le poids respectif des diverses parties, discrétion du dispositif qui empêche tout contrôle sur les positions avancées par les participants, fermeture du processus qui prévient l'ingérence d'acteurs nouveaux : voilà qui peut se révéler contre-productif, en ce que les actes juridiques passés peuvent se voir rejetés pour défaut de légitimité bien sûr par ceux qui ne sont pas représentés, et parfois même par ceux qui le sont (mais peut-être mal).

En conséquence, l'efficacité de l'implication des parties intéressées dans la mise en forme et la mise en œuvre des normes juridiques demande de trouver un juste équilibre entre une trop grande ouverture et une trop grande fermeture. Là peut se révéler intéressante la notion de « représentativité

<sup>90</sup> Magnette P., « European governance and civic participation: can the European Union be politicised? », *op. cit.*

<sup>91</sup> Weiler J.H.H., « European democracy and its critics: polity and system », *op. cit.*, p.p. 284-285.

cumulée suffisante », qui a été formulée en 1998 par le tribunal de première instance dans sa décision UEAPME<sup>92</sup>. Le juge communautaire estime en effet que la Commission et le Conseil ont en charge de garantir la légitimité de la procédure en assurant la représentation équilibrée des parties concernées, donc de réaliser une évaluation de la représentativité collective des trois organisations intersectorielles signataires de l'accord incorporé dans la directive incriminée au regard du contenu de cette directive et partant du contenu de l'accord (qui portait en l'occurrence sur le congé parental). Or pour le TPI dans l'affaire, est satisfaite une telle obligation qui résulte pour ces instances communautaires d'une part de l'article 138 du traité CE selon lequel le Parlement européen n'intervient pas dans la procédure, d'autre part de l'article 3 §1 de l'accord sur la politique sociale selon lequel la consultation des employeurs et des salariés au niveau européen doit être encouragée par des mesures appropriées qui facilitent le dialogue en soutenant de manière équivalente chacune des parties en présence. En effet, la représentativité cumulée de l'UNICE et du CEEP semble au juge communautaire suffisante, pour que soit pris correctement en compte l'intérêt des employeurs adhérents de l'UEAPME (Union européenne des artisans et des petites entreprises). Et c'est pourquoi le TPI en conclut que cette organisation n'a pas un droit à participer aux négociations prévue à l'article 138 du traité CE. De l'identification des acteurs, on en vient alors à la définition des pouvoirs qui leur sont octroyés.

En effet, si les autorités publiques se contentent de reconnaître aux parties intéressées un droit à être invitées dans le processus décisionnel, il faut bien admettre, à la suite de Paul Magnette, que persiste la méthode classique de gouvernement : les institutions communautaires se réservent toujours la discrétion sur l'opportunité de lancer une consultation, ainsi que la décision sur l'identité des acteurs à consulter<sup>93</sup>. Une telle conception des attributions accordées aux acteurs n'incite évidemment pas ces derniers à s'investir dans la prise de décision normative<sup>94</sup>. Les coûts qu'ils auront à supporter du fait des contraintes matérielles et financières, induites par l'influence à exercer pour avoir une place dans la consultation et par la complexité de la participation à la consultation elle-

---

<sup>92</sup> Affaire T-135-96 (1998), *Recueil*, II, p. 02335, §90. Pour une analyse de cette décision, consulter Basilien-Gainche M.-L., « Quelle légitimité pour la démocratie délibérative européenne ? Questionnements à l'échelle de l'Europe », à paraître sous les auspices du Commissariat général du Plan et de l'Association française de science politique, 24 p.

<sup>93</sup> « *Nothing, in these possible reforms, seems to break with the classic methods used by the Commission, or with the philosophy which underpins it - i.e., that participation can only be initiated by the institutions, is limited to non-decision, and mainly directed towards sectoral actors.* » - Magnette P., « European governance and civic participation: can the European Union be politicised? », *op. cit.*, p. 5. L'auteur remarque bien que le *Livre blanc sur la gouvernance européenne* souligne la nécessité d'adopter un code qui définit ce qui peut être consulté sur quoi, quand et comment ; mais il pointe immédiatement le problème posé par l'absence de désignation de l'autorité en charge de l'élaboration et de l'adoption d'un tel code, ce qui ne fait que repousser l'obstacle sans permettre de le surmonter. En fait de code, il s'est agi pour la Commission d'adopter sa communication « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue - Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées » (COM(2002) 704 final, 11 12 2002) : y sont énoncés les standards minimaux que les services de la Commission doivent appliquer en matière de consultation, et y sont présentées les préoccupations qui justifient leur affirmation (rationaliser les multiples pratiques de consultation pour en garantir la faisabilité et l'efficacité, assurer la transparence de la consultation du point de vue tant des acteurs consultés que des organes consultant, afficher les résultats de la consultation et les leçons qui en sont tirées).

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 12.

même, ne pourront pas être compensés par les avantages qu'ils pourraient en attendre en termes de renforcement de leur autorité sur les corps qu'ils représentent, et en termes de reprise de leur position dans les textes qu'ils seraient amenés à travailler. Pour la rentabilité de la méthode, c'est au moins un droit à être consulté qui doit donc être posé, au bénéfice de parties suffisamment représentatives eu égard au contenu de la question à traiter. En ce cas, les autorités publiques, pour un domaine qu'elle définit, décide de retenir le pouvoir décisionnel, tout en demandant systématiquement à leurs partenaires d'émettre leurs avis sur les propositions avancées. Telle est l'attitude prise par la Commission dans sa volonté de « Mieux légiférer ». L'implication des acteurs concernés se déroule essentiellement en amont de l'adoption des normes communautaires, à la faveur des procédures de consultation, au moment de la définition des politiques et de la préparation des textes. En revanche, les institutions communautaires proposent peu de solutions pour encourager la participation des intéressés en aval de l'application desdites normes communautaires, quand il s'agit de l'évaluation de leurs effets et de l'amodiation de leurs dispositions.

C'est pourquoi un droit à être consulté peut apparaître à certains insuffisant pour donner aux acteurs l'envie de s'investir dans les processus normatifs. D'où l'idée d'octroyer aux partenaires une fonction non seulement consultative mais encore décisionnelle dans la prise de décision européenne. Ainsi en est-il des partenaires sociaux en matière sociale depuis le traité d'Amsterdam<sup>95</sup>. En vertu de l'article 138 §2 du traité CE, les organisations patronales et syndicales se voient octroyer un pouvoir consultatif : la Commission doit leur exposer son souhait de faire une proposition dans le domaine social - première consultation -, doit ensuite leur présenter ladite proposition pour obtenir leurs observations et recommandations - seconde consultation -, avant de la soumettre au Conseil et au Parlement selon la procédure de l'article 251 du traité CE. Or l'article 138 §4 vient accorder en sus aux partenaires sociaux une faculté déterminante. Lorsque la Commission les consulte avant d'émettre une proposition dans le domaine social, les organisations patronales et syndicales peuvent l'informer de leur volonté d'ouvrir des négociations, afin de parvenir à un accord sur le contenu du texte. Dès lors, elles retiennent le pouvoir d'élaborer la proposition législative pour une durée de neuf mois, qui peut être prolongée en accord avec la Commission. Si un accord est conclu, il peut être appliqué soit au niveau communautaire par une décision du Conseil, soit au niveau national par une intervention des autorités publiques et partenaires sociaux (article 139§ 2 du traité CE). Les acteurs associés se trouvent donc hissés au rang de colégislateurs ; ils se voient donc dotés des moyens d'avoir envie de mettre en forme et mettre en œuvre les normes juridiques.

