

## Normes

Le mot norme vient du grec et du latin. Il signifie étymologiquement équerre, règle. De façon générale et par une définition quelque peu tautologique, il désigne ce qui est conforme à la moyenne générale, ce qui est considéré comme la règle. Le mot est cependant susceptible de recevoir des acceptions fort différentes parfaitement mises en valeur par Kelsen<sup>1</sup> et qui prouvent que le juriste n'a pas vocation à s'accaparer la notion de norme .

Dans une première acception, la norme ou règle est prise dans un sens causal, explicatif (le sein). En ce sens, la règle explique que si A est, B est ( l'eau, portée à 100°, entre en ébullition). C'est généralement ce sens de la règle que retiennent les sciences dites dures et les sciences sociales. C'est ainsi que l'économie politique s'est construite. Dans " Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations ", A. Smith n'entendait-il pas rechercher et systématiser les " lois " qui expliquaient le développement des économies ? Dans un second sens, la norme relève du devoir-être (le soleil) et désigne alors un " modèle social destiné à être, suivant les cas, reproduit, évité ou simplement utilisé par certaines personnes " <sup>2</sup> C'est dire ici que si A est, B doit être. Lorsqu'elle revêt cette forme, la norme est censée avoir un auteur qui la propose à d'autres, les sujets. Dans la mesure où ces derniers sont doués de volonté, les normes sont naturellement transgressables et diffèrent en cela des " lois de la nature ". Nombreuses sont les normes qui répondent à cette dernière définition : règles morales, religieuses, modèles techniques, canons culturels, linguistiques ou sociaux comme les " bonnes manières ", règles juridiques enfin.

Le terme droit est lui-même ambigu. Il désigne deux réalités bien distinctes Le droit est d'abord un système de règles de comportement énoncées et appliquées selon des modalités spécifiques organisant un ordre et une logique de régulation sociale. C'est ainsi que l'on peut parler de tel ou tel système juridique. Sous cet angle, il s'intéresse à la norme prise au sens du devoir-être. Le droit est aussi une partie de la connaissance dans le champ du savoir de la société . En ce sens, il est une discipline aux ambitions scientifiques<sup>3</sup>. Il est alors soumis, comme toute discipline scientifique à des contraintes de méthode et d'épistémologie et s'il cherche à dégager des normes, c'est au sens de norme explicative, causale, même si en sciences sociales les causalités sont infiniment complexes.

C'est essentiellement dans le sens premier du mot droit que seront examinées les normes. Pourtant on ne peut se contenter de ce niveau d'analyse. Aussi essaierons-nous de faire une présentation des normes qui tienne compte aussi partiellement d'une approche " critique " et qui situe les normes dans le système juridique contemporain.

Contrairement à une idée très répandue, la juridicité n'est pas synonyme de l'existence de règles générales pré-établies. De nombreux systèmes juridiques fonctionnent à la casuistique. Si la normativité n'est pas de l'essence de la juridicité, " en revanche, la norme paraît bien constituer l'élément de base des systèmes juridiques des sociétés parvenues à un certain stade d'évolution, et

<sup>1</sup> Théorie pure du droit, trad. Française, Ch. Eisenman, Dalloz 1962 ; Kant Critique de la raison pure.

<sup>2</sup> G. de la Pradelle, Essai d'introduction au droit français, Erasme, 1990.

<sup>3</sup> M. Mialle, Définir le droit, Droits, PUF n° 11, Définir le droit, 41.

en particulier de l'actuel droit Français<sup>4</sup>. La forme normative de la juridicité (des règles générales et impersonnelles) triomphe avec le droit libéral qui veut que le droit soit l'expression de la volonté générale. En ce sens, la normativité est le règne de l'abstraction. Cette abstraction lui permet de soustraire l'agencement des rapports juridiques entre individus concrets à la réalité de leur situation, à leur inégalité réelle. Le droit s'adresse à des sujets.

Par son appartenance au domaine du devoir-être, la norme juridique est essentiellement un modèle idéal, c'est-à-dire un instrument de mesure, de référence qui permet d'apprécier, dans chaque situation, ce qui va se passer si les conditions d'application de la règle sont réunies. C'est ainsi que lorsque les conditions de la vente sont remplies, il y a transfert de propriété. Toutes les normes au sens de devoir-être ne sont cependant pas juridiques. Si les normes juridiques ne diffèrent pas fondamentalement des autres, des normes de fait pour le juriste (la morale, la religion, les bonnes manières), elles s'en distinguent par leur forme particulière de validité.

Comme tout système, le système juridique possède son propre mode de validité<sup>5</sup>. Fondamentalement, la manière dont la validité juridique est donnée ou refusée, tient à la vérification d'une conformité ou d'une contrariété entre des normes de droit. La cohérence du système est donc inscrite dans la manière dont les normes le composent, dans la clôture normative du système. Ainsi, seul est valable juridiquement ce qui est conforme à des normes juridiques. Cela signifie que la validité et la légitimité sont des notions équivalentes et que la validité juridique d'une norme présente deux aspects intimement liés bien que pouvant donner lieu à des analyses séparées. Comme le relève F. Terré, l'expression de source du droit, si utilisée et si banale qu'elle soit, n'en reste pas moins des plus équivoques. La métaphore renvoie à l'existence de points d'émergence de la règle juridique qui révéleraient en même temps ce qui fonde le caractère obligatoire de celle-ci<sup>6</sup> La validité est d'abord purement technique. En ce sens, elle vise la conformité formelle de la norme à d'autres normes. Elle désigne aussi sa légitimité qui découle précisément de cette conformité. Cette double signification nous paraît essentielle. Elle signifie, en effet, que la validité juridique découle non seulement de l'intégration des normes à un ensemble qui se veut cohérent mais encore du caractère démocratique des institutions qui produisent le droit<sup>7</sup>. On sait que dans les démocraties apparues au XVIIIème et XIXème siècles, ce caractère s'est institutionnalisé sous le modèle de la démocratie représentative. Nous verrons, à cet égard, que cette épure n'est plus explicative à elle seule de la légitimité des normes dans les sociétés complexes.

Si la validité juridique d'une norme est indispensable à son appartenance à notre système juridique, la question se pose, bien sûr, de savoir comment reconnaître cette appartenance. On devine derrière cette question le problème tant débattu du critère du juridique<sup>8</sup> La réponse nous semble claire. Le critère du juridique est la sanction.

---

<sup>4</sup> A. Jeammaud, Des oppositions de normes en droit interne, thèse Lyon III, 1975,

<sup>5</sup> G. Teubner, Droit et reflexivité, éd. Jurid. Kleuver, 1995 ; F. Ost, Le droit comme pure système, in La force du droit, sous la direction de P. Bouretz, éd. Esprit, 1991 ; L. boy, Bibliographie, ouvrages étrangers, RTDCiv. 1995, 718.

Introduction générale au droit, 3<sup>ème</sup> éd. Dalloz 1996, n° 148.

<sup>6</sup> Introduction générale au droit, 3<sup>ème</sup> éd. Dalloz 1996, n) 148.

<sup>7</sup> G. de la Pradelle, op. cit., n° 40 et s.

<sup>8</sup> Santi Romano, L'ordre juridique, Dalloz, 1975 ; J. Carbonnier, Sociologie juridique, Quadrige, PUF, 1994 ; M. Mialle, Une introduction critique au droit, Maspéro, 1977.

La sanction, le mot est lâché. Aussi, pour parer immédiatement aux critiques que nous pressentons déjà, il nous semble indispensable de faire état d'un contresens trop souvent fait sur ce dernier mot. Par un glissement sémantique discutable, la doctrine juridique majoritaire confond la sanction avec la sanction répressive étatique. Serait juridique la norme dont la violation peut donner lieu à la sanction étatique<sup>9</sup>. L'affirmation est fautive. On sait, en effet, que le droit est plus étroit que la notion de sanction répressive. La sanction peut aussi être morale ou religieuse. (L'oeil était dans la tombe et regardait Caïn). Le droit est aussi plus large que la sanction étatique (le droit international ne serait-il point du droit ?). Lorsque l'on dit que le critère du juridique réside dans la sanction, il faut prendre le mot sanction dans son sens substantiel, à savoir la prise en compte formelle de comportements par le droit, de telle sorte que, si le droit est toujours sanctionné, il n'est pas toujours assorti de sanctions répressives<sup>10</sup>. Tout comme la sanction d'un examen réside dans le succès ou l'échec, la sanction juridique peut conduire à valider ou à invalider un acte juridique, par exemple (un contrat, un mariage). La sanction caractérise donc tout système normatif qui prétend à poser des normes de "devoir-être". Parmi ces derniers, il convient donc de rechercher le critère de la juridicité, de la sanction substantiellement juridique.