Pourtant, comme de nombreux analystes l'ont mis en évidence, l'octroi d'un pouvoir décisionnel aux partenaires sociaux n'a pas emporté dans le domaine social une meilleure efficacité de

---

<sup>95</sup> Sur la question, voir Barnard C., *op. cit.*, et Basilien-Gainche M.-L., « Quelle légitimité pour la démocratie délibérative européenne ? Questionnements à l'échelle de l'Europe », *op. cit.*; et encore Checkel J.T., « Social construction and integration », *Journal of European Public Policy*, vol. 6, n°4, 1999, p.p. 545-60 ; Checkel J.T., « Bridging the rational choice / constructivist gap? Theorizing social interaction in the European institutions », *ARENA*, Working Paper 00/11, 2000; Bignami F., « Three Generations of Participation Rights in European Administrative Proceedings », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°11/03, 2001; Reale A., « Representation of interests, participatory democracy and lawmaking in the European Union: which role and which rules for the social partners? », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°15/03, 2003.

processus décisionnel et du corpus normatif. La procédure est très longue qui aboutit à l'adoption d'un faible nombre de règles d'une teneur inconsistante : seuls cinq des 300 accords conclus dans le cadre de l'article 138 ont été incorporés dans des directives par le Conseil au titre de l'article 139<sup>96</sup> ; la durée minimale a été celle de 16 mois pour la conclusion de l'accord sur le temps de travail, tandis que les négociations n'aboutissent pas sur le comité d'entreprise européen et le travail temporaire ; l'apport des textes est limité pour les citoyens des Etats européens (exception faite de la Grande-Bretagne) dont les standards sociaux sont en général bien plus élevés que les prescriptions minimales fixées par les partenaires sociaux et normativisées par le Conseil<sup>97</sup>. La recherche de l'efficacité des normes juridiques paraît alors s'accompagner d'une perte de leur qualité, alors même que la Commission estime à l'inverse que la flexibilité est un vecteur de qualité : selon elle, la régulation a pour avantage d'obtenir des parties intéressés « une expertise d'une qualité allant bien au-delà de celle à laquelle pourraient normalement accéder les pouvoirs publics », de parvenir de la sorte à la définition de politiques publiques ayant « une meilleure qualité technique et une plus grande flexibilité au niveau de leur réalisation »<sup>98</sup>. Un tel *hiatus* au plan communautaire, entre les espoirs formulés et les illusions perdues, plaide pour une dynamisation des normes opérationnelles qui porte non seulement sur la préparation en amont mais aussi sur l'évaluation en aval. Car il en va de la qualité des normes juridiques.

## **B – La qualité des normes opérationnelles : bonnes pratiques et actions coordonnées**

Mais qu'est-ce donc qu'une norme juridique de qualité ? Les instances communautaires nous fournissent, pour répondre à une telle question, quelques pistes de réflexion<sup>99</sup>. Sous forme d'un inventaire à la Prévert, sans prétention ni à la hiérarchisation ni à l'exhaustivité. D'abord, un haut niveau d'exigence, nous disent les services de la Commission : les normes européennes ne sauraient en effet se réduire à l'énoncé du plus petit dénominateur commun aux Etats membres ou aux partenaires associés, car elles se doivent d'instaurer la solution offrant la protection la meilleure pour les intérêts publics en jeu. Et l'exemple des directives sociales, prises au titre des articles 138 et 139 du traité CE, est là pour nous faire saisir l'ambition attachée à cette première condition. Ensuite, de la cohérence : pour l'efficacité du cadre normatif d'ensemble, les règles opérationnelles ont à être en harmonie non seulement avec les règles législatives sur la base desquelles elles ont été prises, mais aussi avec toutes les autres règles qui composent le corpus juridique communautaire, afin que les conflits soient évités et que les synergies soient suscitées. Or, à n'en pas douter, la flexibilité que

<sup>96</sup> Il s'agit de trois accords intersectoriels (directive 96/34/EC sur le congé parental, directive 97/81/EC sur le travail à temps partiel, directive 1999/70/EC sur le travail à durée déterminée) et de deux accords sectoriels (directive 99/63/EC sur le temps de travail des marins et directive 2000/79/EC sur les travailleurs des industries de l'aviation civile).

<sup>97</sup> Par exemple, il peut être noté que le congé parental ne s'accompagne pas du versement d'indemnités ; et que l'organisation du travail à temps partiel prévoit simplement la prise en considération par les employeurs des demandes des salariés.

<sup>98</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – Rapport du groupe de travail « Mieux réglementer », *op. cit.*, p. 10.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 5.

suppose la proximité, parce qu'elle admet des différenciations potentiellement durables dans l'application des règles, dans la définition des normes, dans la détermination des objectifs, met à mal l'uniformité juridique de l'UE. Enfin, une fiabilité des sujets de droit dans les textes du droit : il s'agit de rappeler les impératifs d'une sécurité juridique, d'une application correcte, d'un contrôle effectif, autrement dit de raviver les responsabilités des acteurs et auteurs du droit. Cependant, les espaces publics de délibération qui participent de la détermination de la norme opérationnelle sont occupés par des acteurs multiples, interviennent à tous les niveaux, traitent de questions transversales, créent des zones de circulation horizontales, donc multiplient les risques de dilution des responsabilités.

Afin que les normes juridiques puissent être audacieuses, ordonnées, établies, alors même que leurs processus d'élaboration et d'application sont variables, dispersés, incertains, il reste à réclamer aux autorités publiques de ne pas s'en tenir à un rôle de catalyseur, d'en venir à un rôle d'émulateur. Pour reprendre les propos tenus par Laurent Duclos, elles sont appelées à être davantage que des maîtres d'ouvrage, à être des maîtres d'œuvre qui orchestrent les réseaux de partenariats, qui analysent les jeux d'interdépendances, qui stimulent les économies d'échelle<sup>100</sup>. En conséquence, est nécessaire la modification du comportement des autorités publiques : savoir corriger leurs préférences politiques en particulier en termes de performances économiques et de garanties sociales, savoir amodier leurs fonctionnements institutionnels eu égard aux leçons tirées des expériences menées et des évaluations réalisées, voilà les compétences qui leur sont demandées de développer comme émulateur. D'ailleurs, d'aucuns considèrent, à l'instar de Mario Teló, que cette nouvelle compréhension du rôle des instances communautaires est de nature à renouveler les fonctions de la Commission<sup>101</sup>. A la faveur de la méthode ouverte de coordination, son rôle est conforté puisqu'elle définit les lignes directrices et organise les *peer review* ; et son action est politisée, puisqu'elle adresse des recommandations à ses partenaires, en l'occurrence les Etats membres, et en assure le suivi. Dès lors, la Commission semble à même de remplir sa mission de garante du droit communautaire, donc de son application qui suppose son applicabilité, et de sa régulation qui présume sa régularité. Car la qualité des règles opérationnelles dépend des pratiques qu'elles avalisent, de leur justesse et de leur concordance. Et là se déploie pleinement le rôle de l'émulateur qui d'une part apprécie la validité des solutions, accrédite les bonnes pratiques, et qui d'autre part assure la comptabilité des connexions, combine les meilleures pratiques.

## 1 – L'accréditation des bonnes pratiques : l'exigence d'applicabilité

Puisque les processus d'élaboration et d'adoption des normes opérationnelles sont « *multi-form, multi-dimensional and multi-level* »<sup>102</sup>, les mécanismes traditionnels de responsabilité, qu'ils soient

---

<sup>100</sup> Duclos L., *op. cit.*, p. 3.

<sup>101</sup> Teló M., « Combiner les instruments politiques en vue d'une gestion dynamique des diversités nationales », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°6/01, 2001.

<sup>102</sup> Armstrong K., « Civil society and the white paper: bridging or jumping the gaps? », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°6/01, 2001, p. 4.

juridiques (contrôle de la légalité) ou politiques (jeu des élections), paraissent inappropriés. D'autres dispositifs sont donc à inventer, qui permettent de mettre en cause tous les acteurs qui sont impliqués dans la prise de décision, et auxquels doivent être imputables les mesures ainsi adoptées. Ce sont les techniques du *benchmarking*, les méthodes d'accréditation des meilleures pratiques, qui ont alors été encouragées à l'échelle communautaire. Pour Joanne Scott et David Trubek, la méthode ouverte de coordination incarne au mieux une telle régulation par le politique, qui repose sur l'émulation<sup>103</sup>. D'une part, il revient aux autorités (instances communautaires) d'énoncer des lignes directrices, qui donnent les axes des politiques à poursuivre dans un domaine considéré. D'autre part, il est attendu des acteurs (Etats membres, partenaires sociaux, société civile) qu'ils développent activement des initiatives (expérimentation innovante), comparent les résultats obtenus (surveillance multilatérale), empruntent à leurs partenaires les méthodes ayant prouvé leur efficacité (apprentissage mutuel)<sup>104</sup>. Autrement dit, se voient ainsi renforcées la responsabilité des instances communautaires et celle des parties intéressées, alors que les recommandations ne sont assorties ni d'un caractère de contrainte ni d'un système de sanctions. La Commission a en charge d'assurer la contribution des expériences conduites à la réalisation des objectifs politiques fixés, et la coordination desdites expériences dans le but de réaliser des économies d'échelle propres à en consolider la rentabilité ; les parties intéressées ont en charge de mettre en place des outils (juridiques et matériels), à la faveur de la mobilisation des réseaux d'intervention pertinents<sup>105</sup>.

Or c'est la stratégie européenne pour l'emploi qui semble être le modèle, à partir duquel a été conçue cette méthode ouverte de coordination. A défaut d'une politique sociale communautarisée, le processus de Luxembourg (1997), qui a été conforté d'abord à Cologne (1999) puis à Lisbonne et à Feira (2000), a lancé cette meilleure option politique en second. En vue de susciter une convergence forte entre les marchés nationaux de l'emploi en dépit de leurs disparités, des stratégies sont conçues qui tendent à renforcer les connexions entre les Etats membres, dans l'élaboration et l'évaluation de leurs politiques de l'emploi. En particulier, chaque Etat membre a à rédiger un plan national pour l'emploi, qui présente les politiques qui sont menées pour avancer sur les quatre priorités déterminées au niveau européen, à savoir employabilité, entrepreneuriat, adaptabilité, égalité des chances<sup>106</sup>. Sur la base de ces plans nationaux, un partenariat d'évaluation s'installe entre instances communautaires et Etats membres, dont le rapport du groupe de travail « Evaluation et transparence » souligne bien toute l'importance<sup>107</sup>. Car, au gré de ce mécanisme, les instances communautaires instaurent un « cadrage cognitif », aménagent des « passerelles entre les systèmes », obtiennent « la définition

<sup>103</sup> Scott J. et Trubek D.M., *op. cit.*

<sup>104</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – Rapport du groupe de travail « Expertiser les processus de coordination des politiques nationales », *op. cit.*, p. 27.

<sup>105</sup> Eliadis P. et Hill M., *op. cit.*, p. 48.

<sup>106</sup> Voir sur la SEE, Teague P., *op. cit.*, et encore Goetschy J. et Pochet P., « Regards croisés sur la stratégie européenne de l'emploi », in Magnette P. et Remacle E. eds., *Le nouveau modèle européen, t.2 : les politiques internes et externes*, Institut d'Études Européennes, Bruxelles, 2000, p.p. 79-97 ; Pochet P., « La stratégie européenne pour l'emploi : une étape dans la construction sociale de l'Europe », in Beaud O. et alii eds., *L'Europe en voie de constitution, pour un bilan critique des travaux de la convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.p. 575-588.

<sup>107</sup> Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – Rapport du groupe de travail « Evaluation et transparence », *op. cit.*

d'indicateurs utiles à renseigner la convergence des objectifs et des politiques » ; et les Etats membres peuvent alors « puiser à cette "base informationnelle" les ressources politiques indispensables à l'enrôlement des acteurs sociaux dans la rénovation du modèle social »<sup>108</sup>. Pour le Commissariat général du Plan, cela pourrait même conduire « à donner une consécration juridique à la mécanique de la loi négociée » ou « à capitaliser l'expérience des différents comités constitués au sein du ministère du Travail (CDSEI pour l'interface européenne ; CSPRP pour les risques professionnels) »<sup>109</sup>.