Pendant longtemps dans notre droit légaliste, on a pu affirmer que la sanction substantielle était réalisée selon le modèle de la pyramide Kelsenienne. Cette présentation des choses ne peut plus être défendue de nos jours et la doctrine se réfère désormais à la juridicité pour définir l'appartenance au système juridique<sup>11</sup>. C'est donc l'éventualité du recours à un juge ou à un arbitre qui permet d'affirmer que telle norme de fait est en même temps une norme juridique ou ne l'est pas. C'est ainsi qu'un engagement peut être considéré comme purement moral ou, au contraire, être juridicisé par le juge qui acceptera de le sanctionner, au sens de sanction substantielle, au regard de la norme juridique opérant ainsi la clôture normative du système<sup>12</sup>. Le recours au juge ou à l'arbitre permet donc de définir très exactement la forme de la "sanction" substantielle juridique. Ce point nous semble essentiel pour éviter les nombreuses ambiguïtés entretenues tant sur le critère du juridique que sur le terme de sanction.

La place du système juridique au sein d'une société est variable ainsi que le montre l'anthropologie juridique<sup>13</sup>. Les sociétés peuvent être majoritairement régulées par un système ou par un autre (le système religieux, politique, juridique...). De nos jours, la question majeure qui se pose est celles des places respectives du droit et de l'économie dans la régulation sociale. Le système juridique apparaît dans les démocraties dites "occidentales" comme le mode de régulation dominant. Il est contesté par certains économistes qui estiment que le "corps représentatif qui pose les normes de juste conduite et qui dirige le gouvernement conduit forcément à transformer progressivement l'ordre spontané d'une société en un système totalitaire mis au service de quelque coalition d'intérêts organisés"<sup>14</sup>. C'est sur le modèle du marché, l'ordre

<sup>9</sup> Nous renvoyons à la majorité des ouvrages d'introduction au droit.

<sup>10</sup> G. de la Pradelle, op. cit. N° 79 et s. ; M. Miaille, op. cit. 100.

<sup>11</sup> Carbonnier, sociologie juridique précité ; F. Terré, Introduction générale au droit, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz 1996 ; Santi Romano précité.

<sup>12</sup> B. Oppetit, L'engagement d'honneur, D. 1979, Chron. 107.

<sup>13</sup> N. Rouland, Anthropologie juridique, PUF 1988 ; G. Farjat, Des sociétés sans droit ? La leçon de l'Extrême-Orient, Rev. Procès, 1982.

<sup>14</sup> F. Hayek, Droit, législation et liberté, Tome 1, Libre échange, PUF, 1973, 3.

spontané, que devrait s'organiser la société. Dans une telle perspective, la norme économique ne relèverait plus de l'être mais du devoir-être.

Les valeurs auxquelles se réfèrent l'économie politique, notamment la référence à la "meilleure allocation des ressources", nous paraissent cependant condamner la vocation hégémonique du marché à produire des normes, au sens de modèle de comportement. Si le droit doit incontestablement s'ouvrir aux autres savoirs, il nous semble, compte tenu de la multiplicité des valeurs sur lesquelles il se fonde, qu'il doive constituer encore aujourd'hui le mode dominant des sociétés développées. Que l'on ne voit pas dans cette affirmation un simple réflexe corporatiste de défense du territoire du droit. Elle s'appuie sur la légitimité acquise par le système juridique à représenter les "intérêts".

Pour étudier la norme juridique, le juriste ne peut donc échapper à une double question : celle de la production des normes et celle de leur légitimité, la réponse à cette question n'étant sans doute pas la même dans le temps.

## **I. La production des normes**

L'une des tâches de la théorie générale du droit est d'analyser, de décrire et de clarifier les différentes formes sous lesquelles la création du droit s'opère dans la société.

Dans la plupart des Etats occidentaux, le droit a servi à encadrer et légitimer la naissance du pouvoir d'Etat. Une fois l'Etat constitué, le droit est apparu comme devant servir de fondement à son existence. Une fois l'Etat établi sur ces bases, il a fourni en retour les éléments d'une lecture de l'ordre juridique et des sources du droit qui s'est traduite par une conception étatiste de ces dernières.

Il est devenu banal aujourd'hui de constater que l'Etat a perdu le monopole de la production des normes juridiques. Devant la "pulvérisation" des modes de création du droit, l'étonnement de certains auteurs contemporains tient certainement à la prégnance de la conception traditionnelle des sources du droit<sup>15</sup>.

Le droit existe pourtant sans l'Etat. Du point de vue historique, il existe des sociétés sans Etat. Par ailleurs, même dans le cadre d'un système juridique constitué principalement autour de l'Etat, il existe des modes non étatiques de production du droit. En effet, le phénomène le plus remarquable aujourd'hui est celui du pluralisme des sources et des lieux de résolution des litiges.

Dans un pays de droit écrit comme la France, il est traditionnel de présenter d'abord les sources du droit - généralement en insistant sur la loi - puis l'organisation juridictionnelle. Ce schéma oppose le législateur posant la norme générale et impersonnelle au juge qui, grâce au syllogisme judiciaire, va interpréter la loi pour l'appliquer au cas d'espèce. Il est dépassé depuis longtemps et la grande majorité de la doctrine reconnaît de nos jours le rôle créateur de la jurisprudence en ce sens qu'elle ne se contente plus d'interpréter la loi ; elle pose des normes générales et impersonnelles.

---

<sup>15</sup> J. J. Sueur, Introduction générale à l'étude du droit, cours polycopié, Toulon 1994, 1995.

Ce phénomène nouveau de production du droit est particulièrement observable en droit économique. Les normes ne sont plus seulement produites par le haut et rattachables à un organe bien précis. Elles émanent aussi de la base, du cas qui, répété, donnera lieu à la naissance d'une norme. Une multitude d'organes se concurrencent dans la production du droit. Aussi tenterons nous de les présenter schématiquement.

#### A : les normes publiques.

Dans la conception étatiste des sources du droit qui a eu son heure de gloire sous la III<sup>ème</sup> République, l'Etat détient le monopole de la création du droit. Dans la théorie traditionnelle des sources du droit, le principe est celui de la compétence exclusive des organes étatiques dans la production des normes juridiques. La conséquence de cette vision legaliste explique la hiérarchisation des sources du droit, le législateur ayant le privilège de l'édition des règles générales, la jurisprudence se contentant de régler les cas particuliers<sup>16</sup>.

La loi nationale a toujours été concurrencée, spécialement dans le droit des échanges économiques, par les lois internationales. Droit de l'échange marchand, le droit commercial, par exemple, ne pouvait ignorer l'internationalisation des échanges. La constitution d'un espace économique et juridique européen, la mondialisation de l'économie renforcent, spécialement en droit économique la concurrence entre la loi nationale et les ordres européen et international et, ce faisant, mettent à mal la référence de la norme à l'Etat. Les normes a-étatiques semblent proliférer même lorsqu'on peut les qualifier de " publiques ".

#### 1) Normes publiques et Etat.

La présentation des normes correspond globalement à une vision tronquée de l'oeuvre de Kelsen<sup>17</sup> parfois reprise pourtant par les manuels. La caractéristique d'un ordre juridique en tant qu'ordre dynamique est celle de créer des normes qui ont pour fonction de régler la création même de ces normes. " Que le droit règle sa propre création signifie en termes Kelséniens qu'un ordre juridique est un système normatif où la création des normes du système est elle-même réglée par d'autres normes du système par un processus qui remontant d'une norme inférieure à une norme supérieure arrive nécessairement à la norme fondamentale, qui du point de vue d'un positivisme rigide et rigoureux est le seul fondement possible du droit : le seul fondement possible d'un ordre qui réglant sa propre création s'autoproduit "<sup>18</sup>. La présentation traditionnelle faite par les manuels de la pyramide Kelsenienne est certes pédagogique. Elle présente néanmoins le défaut de simplifier une oeuvre pleine de nuances du point des sources du droit. Du point de vue des sources du droit, de façon commune, on assimile la norme fondamentale à la Constitution. C'est sur cette fausse lecture de la norme fondamentale que reposent certaines critiques imméritées faites à Kelsen<sup>19</sup>). La norme fondamentale chez Kelsen n'est pas posée ; elle ne peut être que supposée que l'on y voit un retour au droit naturel<sup>20</sup>) ou une échappée métaphysique<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> A.J. Arnaud, Essai d'analyse structurale du Code civil français, P.U.F., 1969.