En effet, dans le cadre matériel esquissé par les lignes directrices, les Etats sont orientés dans le choix de la méthode formelle à suivre : l'ouverture des processus décisionnels aux acteurs privés, qui est opérée au niveau européen, est appelée à se décliner au niveau national<sup>110</sup>. Les instances communautaires incitent les Etats à développer les consultations des représentants des employeurs et des salariés. Ils sont en fait invités à autoriser les dérogations aux standards communautaires, à la faveur de négociations et de discussions avec les partenaires sociaux (exemple de la directive sur le temps de travail et celle sur le travail posté) ; ils sont encore conviés à présenter les opinions de leurs partenaires sociaux, dans le rapport annuel qu'ils rendent à la Commission sur la mise en œuvre des directives sociales (exemple de la directive sur la protection des jeunes au travail)<sup>111</sup>. Or l'implication des représentants des employeurs et des salariés, dans la conduite de cette stratégie européenne pour l'emploi, vient renforcer le jeu des comparaisons et des émulations. En jouant de la comparaison, les partenaires sociaux remarquent les faibles résultats obtenus par leur Etat national par rapport à ceux enregistrés dans les pays partenaires ; ils travaillent à conforter leurs revendications, et partant à obtenir de leurs gouvernements des concessions. En misant sur l'émulation, ils assimilent les solutions innovantes mises en œuvre par les Etats les mieux notés ; ils oeuvrent à concevoir des coordinations, et partant à établir la définition de bonnes pratiques. Idéalement, un tel mécanisme engendre un cercle vertueux qui associe interaction, apprentissage, engrenage, résultat<sup>112</sup>. Idéalement, un tel mécanisme est un vecteur d'efficience.

Toutefois, évaluer les résultats de chacune des solutions expérimentées, susciter l'émulation dans la recherche des procédés les plus adaptés et les plus adaptables, accréditer les meilleures des bonnes pratiques mises en œuvre, suppose de savoir et de pouvoir apprécier, comparer, reproduire les performances enregistrées. Or, les problèmes à surmonter sont nombreux. Ils demandent d'abord de disposer de critères d'estimation des effets des politiques menées, qui soient valables pour tous les Etats membres afin d'établir des rapprochements fiables et constructifs. C'est ce que remarque Edward Best : « *best practice is always context-specific and pathdependent* », si bien que « *there is*

---

<sup>108</sup> Duclos L., *op. cit.*, p. 3.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> Commission, Rapport « Mieux légiférer 2004 », *op. cit.*

<sup>111</sup> Falkner G., « Interests groups in a multi level policy: the impact of European integration on national systems », *European University Institute, Working Paper n° 99/34*, 1999.

<sup>112</sup> Barnard C., *op. cit.*, p. 100.

*no universal set of best practices* »<sup>113</sup>. En effet, les situations nationales sont diverses dans les positions structurelles et conjoncturelles initiales, dans les réactions constatées aux mesures prises, dans les évolutions finalement enregistrées. C'est d'ailleurs pourquoi la Commission insiste sur la nécessité de mettre au point des indicateurs, si ce n'est comparables, à tout le moins compatibles, sur la qualité réglementaire au niveau des Etats et de l'Union, pour faciliter l'identification des bonnes pratiques<sup>114</sup>. De surcroît, eu égard à la complexité des questions que les autorités politiques ont à gérer, l'évaluation des performances comparées ne peut omettre ni les interactions existant entre les divers instruments utilisés au niveau national voire local, ni celles existant entre les ensembles d'instruments utilisés par les Etats partenaires. L'appréciation doit porter non pas sur l'efficacité d'un outil, mais bien sur des combinaisons d'outils en milieu ouvert. Pearl Eliadis et Margaret Hill l'observent : « en déplaçant l'accent des outils individuels vers les combinaisons d'outils, on réaffirme la nécessité de saisir le caractère interactif des outils d'intervention. Ce type de perception exige que l'on examine les outils sous les angles suivants : leurs complémentarités et leurs capacités de substitution ; les effets de la redondance ; la dynamique et les conséquences du caractère optimal ; et les impacts cumulatifs »<sup>115</sup>.

A s'intéresser aux combinaisons d'outils, l'appréciation de l'efficacité des normes juridiques en vient nécessairement à s'interroger sur les processus de sélection et d'association des outils établis dans lesdites normes. En d'autres termes, l'évaluation conduite *ex post* s'avère d'autant plus complexe que les rouages de la prise de décision sont sophistiqués, et que les sujets sur lesquels porte la décision sont dépendants d'autres questions. Car les règles dans un environnement fluide et mouvant ont à se construire en fonction d'une pluralité de cibles directes et indirectes, et ont à se mesurer au regard d'une multiplicité d'effets là encore directs et indirects. Dans une telle optique, Pearl Eliadis et Margaret Hill peuvent alors avancer : « sans doute la question *quel est le meilleur outil pour résoudre ce problème ?* N'est-elle pas la bonne question à poser... il vaut mieux poser une des questions suivantes : quelle est la combinaison d'outils qui convient le mieux pour résoudre ce problème dans ce contexte ? Comment arriver à combiner plusieurs outils ? quelles en sont les conséquences involontaires ? Pourquoi l'interaction entre certains outils est-elle inefficace ? »<sup>116</sup>. Or, si l'on ajoute à cela que les interactions entre les outils (moyens) se doublent d'interactions entre les politiques (fins), il paraît éminemment difficile pour les autorités publiques de savoir ce qu'elles veulent obtenir et comment elles veulent l'obtenir (en accord avec leurs partenaires qui représentent la société civile). Cependant, une réponse claire à ces deux questions est un préalable à l'estimation de la performance des règles, et plus encore à l'efficacité même de ces règles<sup>117</sup>. Dès lors, la correction des normes adoptées, selon la pratique du *feed back*, semble des plus ardues, alors qu'elle est

<sup>113</sup> Best E., *op. cit.*, p. 8.

<sup>114</sup> Commission, Rapport « Mieux légiférer 2004 », *op. cit.*, qui se réfère en particulier au document de travail des services de la Commission du 31 janvier 2002, intitulé *Benchmarking National RTD Policies: First Results* (SEC (2002) 129).

<sup>115</sup> Eliadis P. et Hill M., *op. cit.*, p. 47.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>117</sup> Gerstenberg O. et Sabel C., « Directly-deliberative polyarchy: an institutional ideal for Europe? », in Joerges C. et Dehousse R. eds. *Good governance in Europe's integrated market*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p.p. 289-341.

indispensable pour donner de l'efficacité au dispositif d'ensemble : elle donne envie aux parties intéressées de s'investir dans l'élaboration et l'adoption de normes opérationnelles, car elle leur garantit une prise en compte non seulement de leurs positions *ex ante* mais aussi de leurs critiques *ex post*.

## 2 – La cohérence des meilleures pratiques : le souci d'homogénéité

Les critiques, voilà ce que la Commission cherche à recueillir pour en tirer profit. Elle travaille à répertorier les difficultés rencontrées par les particuliers et les entreprises dans l'application du droit communautaire, en particulier grâce au réseau de résolution des problèmes liés au marché intérieur SOLVIT ; elle travaille à sérier les plaintes introduites par les particuliers et les entreprises contre leur Etat national pour non-respect du droit communautaire, grâce au lancement en 2005 d'un nouvel instrument Internet<sup>118</sup>. Car le problème associé à la flexibilité du droit communautaire est l'altération de la cohérence du corpus normatif de l'Union, autrement dit la détérioration de l'autorité des normes législatives sur les normes opérationnelles. Pour Neil Walker, la *soft law* repose non sur la certitude et le consensus, mais bien sur la contingence et l'ambiguïté ; pour lui, elle tend donc à mettre en péril la capacité technique de la loi de gérer des questions systémiques selon l'exigence démocratique de la responsabilité politique, et la capacité symbolique de la loi de générer par son aura souveraine un ordre juridique et une communauté politique<sup>119</sup>. D'ailleurs, la Commission en est consciente, qui cherche à limiter le recours à la méthode ouverte de coordination, au nom de la préservation de l'uniformité du droit communautaire. En effet, dans son livre blanc sur la gouvernance européenne<sup>120</sup>, elle présente la MOC seulement comme un des sept moyens à la disposition des Etats pour améliorer l'efficacité et la qualité des régulations communautaires ; de surcroît, elle envisage le dispositif négativement, en se focalisant sur les cas dans lesquels la MOC ne doit pas être employée et sur les conditions qu'elle doit satisfaire quand elle est utilisée<sup>121</sup>.

Un tel souci d'homogénéité du droit communautaire a été consacré par l'article 20 de l'accord interinstitutionnel du 31 décembre 2003 : « Dans le cadre défini par l'acte législatif de base les parties concernées par l'acte législatif peuvent conclure des accords volontaires pour en arrêter les modalités. Les projets d'accords sont transmis par la Commission à l'autorité législative. Conformément à ses responsabilités, la Commission examine la conformité de ces projets d'accords

<sup>118</sup> Commission, Rapport « Mieux légiférer 2004 », *op. cit.*

<sup>119</sup> Walker N., « Flexibility within a metaconstitutional frame: reflections on the future of legal authority in Europe », *The Jean Monnet Program, Working Paper n° 12/99*, 1999, p.p. 5-6. Sur un tel sujet, l'auteur renvoie notamment à Cotterrell R., « Some Aspects of the Communication of Constitutional Authority », in Nelken D., *Law as Communication*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p.p.129-151.

<sup>120</sup> Voir en particulier Commission, *Livre blanc sur la gouvernance – Rapport du groupe de travail « Mieux réglementer »*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>121</sup> Scott J. et Trubek D.M., *op. cit.*, p. 17. Les deux auteurs expliquent une telle position de la Commission par le fait que « *OMC processes may produce some agreement on broad objectives, but they leave each Member State to set its own policies and move at its own pace. And although the Commission plays a role in steering the system, the bottom-up and multi-level aspect of OMC, plus the important role of the Council in the system, dilute the role of the Commission* ».

avec le droit communautaire (et notamment l'acte législatif de base). L'acte législatif de base peut, notamment à la demande du Parlement européen ou du Conseil, au cas par cas et en fonction du sujet, prévoir un délai de deux mois après la notification qui leur sera faite d'un projet d'accord. Au cours de ce délai, chacune des institutions pourra, soit suggérer des modifications s'il est estimé que le projet d'accord ne répond pas aux objectifs définis par l'autorité législative, soit s'opposer à l'entrée en vigueur de celui-ci et, éventuellement, demander à la Commission de présenter une proposition d'acte législatif. » Tel est le mécanisme qui pourrait s'appliquer au dialogue social européen en amont de l'application de l'article 139 du traité CE, en vue d'assurer la validité des accords conclus par les partenaires sociaux destinés à être avalisés par le Conseil, et donc d'affirmer la supériorité des règles communautaires de droit primaire et de droit dérivé législatif sur les règles communautaires de droit dérivé opérationnel. La hiérarchie des normes est alors certes minimale et néanmoins essentielle. Dans un même esprit, le Commissariat général du Plan considère concernant les normes sociales, que la hiérarchie française traditionnelle et verticale nation/secteur/entreprise est insuffisante, qu'elle est à déployer de manière plus moderne et plus horizontale sur les axes entreprise/réseau ou territoire/ Europe.

La figure des autorités publiques comme émulateur prend dès lors une nouvelle couleur. Qu'il nous soit permis de largement reproduire ici les réflexions avancées par le Commissariat général du Plan qui le conduisent à de telles conclusions pour la norme sociale, conclusions qui valent à n'en pas douter pour toute norme juridique. « La matière que l'Etat se proposerait de travailler... ne serait pas tant le "modèle social" dans ses différentes phases, que la figure de la "norme sociale" elle-même. Plutôt que de continuer, au fil de l'eau, à rendre l'ordre public social dérogeable, au nom de la flexibilité, il choisirait, stratégiquement, de développer la compatibilité de cet ordre avec un nouveau paradigme de la régulation, qui constitue, tant au plan européen qu'au plan mondial, le nouveau *mainstream*... Cette inter-normativité dans la *hard law* peut constituer une riposte au règne de la *soft law*, qui rend le droit impuissant à venir au contact de l'action... L'image de l'Etat-émulateur est empruntée au vocabulaire informatique : il appartiendrait à l'Etat de gérer un dispositif permettant à notre système de normes sociales d'imiter le comportement de systèmes alternatifs alors même que leur architecture est réputée non compatible avec celle de notre droit. Cette stratégie porte une autre conception de l'interdépendance. Face à l'universalisation des droits économiques, elle soutiendrait l'apparition de nouvelles formes d'encastrement (*embeddedness*) de l'économie dans une série de modules et d'interfaces qui constitueraient autant de "porte parole" du social le long des réseaux technico-économiques »<sup>122</sup>. En d'autres termes, comprendre le régulateur comme un émulateur mène à regarder les normes juridiques comme des hypertextes électroniques. Or leur efficacité est estimée selon la logique d'implémentation, qui est la grammaire de l'informatique et qui renvoie étonnamment aux mathématiques. Le régulateur philologue nous ramène donc au législateur archéologue.

---

<sup>122</sup> Duclos L., *op. cit.*, p. 4.

La restauration de l'efficacité des normes juridiques dans l'optique ainsi développée passe donc par la dynamisation des normes opérationnelles et par la revitalisation des normes législatives, sans pour autant laisser la *soft law* supplanter la *hard law*. D'ailleurs, Jacques Chevallier note que l'essor de la gouvernance ne se traduit pas par l'avènement du *soft power* agissant par incitation et persuasion, en opposition au *hard power* imposé par les armes<sup>123</sup>. En effet, pour l'auteur, « la gouvernance appelle la subsidiarité, c'est-à-dire le recentrage de l'Etat autour des missions qu'il est seul à pouvoir assumer, soit parce qu'elles touchent au monopole de la contrainte (fonctions régaliennes), soit parce qu'elles assurent la protection collective contre les risques de toute nature (sécurité), soit encore parce qu'elles sont indispensables au maintien de la cohésion sociale (services publics) »<sup>124</sup>. Par conséquent, la subsidiarité, si elle introduit de la flexibilité dans un mouvement descendant, induit de l'autorité dans une dynamique ascendante. Le fondement de l'action (normes législatives), en se recentrant sur son essence, retrouve par là même sa capacité technique et symbolique à encadrer l'exercice de l'action (normes opérationnelles). Le principal de l'unité du droit se voit conservé ; le fondamental de l'égalité devant la loi se voit préservé. Le régulateur/émulateur se présente donc moins comme un pilote que comme un stratège : il supervise le jeu, amortit les tensions, règle les conflits<sup>125</sup>. Car, en prenant de la distance par rapport à la matière à travailler, les autorités publiques peuvent espérer saisir leur sujet au sens plein du terme, agir sur leur objet de la manière la plus efficace possible. Conduire des politiques efficaces, au moyen de normes juridiques qui le sont aussi.