<sup>17</sup> Théorie pure du droit, traduction française, Dalloz 1962

<sup>18</sup> N. Bobio, Kelsen et les sources du droit, Archives de philosophie du droit 1984.

<sup>19</sup> R. Martin, Aller et retour de Kelsen à Aristote, R.T.D.Civ. 1997, 387.

<sup>20</sup> R. Martin précité

<sup>21</sup> M. Miaille, Une introduction critique au droit, Maspéro, 1977.

On doit relever que, dans la présentation de la hiérarchie des sources " posées " du droit, c'est la Constitution qui se trouve au sommet. A cet égard, le phénomène majeur en France ces dernières années réside incontestablement dans la constitutionnalisation des différentes branches du droit<sup>22</sup>. Le contrôle de constitutionnalité signifie que la loi votée par le Parlement doit être conforme à la constitution et au bloc de constitutionnalité. Depuis les réformes de 1974<sup>23</sup>, ce contrôle traduit l'emprise constante du Conseil constitutionnel sur la vie politique et juridique française. En effet, le fonctionnement politique actuel de nos institutions fait que toutes les lois importantes sont déférées au contrôle de constitutionnalité. On observera, sans pouvoir répondre à une interrogation majeure, que la progressive extension du rôle du Conseil constitutionnel entraîne de vives controverses et soulève la question générale du " gouvernement des juges "<sup>24</sup>.

La place des Traités, notamment des traités fondateurs de l'Europe, aujourd'hui l'Union Européenne, est fondamentale. Observons simplement pour y revenir plus tard leur intégration toujours plus grande dans l'ordre interne.

Dans notre pyramide, vient ensuite la loi. La loi est prise dans son sens large de règle de droit d'origine publique, ce qui recouvre la loi au sens formel du terme - loi votée par le Parlement - mais aussi le règlement. La place de la loi formelle, même si elle reste importante, est concurrencée par la montée du règlement. Nous verrons, par ailleurs que, pour apprécier la place de la loi, il faut faire état de que l'on appelle la déréglementation<sup>25</sup>). Venue des Etats Unis et liée à la critique de l'Etat-Providence, elle ne signifie pourtant pas moins de droit, mais un autre droit. La notion traduit un recul de la réglementation, du moins d'ordre public, même si le phénomène doit être abordé avec nuances. Elle peut correspondre à un réaménagement des dispositifs existants (apparition des A.A.I. ), comme à un redéploiement de ces derniers. Ainsi que l'observe M. Chevallier, le droit moderne est relatif, complexe et flexible<sup>26</sup>. Notons enfin que, même dans les hypothèses où la loi intervient, elle fait souvent référence à des concepts flous, à des standards qui donnent au juge un pouvoir inégalé (intérêt de l'enfant ou de la famille, intérêt de l'entreprise, progrès économique...)

La Constitution de 1958 consacre la montée considérable du règlement. En effet, seuls les principes fondamentaux des régimes de la propriété et des obligations civiles et commerciales sont du domaine de la loi. Tout le reste est du domaine du règlement. Il est donc essentiel de comprendre que pratiquement tout ce qui touche, par exemple, au droit économique et des affaires relève désormais du pouvoir réglementaire autonome pour être soustrait à la connaissance du Parlement. Ce recul de la loi formelle est généralement expliqué par référence à des arguments de type gestionnaire. Le Parlement ne serait pas armé pour légiférer dans ces matières dans la mesure où les dispositions sont essentiellement techniques et précises et où il faut souvent s'adapter à la conjoncture. L'explication en elle-même est insuffisante. Il semble que dans les démocraties occidentales une raison plus sérieuse explique ce phénomène. La concurrence et la concentration

<sup>22</sup> N. Molfessis, Le Conseil constitutionnel et le droit privé, Thèse Paris II, 1994.

<sup>23</sup> Cohen-Tanugi, La métamorphose de la démocratie, éd. O. Jacob, 1989.

<sup>24</sup> R. Savy, La constitution des juges, D. 1982, Chron. 105, M. Guénaire, S. Rials, D. Rousseau et M. Troper, Le droit contre le politique, Rev. Le débat, n° 64, 1991, 148.

<sup>25</sup> J. Chevallier, les politiques de déréglementation, in les déréglementations, Economica 1988.

<sup>26</sup> Vers un droit post-moderne ? les transformations de la régulation juridique, Colloque Nice, Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation, à paraître.

suppose le sacrifice de nombreux intérêts. Or ceux-ci constituent des masses électorales importantes dont dépend étroitement le sort des élus. Les modifications des structures économiques et sociales exigées par l'évolution du capitalisme peuvent difficilement s'opérer au Parlement. Il fallait donc institutionnaliser un pouvoir réglementaire autonome.

Le droit national étatique est aujourd'hui largement concurrencé par les droits communautaire et international dont on peut se demander quelles relations ils entretiennent avec la forme étatique.

## 2) normes publiques a-étatiques.

### - Les sources communautaires.

L'espace communautaire s'est constitué avant tout comme un espace de libre échange. Son système juridique y est particulièrement complexe<sup>27</sup>. Le droit communautaire n'est pas une reproduction à un niveau géographiquement supérieur du modèle de l'Etat libéral. Il constitue, au contraire, un dépassement du modèle de l'Etat-nation dans la mesure où les différentes instances communautaires qui "disent le droit", le font sans que ce pouvoir puisse être référé au concept même d'Etat. Dans le système juridique européen, la référence à l'Etat est incapable d'asseoir la possibilité du jugement juridique ; il n'existe pas d'Etat comme référent mythique.

Le droit communautaire est ainsi coupé totalement de la forme mythique de l'Etat constitutionnel national, voire des formes connues de fédéralisme. Il se présente avant tout comme un procédé de procéduralisation du droit matériel, c'est-à-dire, non comme une volonté d'intervenir directement sur les processus économiques et sociaux, mais comme une tentative d'offrir aux différents acteurs les moyens de peser sur les textes<sup>28</sup>. La matérialisation du droit européen se traduit principalement par la prise en compte d'exigences économiques et sociales puisées dans la société civile à défaut d'Etat, même minimal. C'est dire son importance aujourd'hui (Jacques Delors, lorsqu'il était président de la Commission de la C.E.E., avait annoncé que dans peu de temps 80% des règles de droit applicables dans les Etats membres seraient d'origine communautaire. Il n'a pas été démenti. Cela explique, sans doute, le rôle résiduel des parlements nationaux).

Cette montée du droit européen correspond à la construction de l'espace unique mais aussi au besoin d'organiser l'économie au niveau communautaire. Ce besoin d'organisation est tel qu'il a conduit à remettre en cause certains principes originaires de la Communauté et notamment la règle de l'unanimité considérée comme paralysante. C'est ainsi que l'Acte Unique européen entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1987 a adopté ce qui est devenu l'article 100A du traité. Ce texte accorde au conseil le droit d'arrêter à la majorité qualifiée, sauf en matière fiscale et sociale, les mesures relatives au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en vue de réaliser le marché unique de 1993.

<sup>27</sup> A. J. Arnaud, pour une pensée juridique européenne, P.U.F. les voies du droit, 1991 ; M. Delmas-Marty, Pour un droit commun, Seuil 1994.

<sup>28</sup> L. Azoulay, La mémoire d'un droit sans passé, Mémoire Nice, 1994.

L'Acte Unique permet virtuellement au Conseil d'être désormais à l'origine de toutes les règles intéressant dans les Etats membres les questions économiques et commerciales, et ce par l'effet conjugué des principes de l'applicabilité directe, de l'applicabilité immédiate et de la primauté des normes communautaires primaires ou dérivées dans l'ordre juridique des Etats membres. Le Traité de Maastricht signé le 7 février 1992, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1993, accentue encore ce phénomène. Il a pour but de constituer une " Union économique et monétaire " qui soit la suite de l'Union européenne et de jeter les bases d'une union politique et de défense des Etats membres.