---

<sup>123</sup> Chevallier J., « La gouvernance : un nouveau paradigme ? », *Revue française d'administration publique*, n° 105/106, 2003, p. 209.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>125</sup> Nous devons le recours au terme « stratège » en particulier à Jacques Chevallier, *op. cit.*, p. 212, mais encore et surtout au Commissariat général du Plan qui déploie toute une pensée de l'Etat stratège.

## ■ Conclusion

Au terme de cette réflexion, rendre leur efficience aux normes suppose de générer dans le domaine juridique un cercle vertueux, un engrenage constructif. Les préalables sont modestes. La première idée consiste en un retour aux normes législatives sédimentées, par leur réveil et relecture, par leur réhabilitation et codification. La seconde tient à un renvoi aux normes opérationnelles, pour la préservation du général et l'adaptation au particulier, au moyen de la concertation et de l'émulation. Les objectifs sont ambitieux : consolider les fondements juridiques de l'action politique, maîtriser les effets politiques des actes juridiques. Toutefois, la réalisation de tels objectifs ne relève pas seulement de la décision technique et de la justesse, mais encore et surtout de la volonté politique et de la justice. Car « la pratique du droit est un art, et non pas une science », ainsi que l'affirme Alain Supiot<sup>126</sup>. « Le juriste... doit tenir tous les fils de l'écheveau de normes non juridiques qui tissent le lien social, que ces normes soient ou non appuyées sur l'autorité de la science » ; et, « entre ces normes (que ce soient celles de l'économie ou de la sociologie, de la biologie ou de l'économie, de l'esthétique ou de la morale, etc.), il n'est pas en effet d'arbitrage scientifique possible mais seulement une quête toujours tâtonnante de la Justice que la règle de droit est censée exprimer »<sup>127</sup>.

Car, si la théorie du discours prétend que les procédures justes garantissent d'aboutir à des décisions correctes, elle ne résout pas la question de savoir qui garantit que les procédures sont justes. Or, la justesse et la justice des procédures et de leurs résultats, l'adjudication rationnelle des ressources juridiques eu égard aux priorités politiques, autrement dit l'efficience des normes juridiques, renvoie à des arguments substantiels, à l'équité<sup>128</sup>. La pratique du droit est donc bien un art. Et précisons avec Alain Supiot : un art du procès qui appelle la faculté de douter et celle de trancher, et un art des limites qui demande de savoir mesurer et redistribuer à l'image de l'harpédonapte, cet arpenteur égyptien qui après chaque crue du Nil venait métrer les terres arables pour les répartir. Dès lors, la restauration de l'efficience des normes juridiques ne peut être une fin, seulement un moyen. Elle ne fournit pas une téléologie, seulement une méthodologie. « Prendre des distances avec le mythe », voilà ce à quoi Jacques Chevallier invite au sujet de la gouvernance, voilà à ce à quoi nous invitons au sujet de l'efficience<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Supiot A., *opus cit.*, p. 262.

<sup>127</sup> *Ibid.*, p. 264.

<sup>128</sup> Eriksen E.O., *op. cit.*, p. 3.

<sup>129</sup> « Prendre ses distances avec le mythe... ne signifie pas que la notion soit dépourvue d'intérêt et doive être reléguée au rang des accessoires inutiles ; elle permet de prendre la mesure de l'ampleur, mais aussi des ambiguïtés et des contradictions, du mouvement de transformation que connaît l'Etat. » - Chevallier J., *op. cit.*, p. 217.

## ■ L'auteur

Maître de conférences à l'UFR d'Études européennes de l'université Paris-III, elle travaille sur les questions de légitimité et sur les états d'exception. Ses recherches portent tant sur l'Union européenne que sur l'Amérique latine.

## ■ Bibliographie

### *Documents communautaires (par ordre chronologique)*

- Conseil, Résolution du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, 85/C 136/01, JOCE C 136 du 4 juin 1985.
- Conseil, Résolution du 13 mai 1997 sur les rapports de la Commission au Conseil européen sur l'application du principe de subsidiarité 1994 (COM(94)0533 C4-0215/95), sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, sur la simplification et la codification « Mieux légiférer » 1995 (CSE(95)0580 C4-0561/95), sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, sur la simplification et la codification « Mieux légiférer » 1996 (CSE(96)0007 C4- 0015/97), et sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité (rapport d'étape) (CSE(96)0002 C4-0355/96), JOCE, C 167, 2 06 1997.
- Directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques, JOCE, L 204, 21 07 1998, modifiée par Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juillet 1998, JOCE, L 217, 5 08 1998.
- Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – chantier n°1 « Elargir et enrichir le débat public sur les enjeux européens » - Rapport du groupe de travail « Démocratiser l'expertise et établir des références scientifiques européennes » groupe 1b, Pilote R. Gerold, Rapporteur A. Liberatore, mai 2001.
- Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – chantier n°2 « Légiférer à bon escient » - Rapport du groupe de travail « Evaluation et transparence » groupe 2b, Pilote H. Schmitt Von Sydow, Rapporteur H. Summa, mai 2001.
- Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – chantier n°2 « Mieux maîtriser le processus de production et de mise en œuvre de la réglementation communautaire » - Rapport du groupe de travail « Mieux réglementer » groupe 2c, Pilote A. Pantelouri & S.M. Binns, Rapporteur C. Cotter & M.T. Fabregas, mai 2001.
- Commission, *Livre blanc sur la gouvernance* – chantier n°4 « Cohérence et coopération dans une Europe en réseau » - Rapport du groupe de travail « Expertiser les processus de coordination des politiques nationales » groupe 4a, Pilote D. Coyne, Rapporteur F. Pierini, juin 2001.
- Commission, *Livre blanc sur la gouvernance européenne* – chantier n°2 « Piloter les processus d'élaboration et de mise en œuvre des règles communautaires » - Rapport du groupe de travail « Consultation et participation de la société civile » groupe 2a, Pilote L. Pavan-Woolfe, Rapporteur M. Kröger, juin 2001.
- Commission, *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, COM (2001) 428 final, 25 07 2001.
- Commission, *Livre blanc sur la gouvernance européenne* – Travaux préparatoires – Rapport sur l'application droit communautaire par les Etats membres et sur le contrôle de celle-ci par la Commission, contenant des recommandations en vue de les améliorer du point de vue de la gouvernance démocratique européenne, 25 07 2001.
- Commission, *Livre blanc sur la gouvernance européenne* – Travaux préparatoires – Recommandations visant l'amélioration de l'application du droit communautaire par les Etats membres et de son contrôle par la Commission, Document de travail des services de la Commission, septembre 2001.
- Conseil, Rapport du groupe de haut niveau présidé par M. Mandelkern sur une meilleure réglementation, 13 11 2001.
- Commission, Communication « Codification de l'acquis communautaire », COM(2001) 645 final, 21 11 2001.
- Commission, Communication « Gouvernance européenne – Mieux légiférer », COM(2002) 275 final, 5 06 2002.
- Commission, Communication « L'analyse d'impact », COM(2002) 276, 5 06 2002.
- Commission, Communication - Action plan « Simplifying and improving the regulatory environment », COM(2002) 278 final, 5 06 2002.
- Commission, Communication « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue - Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées », COM(2002) 704 final, 11 12 2002.