Le pouvoir " législatif " communautaire est tel que pendant longtemps les juridictions françaises ont refusé d'admettre que des textes communautaires puissent prévaloir sur des lois nationales postérieures. En cas de conflit, le juge devait essayer de les concilier par interprétation. Lorsqu'une conciliation s'avérait impossible, c'était la loi nationale postérieure au traité qui l'emportait. Cette position a d'abord été abandonnée par la Cour de Cassation dans le fameux arrêt Jacques Vabre du 24 mai 1975<sup>29</sup>. Le Conseil d'Etat résistât plus longtemps et finit par se rallier à la position de la Cour de Cassation dans l'affaire Nicolo du 20 octobre 1989<sup>30</sup>. Désormais les textes européens l'emportent même sur des lois nationales postérieures.

Cette montée du droit communautaire est particulièrement marquée en droit économique. Le droit de la concurrence notamment est fortement marqué par le droit communautaire qu'il s'agisse du contrôle des pratiques anticoncurrentielles (articles 85 et 86 du traité), du contrôle des concentrations, du contrôle des aides des Etats aux entreprises ou de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence<sup>31</sup>. Cet L'essor du droit communautaire, droit détaché de toute forme étatique, conduit inéluctablement à poser sous un jour nouveau la question des sources internationales.

les sources internationales.

La méthode des conflits de lois s'est révélée de plus en plus difficile et de plus en plus inadaptée au règlement des conflits, notamment dans le droit du commerce international. Elle s'efface ainsi progressivement devant la généralisation de lois uniformes qui trouvent leur source essentiellement dans des conventions internationales<sup>32</sup>.

Quelques éléments de réflexion doivent être notés. On doit d'abord signaler que, selon la doctrine dominante, la solution des arrêts Jacques Vabre et Nicolo devrait valoir non seulement pour le droit communautaire mais encore pour les traités internationaux. Par ailleurs, le Conseil d'Etat<sup>33</sup> a reconnu compétence à la juridiction administrative pour interpréter les conventions internationales applicables à un litige. Cette solution condamne donc la coutume antérieure du renvoi de la question préjudicielle au Ministre des affaires étrangères. Désormais tout texte international est considéré comme d'application directe par le juge national.

<sup>29</sup> AJDA 1975, 567, note Boulouis.

<sup>30</sup> RTDE 1989, 772 ; AJDA 1989, 756.

<sup>31</sup> G. Vlachos, droit public économique français et communautaire, Coll U, Armand Colin, 1996.

<sup>32</sup> P. Weil, les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, Mélanges Rousseau, 301 ; p. Mayer, la neutralisation du pouvoir normatif de l'Etat en matière de contrats d'Etat, Clunet, 1986, 5.

<sup>33</sup> 29 juin 1990 groupement d'information et de soutien aux travailleurs immigrés, Rev. Dr. Public, 1990, 1579.

Ces nouveautés ouvrent un vaste champ au processus de libéralisation des marchés et de déréglementation. En effet, l'internationalisation de la réglementation résulte souvent d'une crainte, crainte que certaines opérations trop réglementées dans tel ou tel pays ne soient réalisées dans un autre pays plus libéral. Celle-ci incite donc les pays à rechercher une harmonisation des réglementations. La concurrence entre les ordres juridiques est telle qu'elle amène à la recherche de règles uniformes. Celles-ci conduisent, lorsqu'elles sont adoptées, à la naissance d'un "ordre juridique mondial" sans rattachement à la forme étatique traditionnelle.

En effet, la rédaction et l'application des conventions internationales nécessitent souvent la création d'organismes chargés de ce soin. C'est ainsi, par exemple, que les institutions internationales intéressant le droit économique et des affaires ont pris un essor remarquable depuis la fin de la deuxième guerre mondiale. Le G.A.T.T. (general agreement on tariffs and trade) avait pour objet de réduire ou supprimer les droits de douane et les contingents dans le domaine des échanges de marchandises. La dernière négociation multilatérale organisée sous son égide de 1987 à 1994 a créé une nouvelle organisation, l'O.M.C. (organisation mondiale du commerce) chargée de veiller à la libre circulation non seulement des marchandises mais aussi des services et dont l'activité est intense. Cet organisme a pris une importance juridique nouvelle depuis la conférence interministérielle de Singapour réunie à la mi-décembre 1996. En effet, l'O.M.C. a institué un Organe de Règlement des différends (O.R.D.) chargé de faire respecter les obligations conventionnelles des pays membres. Il y a là un dispositif tout à fait intéressant et qui permet a priori de juridiciser les mesures adoptées par l'O.M.C., si l'on veut bien admettre que le critère du juridique est le recours au juge ou à l'arbitre<sup>34</sup>. (Même si la saisine de l'O.R.D. ne peut être que le fait des Etats et non les entreprises, le système offre à ces dernières un moyen important pour le respect des obligations des Etats. Un fois saisi, il doit constituer un "panel" chargé d'examiner dans un délai de neuf mois le recours. Les conclusions du "panel" sont exécutoires sous un mois sauf si un appel est introduit auprès de l'Organe d'appel dont la compétence est limitée aux questions de droit et qui dispose de trois mois pour se prononcer. Désormais aucun veto, en particulier celui du pays concerné, ne peut faire obstacle à l'application des arbitrages rendus. Un tel dispositif devrait permettre de régler, par voie de négociation et dans des délais raisonnables, un nombre important de litiges<sup>35</sup>. Il faut savoir aussi que la Commission européenne peut, sur saisine d'une entreprise, saisir elle-même l'O.R.D.. Elle n'a pas manqué de le faire ces derniers mois au point que l'on parle d'une "véritable diplomatie européenne au service" des exportations européennes.

On a reproché au mécanisme de règlement des conflits sa lenteur, la faiblesse des sanctions ainsi qu'une déficience dans la composition des groupes spéciaux (panel). Une liste plus étroite pour la composition du panel serait, semble-t-il plus apte à l'établissement d'une véritable "jurisprudence". Juridicisation il y a, mais au profit d'un modèle dominant (infra, in fine). Gageons que l'entrée de nouveaux pays comme la Chine pourrait permettre de rééquilibrer la jurisprudence naissante favorable aux Etats-Unis d'Amérique.

---

<sup>34</sup> Carbonnier, Droit civil, tome 1, PUF, 37.

<sup>35</sup> Les échos, 9 janvier 1997.

Les sources privées du droit ont joué un grand rôle dans les sociétés traditionnelles et dans l'ancien droit sous forme de coutumes notamment<sup>36</sup>. Elles sont, semble-t-il, encore plus importantes de nos jours et se sont diversifiées.

## B. Les normes privées et mixtes

La coutume apparaît comme la forme la plus ancienne de production privée du droit. Selon Kelsen, une différence politiquement significative entre droit législatif et droit coutumier réside dans le fait que le premier est créé au moyen d'une procédure relativement centralisée, tandis que le second est créé au moyen d'une procédure relativement décentralisée. Les lois sont produites par des organes spéciaux, institués à ces fins et qui fonctionnent selon le principe de la division du travail. Les normes du droit coutumier viennent à l'existence par un certain comportement des sujets soumis à l'ordre juridique <sup>37</sup>.

Le juriste, sauf à être aveugle, se doit donc de prendre acte des phénomènes de pluralisme juridique et ne pas ramener le droit aux seules règles de conduite édictées par les instances publiques<sup>38</sup>. Nous verrons que la question essentielle qui se pose concerne la légitimité de ce droit d'origine privé. Rares sont ceux qui contestent son effectivité. Sa légitimité, en revanche, soulève de délicats problèmes, spécialement en ce qui concerne certaines sources privées contemporaines (infra, II).

Depuis longtemps certaines professions, comme les professions libérales, ont leurs propres règles édictées par leurs propres autorités mais auxquelles l'Etat vient donner son agrément a posteriori par un contrôle exercé par le Conseil d'Etat (codes de déontologie). Les ordres professionnels ont fait leur apparition très tôt et se sont généralisés sous le régime de Vichy. L'essor des sources privées du droit est un phénomène encore plus intéressant car il traduit un détachement quasiment complet, parfois, avec les appareils d'Etat, la forme la plus complète de ce détachement se manifestant en droit du commerce international.

Ces dernières années, la nouveauté - si nouveauté il y a - est que ce phénomène est relayé et même encouragé par le législateur. On assiste à une désétatisation de la production du droit et à l'émergence de "nouvelles normativités"<sup>39</sup> fondées sur la multiplication d'institutions parastatistiques, les autorités administratives indépendantes.

### 1) Les sources privées du droit.

S'agissant de ces dernières, on signalera d'abord le développement des codes de bonne conduite avant d'envisager d'autres sources contemporains encore peu étudiés.

---

<sup>36</sup> N. Rouland, *Anthropologie juridique*, PUF 1988. (A. Holleaux, *Dissolution et réincarnation du droit, Les Petites*

<sup>37</sup> *Théorie pure du droit*, op. cit., 235.

<sup>38</sup> S. Romano, *l'ordre juridique*, Dalloz, 1975.

<sup>39</sup> A. Holleaux, *Dissolution et réincarnation du droit, Les petites Affiches*, 1990, n°118, 4)

Ils sont apparus dans les secteurs les plus variés : franchise, publicité, pompes funèbres, séjours scolaires d'été à l'étranger... Ils sont le signe d'un contrôle par le milieu considéré lui-même, d'un auto-contrôle<sup>40</sup>.

La particularité de ces codes (le terme est significatif d'une volonté de produire une norme) est qu'ils émanent de personnes privées, souvent les sociétés transnationales. On a observé qu'ils ont un contenu évolutif. Pourtant la mutabilité des codes, c'est à dire leur élaboration progressive, le fait qu'ils peuvent être révisés lorsque l'expérience où les circonstances le justifient n'est pas incompatible avec la régulation juridique. Par ailleurs, s'ils ne sont pas obligatoires en droit, ils le sont en fait dans la mesure où ils traduisent la discipline professionnelle. On parle à leur égard de droit mou où " soft law ". La profession dispose, en effet, de moyens de persuasion et de pression efficaces. En cas de conflit le juge ou l'arbitre aura l'occasion de juridiciser le code et de le rendre obligatoire. Les dispositions du droit positif peuvent, en outre, être enrichies par les codes de conduite. S'il est vrai que le plus souvent le contenu de ces codes assure la domination des pouvoirs privés économiques les plus puissants et que les obligations qu'ils définissent sont souvent à usage publicitaire, les codes sont aussi le moyen de formaliser de nouvelles pratiques professionnelles. Ils sont en tout cas la preuve que nos sociétés à économie privée subissent autant l'action des forces économiques que celle des forces politiques et juridiques traditionnelles.

Autre phénomène plus récent et encore peu étudié par les juristes, la normalisation<sup>41</sup>. Au sens large, il s'agit d'un document de référence comportant des solutions à des problèmes techniques concernant les produits, les biens et les services, élaboré par toutes les parties intéressées et " validé " par un organisme " qualifié " (Ces expressions ne sont guère familières au juriste classique !). La normalisation a pour objet de fournir des documents de référence comportant des solutions à des problèmes techniques et commerciaux concernant les produits, biens et services, qui se posent de façon répétée dans les relations entre partenaires économiques scientifiques, techniques et sociaux<sup>42</sup>. La normalisation répond ainsi à une politique libérale des pouvoirs publics. Il importe à cet égard de souligner le caractère négocié de la norme. Celui-ci s'inscrit dans la politique générale de déréglementation puisqu'on laisse aux intéressés eux-mêmes le soin d'élaborer la norme même si c'est le plus souvent sous le contrôle des pouvoirs publics (A.F.N.O.R. CEN, ...)

La normalisation serait avant tout un document technique n'ayant aucune valeur juridique car relevant du fait. C'est la position de la doctrine classique dominante qui demeure largement attachée au positivisme juridique et qui dénie ainsi toute valeur juridique à la normalisation<sup>43</sup>. Si l'on s'attache aux modes de réception des normes techniques dans l'ordre juridique, notamment par la référence aux normes opérées par les juges, il semble que l'on puisse affirmer que la normalisation est bien une source de droit. Elle participe de ce mouvement contemporain

---

<sup>40</sup> P. Lascoumes, Les affaires au l'art de l'ombre, Le centurion 1986, G. Farjat, réflexions sur les codes de conduite privés, Mélanges Goldman , 47 ; Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés, à paraître, J. B. Racine, La valeur juridique des codes de conduite privés dans le domaine de l'environnement, R.J.E. 1996, 409 ; F. Osman, Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandation, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, R.T.D. Civ. 1995, 509.

<sup>41</sup> Aspects juridiques de la normalisation et stratégies d'entreprise, Colloque Paris IX, 27 novembre 1997, à paraître, Les Petites Affiches, 1998.

<sup>42</sup> J. Ingalens et H. Penant, la normalisation, Que sais-je ?, P.U.F. 1994.

<sup>43</sup> A. Penneau, Règles de l'art et normes techniques, L.G.D.J. 1989.

d'élaboration complexe du droit et de déplacement des sources du droit vers les pouvoirs privés économiques<sup>44</sup>. Il faut savoir, par ailleurs, que la référence aux normes est souvent contractuellement prévue dans des contrats d'adhésion au des contrats types ce qui donne aux normes un caractère général et impersonnel.

Dernière source privée du droit à évoquer, l'arbitrage. Parler de l'arbitrage à propos des sources du droit, des normes postule que l'on adhère à la thèse, encore minoritaire en France, selon laquelle la jurisprudence constitue une source du droit (Droit civil, Introductions au droit). La jurisprudence est pourtant devenue très rapidement, même, en France, un fait massif, dont il est difficile de nier l'existence spécialement en droit administratif. Si l'on s'en tient aux analyses contemporaines sur le droit, on admettra volontiers que les décisions de justice posent des normes générales et impersonnelles et, qu'à ce titre, elles constituent bien des sources du droit. Le droit anglo-saxon, le droit administratif français et le droit privé français illustrent assez largement le pouvoir créateur de la jurisprudence<sup>45</sup>.

Parler de l'arbitrage à propos des sources du droit postule encore que l'on admette que rendre la justice n'est pas un acte de souveraineté qui relève seulement de l'Etat. Même si pendant longtemps, on a assimilé le droit à l'Etat, la théorie du pluralisme juridique a montré que la source du droit ne réside pas toute entière en l'Etat. Il existe des sources privées du droit comme il existe des lieux extra-étatiques de règlement des conflits<sup>46</sup>.

La place que tient l'arbitrage comme mode de résolution des litiges économiques et variable dans l'ordre interne et dans l'ordre international. Dans le commerce international, l'arbitrage constitue le mode habituel de résolution des différends commerciaux. Il est une justice privée à base conventionnelle (compromis, mais surtout clause compromissoire) dans la mesure où la fonction de l'arbitre est juridictionnelle. Or les Etats acceptent de plus en plus que les litiges du commerce international échappent à leurs propres juges pour être confiés à des arbitres. En effet, avec le mouvement de déréglementation, l'arbitrage connaît une phase de développement sans précédent, l'Etat y trouvant un moyen de se désengager. Il faut, par ailleurs relever que les Etats sont, en grande partie, impuissants à réglementer les relations économiques internationales. " L'Etat-nation semble aujourd'hui fort démuni face aux mécanismes du marché international, dans lesquels il est intégré. L'Etat-nation paraît guère n'avoir d'autre choix que d'accepter l'internationalisation et le rôle moteur joué par les firmes multinationales "<sup>47</sup>. L'arbitrage international est donc une solution que le libre-échange international impose aux Etats d'autant que la concurrence conduit ces derniers à en libéraliser le régime pour attirer sur leur sol le plus grand nombre possible d'arbitrages.

Cette politique générale en faveur de l'arbitrage s'est traduite par la reconnaissance de l'autonomie de l'arbitrage international. Cela signifie que l'arbitrage se détache des droits étatiques en ce sens qu'il accorde une grande liberté aussi bien aux parties qu'à l'arbitre. L'arbitrabilité des litiges ne cesse de s'accroître, le droit applicable à la sentence est de plus en plus large. Pourtant,

---

<sup>44</sup> L. Boy, la valeur juridique de la normalisation, in La déréglementation, les nouvelles formes de régulation, colloque CREDECO Nice 1996, à paraître.

<sup>45</sup> Ph. Jestaz, les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre, RTD Civ, 1996, 299.

<sup>46</sup> S. Romano précité ; J. Carbonnier, sociologie juridique, Quadrige, PUF, 1994, 356 et s.

<sup>47</sup> B. Stern, Remarques introductives sur la problématique marché-nation dans l'organisation des sociétés humaines, in Marché et nation. Regards croisés, Montchrestien, 1995, 111.

aussi libérale que soit l'attitude des Etats envers l'arbitrage, une réserve s'impose : celle de l'ordre public. C'est dire que si l'arbitrage international a échappé à la tutelle des Etats, l'ordre public manifeste encore la présence minimale et irréductible de ceux-là. Grâce à la réserve de l'ordre public dans le contrôle de la sentence étatique, l'arbitrage international n'est pas totalement hors de contrôle.