- Commission, Communication « L'encadrement des agences européennes de régulation », COM(2002) 718 final, 11 12 2002.
- Commission, Communication « Un cadre pour des contrats et des conventions tripartites d'objectifs entre la Communauté, les Etats et les autorités régionales et locales », COM (2002) 709 final, 11 12 2002.
- Commission, Communication sur l'obtention et utilisation d'expertise par la Commission : principes et lignes directrices « Améliorer la base de connaissances pour de meilleures politiques », COM(2002) 713 final, 11 12 2002.
- Commission, Proposition de décision du conseil modifiant la décision 1999/468/CE fixant les modalités de l'exercice des compétences d'exécution conférées à la Commission, COM(2002) 719 final, 2002/0298 (CNS), 11 12 2002.
- Commission, Communication « Amélioration du contrôle de l'application du droit communautaire », COM(2002)725 final/3, 13 12 2002.
- Commission, Communication « Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire », COM(2003) 71 final, 11 02 2003.
- Commission, Document de travail des services de la commission - Annexe technique à la communication de la Commission sur la mise à jour et la simplification de l'acquis communautaire COM(2003)71, SEC (2003) 165, 12 02 2003.
- Commission, Communication « Améliorer l'application des directives "nouvelle approche" », COM(2003) 240 final, 7 05 2003.
- Commission, Premier rapport « Mise en œuvre de l'action cadre "Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire" SEC(2003) 1085 », COM(2003) 623, 24 10 2003.
- Commission, Technical annex to the Commission Communication « First report on the implementation of the framework action "Updating and simplifying the Community acquis" COM(2003)623 final », SEC(2003) 1085, 24 10 2003.
- Parlement européen, Conseil, et Commission, Accord interinstitutionnel « Mieux Légiférer », 2003/C 321/01, JOCE 31 12 2003.
- Commission, Communication « Mise en œuvre de l'action cadre "Mettre à jour et simplifier l'acquis communautaire" (SEC(2004) 774) », COM(2004) 432 final, 16 06 2004.
- Commission, Rapport sur la gouvernance européenne 2003-2004, SEC(2004) 1153, 22 09 2004.
- Commission, Rapport « Mieux légiférer 2004 », COM(2005) 98 final, 21 03 2005.

### **Orientations bibliographiques (par ordre alphabétique)**

- Armstrong, K., « Legal integration: theorizing the legal dimension of European integration », *Journal of Common Market Studies*, vol. 2, n°36, 1998, p. 155-174.
- Armstrong K., « Civil society and the white paper: bridging or jumping the gaps? », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°6/01, 2001.
- Barnard C., « The social partners and the governance agenda », *European Law Journal*, vol. 8, n°1, mars 2002, p. 80-101.
- Basilien-Gainche M.-L., « Le lobbying européen. Bénéfices et préjudices du fonctionnalisme dans l'optique communautaire », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, n°3, mai juin 2004, p. 755-795.
- Basilien-Gainche M.L., « Quelle légitimité pour la démocratie délibérative européenne ? Questionnements à l'échelle de l'Europe », à paraître sous les auspices du Commissariat Général au Plan et de l'Association Française de Science politique.
- Bast J., « On the grammar of EU law : legal instruments », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°9/03, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.
- Best E., « Alternative regulations or complementary methods? Evolving options in European governance », *Eipascope*, n°2003/1, 2003.
- Bignami F., « Three Generations of Participation Rights in European Administrative Proceedings », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°11/03, 2001.
- Burca de G. (ed), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Callon M., Lascoumes P. & Barthe P., *Agir dans un monde incertain : essai sur la démocratie technique*, Paris, Seuil, 2001.
- Canguilhem G., *Le normal et le pathologique*, PUF, Paris, 1975, 3<sup>e</sup> édition.

- Carbonnier J., *Essais sur le lois*, Paris, Defrénois, 1979.
- Checkel J.T., « Social construction and integration », *Journal of European Public Policy*, vol. 6, n°4, 1999, p. 545-60.
- Checkel J.T., « Bridging the rational choice / constructivist gap? Theorizing social interaction in the European institutions », *ARENA*, Working Paper 00/11, 2000.
- Chevallier J., « La gouvernance : un nouveau paradigme ? », *Revue française d'administration publique*, n°105/106, 2003, p. 203-217.
- Clam J. & Martin G. (éds.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ, 1998.
- Cotterell R., « Law's Community: legal theory and the image of legality », *Journal of Law and Society*, vol. 19, n°405 (111), 1992.
- Council for science and technology advisors, *Science Advice for Government Effectiveness*, Ottawa, Strategy Directorate Industry Canada, 5 05 1999.
- Craig P., « Democracy and rule-making within the EC: an empirical and normative assessment », *European Law Journal*, vol. 3, n°105, 1997.
- De Munck J. & Werhoeven M., *Les mutations du rapport à la norme*, Bruxelles, de Boeck, 1997.
- Dehousse R., « Misfits: EU law and the transformation of European governance », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°2/02, 2002.
- Dehousse R., « Comparing national and EC Law: the problem of the level of analysis », *American Journal of Comparative Law*, n°42, 1994, p. 761-767.
- Duclos L., « L'Europe du dialogue social et l'Etat : quelles configurations stratégiques ? », *Note Thomas du Commissariat Général au Plan*, 4 juin 2005.
- Eliadis P. & Hill M., « Le choix des outils d'intervention en démocratie globale », *Horizons*, vol. 6, n°1, p. 45-49.
- Eriksen E.O., « Democratic or technocratic governance? », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°6/01, 2001.
- Eriksen E.O., « Democratic or jurist made law? On the claim of correctness », *ARENA*, Working Paper n° 04/07, 2004.
- Falkner G., « Interests groups in a multi level policy: the impact of European integration on national systems », *European University Institute*, Working Paper n° 99/34, 1999.
- Fredman S., « Social law in the European Union: the impact of the lawmaking process », in Craig P. & Harlow C. (eds), *The European Lawmaking Process*, Dordrecht, Kluwer, 1998.
- Gerstenberg O. & Sabel C., « Directly-deliberative polyarchy: an institutional ideal for Europe? », in Joerges C. & Dehousse R. eds. *Good governance in Europe's integrated market*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 289-341.
- Goetschy J. & Pochet P., « Regards croisés sur la stratégie européenne de l'emploi », in Magnette P. & Remacle E. éds., *Le nouveau modèle européen, t.2 : les politiques internes et externes*, Institut d'Etudes Européennes, Bruxelles, 2000, p. 79-97.
- Gurvitch G., *L'idée du droit social*, Paris, Sirey, 1932.
- Harlow C., « Codification of EC administrative procedures? Fitting the foot to the shoe or the shoe to the foot », *European Law Journal*, vol. 2, n°3, 1996.
- Harlow C., « European administrative law and the global challenge », *European University Institute*, Working Paper RSC n° 98/23, 1998.
- Howlett M., « Policy instruments, policy styles, and policy implementation: national approaches to theories of instrument choice », *Policy Studies Journal*, vol. 19, n°2, printemps 1991, p. 1-21.
- Jeammaud A., « La règle de droit comme modèle », *Recueil Dalloz*, 1990, chroniques p. 199-210.
- Jeammaud A., « Évaluer le droit », *Recueil Dalloz*, 1992, chroniques, p. 263-268.
- Jeammaud A., « Les règles juridiques et l'action », *Recueil Dalloz*, 1993, chroniques, p. 207-212.
- Jeammaud A., *La régulation. Droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1993.
- Jeammaud A., « Des concepts en jeu », in Martin G., *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ (Coll. Droit et Société), 1998, p. 47-72.
- Joerges C., « Deliberative surpanationalism : two defences », *European Law Journal*, vol. 8, n°1, mars 2002, pp 133-151.
- Kelemen, « The European independent agencies and regulation in the EU », *Center for European Public Studies*, Working Document n° 12, 1997.