L'arbitrage international semble avoir donné naissance à un corps de règles autonome tiré des "nécessités" de l'économie internationale : la *lex mercatoria* ou le droit transnational<sup>48</sup>. Si celui-ci est marqué avant tout par un libéralisme accru tenant aux nécessités du commerce international, il ne doit pas emporter dans la tourmente du libéralisme le concept d'ordre public qui, même s'il a un contenu réducteur, doit rester un rempart contre le libéralisme débridé<sup>49</sup>. Pour en terminer bien imparfaitement avec la production des normes, il nous faut faire état des sources mixtes.

## 2) Les sources mixtes.

Elles sont essentiellement le fait des A.A.I<sup>50</sup> et traduisent une "privatisation" du Droit<sup>51</sup>. Apparues pour la première fois dans la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978 instituant la C.N.I.L., les A.A.I. sont une catégorie juridique nouvelle irréductible aux catégories juridiques existantes mais qui ont fini par s'imposer en droit français. Elles ont pour origine les "agences" anglo-saxonnes (les grandes agences américaines notamment dont les pouvoirs de régulation sectoriels sont très importants) et sont, une fois encore, la preuve d'une mondialisation des catégories juridiques. Ces autorités appartiennent a priori à l'administration mais ne peuvent se ramener purement et simplement à notre organisation administrative du fait de leurs pouvoirs qui bouleversent la séparation traditionnelle des pouvoirs héritée en France de Montesquieu.

Ce qui est essentiel pour notre propos, c'est de relever qu'elles sont apparues essentiellement en matière de régulation de l'économie de marché - C.O.B., Conseil de la concurrence, Commission bancaire, Commission de contrôle des assurances, commission des clauses abusives - ou dans des secteurs où l'économie de marché se heurte à d'autres valeurs que les seules valeurs marchandes, comme le pluralisme de l'information ou la défense des libertés individuelles : CNIL ou C.S.A.

" On entend par régulation indépendante la production évolutive de normes par une autorité publique (mixte, dirions-nous) autonome ne relevant pas de l'administration traditionnelle, en vue d'assurer le fonctionnement correct d'un secteur d'activité"<sup>52</sup>. Les autorités régulatrices indépendantes s'inspirent d'un libéralisme politique visant à tenir le pouvoir politique à l'écart de la gestion directe de certaines activités. Elles ont aussi pour finalité de permettre, selon des procédures de plus en plus formalisées<sup>53</sup>, une plus grande intervention des acteurs économiques et

<sup>48</sup> B. Goldman, *Frontières du droit et lex mercatoria*, Archives de philosophie du droit, 1964, 177 ; P. Weill, *Principes généraux internationaux et contrats d'Etats*, Mélanges Goldman, 387.

<sup>49</sup> J. B. Racine, *l'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Thèse Nice 1997, à paraître LGDJ.

<sup>50</sup> J. Chevallier, J.C.P. 1986, I, 325.

<sup>51</sup> M. Delmas-Marty précitée.

<sup>52</sup> L. Cohen-Tanugi, *La métamorphose de la démocratie*, O. Jacob, 1989, 371.

<sup>53</sup> L. Idot, *Droit processuel économique*, Rev. Justices, 1997, n°6, 249.

sociaux intéressés au processus d'élaboration des normes, en vue d'accroître la légitimité de l'action publique.

La caractéristique essentielle de ces A.A.I. est leur mixité. Leur naissance se situe, en effet, à l'intersection de deux sources du droit économique : la force des pouvoirs privés économiques et la réaction des pouvoirs publics face à ces pouvoirs. Leur création répond donc à une contradiction du système capitaliste développé : La concentration nécessite une intervention de l'Etat sur les relations économiques, mais celle-ci doit se combiner avec la séparation relative du politique et de la société civile, du pouvoir politique et du pouvoir économique. Le dépassement de cette contradiction a été trouvé dans la création des A.A.I. qui permettent la mise en oeuvre d'une politique " publique " mais qui ne dépendent pas dans leur fonctionnement d'une administration traditionnelle rattachée à un ministère. Produisant des règles sous l'action conjuguée de l'Etat et des forces du marché, les A.A.I. peuvent ainsi concilier " deux logiques : celle du marché et celle du service public " <sup>54</sup>.

La légitimité constitutionnelle des A.A.I. ne pose plus aujourd'hui de problèmes<sup>55</sup>. En revanche, les auteurs s'interrogent toujours sur la nature de leurs pouvoirs : législatif, juridictionnel ? En effet, les A.A.I. - on ne peut les ramener à un schéma unitaire - associent la production du droit à sa mise en oeuvre. " Produit des efforts conjugués du législateur, de la doctrine et de la jurisprudence, la catégorie des A.A.I. reste caractérisée par une plasticité et une adaptabilité peu communes dans le paysage juridique : loin de faire l'objet d'une délimitation claire et d'une définition stricte, elle recouvre une gamme de situations très diverses, au point que son unité apparaît problématique<sup>56</sup>. Si l'on veut pourtant maintenir à cette catégorie un minimum de cohésion, il semble que l'on puisse la caractériser par deux traits essentiels : la nature particulière de la mission qui lui est impartie et les garanties d'indépendance qui la place en marge de l'appareil administratif traditionnel. L'A. A. I. est tout d'abord caractérisée par sa fonction de *régulation*. A la différence du juge traditionnel, elle n'intervient pas seulement en aval pour résoudre des litiges au sens étroit du terme, mais d'abord en amont pour fixer les règles du jeu entre les acteurs économiques et définir les équilibres souhaitables. C'est ainsi que la récente A.R.T. (Autorité de régulation des télécommunications), créée début 1997, a établi les premiers éléments du mécanisme qui permettra à l'utilisateur du téléphone de signifier à quel opérateur il entend se raccorder pour acheminer ses communications<sup>57</sup>. Dans cette fonction de régulation, l' A. A. I. détient des compétences juridiques qui lui donnent la possibilité de modifier l'ordonnement juridique et les situations individuelles. Il s'agit donc de compétences qui débordent largement le cadre de simples avis. C'est cette mission même de régulation qui postule l'octroi d'un statut d'indépendance aux A.A.I.. Sur le plan organique, cette indépendance résulte des conditions de nomination des membres et d'exercice de leur mandat ( incompatibilités, pluralisme, compétence, non renouvellement du mandat...).

Le repli de l'Etat que manifeste l'essor des A.A.I. ne signifie cependant pas désengagement de ce dernier. l'Etat assure le maintien des grands équilibres mais par le recours à des moyens plus

<sup>54</sup> Ch. Hannoun, la déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme, R.T.D.Com. 1989, 417).

<sup>55</sup> C. teitgen-Colly, Les instances de régulation et la Constitution, Rev. Dr. Pub. 1990, 153.

<sup>56</sup> J. Chevallier, les autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés, Revue Justices, n°1, 81.

<sup>57</sup> L Idot, les fonctions de l'Autorité de Régulation des Télécommunications, Rev. Justices, 1997, n°6, 254 ; Le Monde 17 septembre 1997.

adaptés aux conditions nouvelles du marché : complexité croissante des circuits économiques, mondialisation des échanges et donc pression croissante des pouvoirs privés économiques dont l'internationalisation accroît la puissance<sup>58</sup>.

Il importe de préciser les prérogatives des A. A. I. . Ces dernières ont souvent un pouvoir réglementaire. Elles édictent des normes obligatoires ayant le caractère de véritable règlement dans le domaine de leurs compétences. On a pu parler à ce sujet d'un émiettement de l'Etat. Ceci prive le gouvernement d'une partie de son pouvoir réglementaire mais le Conseil Constitutionnel a admis la constitutionnalité de ces délégations de pouvoir<sup>59</sup>. Elles ont aussi, même si la chose est contestée, notamment par les publicistes, une fonction juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle. Cette fonction est plus ou moins nette selon les A.A.I.. Elle est extrêmement marquée en ce qui concerne la C.O.B. et surtout le Conseil de la concurrence ainsi que la Commission européenne, la C.J.C.E. et le Tribunal européen de première instance<sup>60</sup>. Ces arbitres qui sont en même temps des experts dégagent au fil des affaires qui leur sont soumises une véritable jurisprudence plus importante que celle des juridictions ordinaires. C'est sans doute ce qui explique le mouvement le plus remarquable qui marque ces dernières années : celui d'une juridictionnalisation des ces instances ainsi que l'apparition d'un droit processuel économique<sup>61</sup>.

Les A.A.I. ont aussi une fonction doctrinale essentielle. Elles rendent des avis, des recommandations, font des rapports qui ont une grande autorité et éclairent les agents économiques sur les politiques qu'elles entendent suivre. C'est ainsi notamment que le conseil de la concurrence et la commission européenne font une oeuvre pédagogique en informant à l'avance les entreprises sur les politiques qu'ils entendent suivre. Le droit ici répond, semble-t-il, à sa fonction première de communication entre les éléments du système social. La norme n'est pas posée d'en haut mais sert de règle de jeu aux acteurs qui pourront la négocier<sup>62</sup>. L'éclatement de la production des normes dans les systèmes juridiques contemporains suscite l'inquiétude du juriste. La prolifération de nouveaux " points d'émergence " de la norme juridique soulève la douloureuse question de savoir ce qui fonde la légitimité de ces derniers. L'étude du pluralisme juridique ne saurait se ramener à une simple présentation de ces " points d'émergence "<sup>63</sup>. Elle doit aussi tenter de rechercher ce qui fonde le caractère obligatoire de la norme.

## II. La légitimité des normes

C'est une question qui s'est posée à la doctrine et, à cet égard, les enseignements de Kelsen nous sont, une fois encore, précieux. Par rapport à la catégorie générale des modes de création, celui-ci ne distingue pas, on le sait, la coutume de la loi, c'est-à-dire les sources publiques et

<sup>58</sup> J. Chevallier, les A. A. I. et la régulation des marchés, Rev. Justices, n°1, 1995, 81.

<sup>59</sup> Genevois, Le Conseil constitutionnel et l'extension des pouvoirs de la COB, F.F.D.A. 1989, 671 ; Bézard, Le pouvoir de sanction financière directe de la COB, Les Petites Affiches 17 janvier 1990 ; N. Decoopman, Le pouvoir de sanction administrative de la COB, Rev. Dr. Banc. 1990, 161.

<sup>60</sup> J. Danet, le conseil de la concurrence, juridiction incomplète au juridiction innommée ?, RIDE, 1991, n°1, 3.

<sup>61</sup> M.A. Frison-Roche, vers le droit processuel économique, revue Justices, n°1, 91 ; L. Idot, droit processuel économique, Rev. Justices, n°6, 249.

<sup>62</sup> F. Ost et M. van de Kerchove, Le jeu : un paradigme fécond pour la théorie du droit, in le jeu : un paradigme pour le droit, Droit et société, L.G.D.J. 1992, 239.

<sup>63</sup> F. Terré, op. cit., n°148.

privées. En revanche, à l'intérieur de cette dernière, il fait une distinction entre les notions de centralisation et de décentralisation. " Une différence politiquement significative entre droit législatif et droit coutumier réside dans le fait que le premier est créé au moyen d'une procédure relativement centralisée, tandis que le second est créé au moyen d'une procédure relativement décentralisée "<sup>64</sup>. Dans le premier cas, l'autorité qui pose la norme et les sujets qui y sont soumis ne coïncident pas. Dans le second, au contraire, ils coïncident. Cette différence politique rejoint une autre distinction qui permet de distinguer deux types idéaux des formes de gouvernement : la démocratie et l'autocratie. La démocratie peut alors être décrite comme une méthode décentralisée des normes alors que l'autocratie peut être caractérisée comme une méthode centralisée de création des normes. La création du droit coutumier a ainsi un caractère décentralisé dans la mesure où elle est basée sur une autonomie réelle bien qu'inconsciente des sujets. Kelsen ne prétend cependant pas que le droit législatif soit par définition autocratique. Il devient, en effet, démocratique à partir du moment où est reconnu aux sujets le droit de participer, même indirectement comme dans les démocraties représentatives, à la formation de la loi. La différence entre droit coutumier et droit législatif d'un état démocratique réside alors selon lui dans le degré de conscience avec lequel le sujet participe à la formation de l'un et de l'autre.

De ces réflexions, la doctrine attachée presque exclusivement aux sources publiques du droit, a retenu l'idée selon laquelle une norme était légitime si on pouvait la rattacher à un organe spécial relevant de la démocratie représentative. L'état de droit a donc consisté à organiser le contrôle des normes sur le modèle du contrôle de la légalité et l'on connaît le rôle du Conseil d'Etat en la matière. Plus récemment ce contrôle vertical de légitimité s'est étendu au contrôle de constitutionnalité. C'est la grande réforme de 1974 en matière de saisine du Conseil Constitutionnel qui a permis en France un véritable essor du contrôle de constitutionnalité. Peu à peu au fil des saisines multipliées, s'est constituée une véritable jurisprudence constitutionnelle d'une importance considérable<sup>65</sup>.

Démocratique par essence, le droit coutumier pouvait se passer théoriquement d'un contrôle. L'essor des sources privées du droit émanant essentiellement des pouvoirs privés économiques et disposant, à ce titre, d'un véritable pouvoir unilatéral comparable substantiellement à celui des pouvoirs publics soulève, en revanche, la question du fondement de leur légitimité. Le développement d'institutions para-étatiques qu'on a appelées à la fin des années 70 les " autorités administratives indépendantes " et placées en dehors de l'appareil d'Etat a posé à son tour un problème au regard de la tradition centralisatrice française. Certaines d'entre elles possèdent d'importants pouvoirs de réglementation et de sanctions qu'elles hésitent de moins en moins à utiliser. La fameuse théorie de la séparation des pouvoirs a été malmenée, mais les difficultés ont été finalement résolues par la " juridicisation " des A.A.I. au prix, bien sûr, d'entorses aux dogmes.

La " pulvérisation " des sources du droit qui participent ainsi à part entière à la " régulation sociale " a conduit la doctrine à tenter de proposer un nouveau principe fondateur de légitimité, celui de " procéduralisation du droit " qui s'accompagne d'une complexification du droit. Le contrôle de la norme n'est plus seulement un contrôle de type vertical. Il emprunte des voies beaucoup plus subtiles.

---

<sup>64</sup> Op ; cit. 235

<sup>65</sup> L. Cohen-Tanugi, Les métamorphoses de la démocratie, op. cit..

### A. La procéduralisation de la production du droit.

Le " retour au droit " auquel on assiste ces dernières années n'est pas un simple phénomène de mode ; il traduit la reprise d'un dialogue philosophique sur le droit que l'on trouve sous la plume de nombreux auteurs<sup>66</sup> .

La plupart observent que c'est sur la démocratie que se fonde l'Etat constitutionnel moderne et que l'une des questions qui s'impose à nous aujourd'hui est celle de savoir si une telle idée n'est pas nécessairement tenue en échec par la complexité des sociétés<sup>67</sup>. Il semble que cette conception du rôle de l'Etat a justifié en son temps l'essor de l'Etat-Providence. Le droit formel caractérisé par des normes générales et impersonnelles dont la pyramide kelsenienne rendait assez bien compte a cédé la place à un droit " matériel " prenant en compte les situations concrètes comme en témoigne l'éclatement du droit en branches diverses et l'essor de l'ordre public (de direction ou de protection). Mais le droit matériel apparaît aujourd'hui comme " une colonisation du monde vécu "<sup>68</sup> et ne semble plus à la mesure des impératifs normatifs d'une société complexe de marché développé.

Plusieurs réponses aux dysfonctionnements du droit matériel pouvaient être envisagées. Selon certains, il fallait renforcer les moyens de l'Etat-Providence (ce que les anglo-saxons désignent sous le terme d'implementation). Cette attitude bute sur le fait que la complexité de l'objet à réguler rend vaine toute prétention organisatrice du droit purement étatique. Pour d'autres la solution réside dans la dérégulation au sens de Hayeck<sup>69</sup> qui s'appuie sur les " coûts horribles " des agences régulatrices aux Etats-Unis<sup>70</sup>. Il semble qu'il faille se montrer très prudent par rapport à ces dernières affirmations qui ne quantifient jamais les " bénéfices sociaux " et se gardent, en conséquence, des seuls critères d'efficacité économique. La thèse de la dérégulation totale se discrédite d'elle-même car " elle hypostasie pour l'ensemble la rationalité sectorielle du système économique - marché et concurrence - et refuse de voir que la mission de la juridicisation dans l'Etat social est précisément de valoriser par rapport à l'économie la rationalité d'autres sous-systèmes "<sup>71</sup>. Le fait que les théories critiques cherchent aujourd'hui dans le droit une solution au problème de l'ordre social confirme aussi la place du droit en tant que discipline normative, capable de proposer des solutions à des problèmes de valeurs. A l'échec de l'implémentation et de la dérégulation, J. Habermas et G. Teubner proposent une autre solution : l'autorégulation pour l'un, la procéduralisation pour l'autre, mais qui entretiennent des liens étroits.