- Kohler-Koch B., « Changing patterns of interest intermediation in the European Union », *Government and Opposition*, n°29, printemps 1994, p. 166-180.
- Kohler-Koch B., « The Commission White Paper and the Improvement of European Governance », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°6/01, 2001.
- Lajoie A. & Macdonald R. & Janda R. & Rocher G., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 2004.
- Magnette P., « European governance and civic participation: can the European Union be politicised? », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°6/01, 2001.
- Majone G., « Décisions publiques et délibération », *Revue française de Science politique*, vol 44, n°4, août 1994, p. 579-598.
- Majone G. (ed.), *Regulating Europe*, London, Routledge, 1996.
- Majone G., « The new European agencies regulation by information », *Journal of European Public Policy*, n°4, 1997, p. 262-275.
- Majone G., « Les questions des agences », *Les débats de la gouvernance*, 14 05 2002.
- Mandelkern D., « La qualité de la réglementation », *Les débats de la gouvernance*, 4 06 2002.
- Olsen J. P., « Citizens, public administration and the search for theoretical foundations », *ARENA*, Working Paper 20/03, 2003.
- Olsen J. P., « Organising European institutions of governance: a prelude to an institutional account of political integration », *ARENA*, University of Oslo.
- Paynot A., *L'inflation normative*, Fondation pour l'innovation politique, juillet 2005.
- Pochet P., « La stratégie européenne pour l'emploi : une étape dans la construction sociale de l'Europe », in Beaud O. & alii éd., *L'Europe en voie de constitution, pour un bilan critique des travaux de la convention*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 575-588.
- Reale A., « Representation of interests, participatory democracy and lawmaking in the European Union: which role and which rules for the social partners? », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°15/03, 2003, 37p.
- Röben V., « Constitutionalism of inverse hierarchy: the case of the European Union », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n° 8/03, 2003.
- Rouvillois F., « L'efficacité des normes : réflexions sur l'émergence d'un nouvel impératif juridique », *Fondation pour l'innovation politique*, avril 2005.
- Salamon L.M. & Elliott O.V., *The tools of government: a guide to a new governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002.
- Scharpf F.W., « European governance: common concerns vs. the challenge of diversity », *Max Planck Institute for the Study of Societies*, Cologne.
- Scharpf F.W., *Governing in Europe, Effective and Democratic*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Schmitter P.C., « What is there to legitimise in the European Union... and how might this be accomplished? », *The Jean Monnet Program*, Working Paper 06/01, 2001.
- Schmitter P.C., *How to Democratize the European Union...and Why Bother?*, New York, Rowman, 2000.
- Scott J. & Trubek D.M., « Mind the gap: Law and new approaches to governance in the European Union », *European Law Journal*, vol. 8, n°1, March 2002, p. 1-18.
- Sfez L., *Critique de la communication*, Paris, Seuil, 1988.
- Shapiro M., « Codification of administrative Law: the US and the Union », *European Law Journal*, vol 2, n°26, 1996.
- Shavell S., « Optimal discretion in the application of rules », *Harvard Law School*, Discussion Paper n°509, 2005.
- Shaw J. & Wiener A., « The paradox of the European polity », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n°10/99, 1999.
- Sinnott R., « Policy, subsidiarity and legitimacy », in Niedermayer O. & Sinnott R, *Public opinion and internationalised governance*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 246-276.
- Snyder F., « The effectiveness of EC law: institutions, processes, tools and techniques », *Modern Law Review*, vol. 56, n°19, 1993.
- Stone Sweet (Alex), « Integration and the Europeanisation of the law », *Queen's Papers on Europeanisation*, n°2/2002, 2002.
- Supiot (Alain), « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Droit social*, n°1, janvier 2003, p 59-71.
- Supiot A., *Critique du droit du travail*, PUF, Paris, 2002, 2<sup>e</sup> édition.

- Teague P., « EU social policy: institutional design matters », *Queen's Papers on europeanization*, n° 1/2000, 2000.
- Trebilcock M.J. & alii, *The choice of governing instrument: a study prepared for the Economic Council of Canada*, Ottawa, Conseil économique du Canada, 1982.
- Verdier J.-M. & Langlois Ph., « Aux confins de la théorie des sources du droit : une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif », *Recueil Dalloz*, 1972, chronique 258.
- Walker N., « Flexibility within a metaconstitutional frame: reflections on the future of legal authority in Europe », *The Jean Monnet Program*, Working Paper n° 12/99, 1999.
- Walker N., « Sovereignty and differentiated integration in the European Union », *European Law Journal*, n°4, 1998, p. 355-388.
- Walker N., « Theoretical reflections on flexibility and Europe's future », in Burda G. de & Scott J. (eds.), *Constitutional Change in the EU: From Uniformity to Flexibility?*, Oxford, Hart Publishing, 2000.
- Weiler J.H.H., « European democracy and its critics: polity and system », in Weiler J.H.H., *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 264-285.
- Weiler J.H.H., « The autonomy of the Community legal order: through the looking glass », in Weiler J.H.H., *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 286-323.
- Wiener A., « The embedded *acquis communautaire* transmission belt and prism of new governance », *European University Institute*, Working Paper n°98/35, 1998.