Leur point de départ est celui du constat d'une société qui se caractérise par des contradictions internes et par des conflits entre sous-systèmes hautement spécialisés. L'intégration des sous-systèmes doit se faire par la " procéduralisation " que l'on doit surtout ne pas ramener aux seules procédures. Cela signifie essentiellement que le droit, au lieu de proposer directement des

---

<sup>66</sup> G. Teubner, *droit et réflexivité*, éd. juridiques Klever, 1995 ; J. Habermas, *De l'éthique de la discussion*, Passages, Cerf 1992 ; *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, 1997.

<sup>67</sup> J. Habermas, *Le Monde des livres*, 10 janvier 1997.

<sup>68</sup> J. Habermas précité et G. Teubner précité.

<sup>69</sup> *op.cit.*

<sup>70</sup> Coase,

<sup>71</sup> G. Teubner, *op. cit.* 84.

normes de conduite sociale - droit matériel - , doit se contenter de régler l'organisation, les procédures et la redistribution des compétences, ce que Teubner appelle les " préconditions juridiques structurelles d'une autorégulation de la société "72. C'est cette même recherche que l'on trouve sous la plume de J. Habermas qui, privilégiant un modèle de droit processuel, entend donner une nouvelle définition du formalisme juridique et une nouvelle légitimation au système juridique.

Cette procéduralisation du droit se vérifie avec plus ou moins de force tant en ce qui concerne les normes publiques que les normes privées ou mixtes.

### 1) procéduralisation des normes publiques.

C'est essentiellement J. Habermas, publiciste avant tout, qui développe ce thème. Son ambition est de proposer une nouvelle interprétation de l'Etat de droit, adaptée aux conditions d'une société complexe qui doit satisfaire aux conditions d'une intégration sociale, laquelle s'accomplit à travers des opérations d'intercompréhension réalisées par les sujets.

" Le droit ne prend pas tout son sens normatif en vertu de sa seule forme, pas plus qu'en vertu d'un contenu moral donné a priori, mais à travers une procédure d'édition du droit qui engendre la légitimité "73. Cette affirmation entend fournir une réponse nouvelle à la conception libérale illustrée par Kant et à la conception républicaine défendue par Rousseau qui avaient toutes deux pour résultat de transférer au seul Législateur politique toute la charge de l'autonomie politique des citoyens (élection). Habermas entend lui " implémenter le principe de discussion " au sein même de la procédure démocratique. Le projet est vaste puisqu'il vise aussi bien le mode d'élection que le statut des députés (la question du cumul des mandats, par exemple) ou l'organisation du travail parlementaire, notamment à travers le travail en commissions.

Pour nous en tenir à quelques exemples concrets illustrant le thème de la procéduralisation, nous voudrions signaler certaines manifestations intéressantes de l'émergence d'un nouveau modèle processuel dans la production de la norme législative.

Le premier a été étudié il y a déjà quelques années sous les termes de " loi négociée "74. Pour prendre en compte les volontés de démocratie directe, le législateur (démocratie représentative) s'est engagé ces derniers temps à associer les partenaires sociaux à l'élaboration de la norme. Il ne s'agit pas du lobbying sur lequel nous reviendrons plus tard. Nous voudrions évoquer ici un mécanisme qui s'appuie d'abord sur la négociation collective entre partenaires sociaux afin de parvenir à des fins ponctuelles et expérimentales à de nouvelles normes. lorsque le mécanisme a fait ses preuves, le législateur vote une loi reprenant le contenu de l'accord mais généralisant ce dernier à l'ensemble des partenaires sociaux. c'est ainsi que l'ordonnance sur les 39 heures de travail payées 40 est un texte qui a généralisé à l'ensemble du monde du travail des accord signés au départ entre certains syndicats patronaux et certains syndicats de salariés seulement (Ordonnance du 16 janvier 1982, Art. L 212.1, al. 1 du Code du travail). On a ici une loi

<sup>72</sup> op. cit. 89.

<sup>73</sup> Droit et démocratie, op. cit. 153.

<sup>74</sup> Verdier et Langlois, Aux confins de la théorie des sources du droit, une relation nouvelle entre la loi et l'accord collectif, D. 1972, Chron. 253.

négociée en ce sens qu'elle combine un mécanisme de démocratie directe dans un premier temps avec la représentation indirecte, base de nos démocraties représentatives.

Cette volonté de faire adhérer les sujets soumis à la norme à l'édiction de cette dernière se retrouve quoique de façon plus indirecte avec le procédé des "lois d'expérimentation". Dans un certain nombre d'hypothèses où la réception de la norme pose problème, soit que l'opinion publique ne soit pas mûre, soit que les données du sous-système contribuant à l'édiction de la norme (les connaissances scientifiques) soient encore tâtonnantes, le législateur adopte une législation provisoire dans le temps et qui devra donner lieu à confirmation, infirmation ou adaptation (Abolition de la peine de mort, loi bioéthique du 29 juillet 1994, loi du 13 juillet 1992 relative au contrôle et à la dissémination des organismes génétiquement modifiés). Cette législation s'accompagne souvent de la création de "comités de veille" au sens large.

C'est sans doute la procéduralisation de la norme administrative qui soulève le plus de difficultés théoriques mais surtout pratiques du fait que l'administration est traditionnellement présentée comme devant préserver sa capacité fonctionnelle et son efficacité au moyen précisément d'une faible démocratisation. Pourtant, dans l'Etat contemporain, nous avons relevé que la loi est devenue insuffisante et que dans des domaines de plus en plus nombreux, en particulier en matière économique et de régulation sociale, l'administration se voit octroyer de larges marges discrétionnaires. L'administration prend en compte des revendications contradictoires formulées par des groupements d'intérêts divers et est conduite, de ce fait, à abandonner sa tâche d'exécution de la loi avec la possibilité d'édicter des règlements autonomes. Elle entre ainsi dans des processus de négociation corporatistes qui invalident le fondement traditionnel de légitimité de son action : être le simple exécutant des volontés législatives. elle est désormais contrainte d'assumer des fonctions réservées jusqu'ici au seul législateur et sa légitimité suppose un nouveau modèle explicatif. Habermas pense le trouver dans la consécration de droits procéduraux et une démocratisation plus poussée de l'action administrative. S'il ne donne pas un contenu très concret à ces innovations, préférant le laisser à "l'imagination institutionnelle" et à "l'expérimentation"<sup>75</sup>, il esquisse cependant des catégories susceptibles de favoriser ces développements. C'est ainsi que la procéduralisation de l'action administrative peut passer par des institutions nouvelles et qui tendent à se développer de nos jours. On en voudra pour preuve les obligations toujours plus nombreuses de publicité et de motivation. Plus exemplaires encore de ce processus de démocratisation de l'administration, apparaissent les droits d'audition et de participation des citoyens spécialement sous la forme d'enquêtes publiques ou d'études d'impact que ce soit en droit de l'aménagement du territoire, du territoire ou de l'environnement<sup>76</sup>.

La légitimité des sources privées et mixtes, non rapportée à notre tradition étatiste, nécessite davantage encore de procéduralisation.

## 2) Procéduralisation des normes privées et mixtes.

<sup>75</sup> op. cit., 470.

<sup>76</sup> R. Romi, Droit et administration de l'environnement, Montchrestien 1994, 66 et s. ; J. P. Papin, L'enquête préalable à la déclaration d'utilité publique, Thèse Tours 198, Dactyl. ; R. Hostiou, Enquêtes publiques, AJDA 1983, 606 ; Y. Jegouzo, La réforme de l'enquête publique, Dalloz, 223.

On a compris que la complexité de la société actuelle interdit un retour au formalisme abstrait du Code civil. cependant, il apparaît plus que jamais nécessaire de retrouver " l'autonomie normative de la forme juridique ". Le droit, ainsi compris, n'est plus un ensemble de normes hiérarchisées et générales édictées par les autorités publiques compétentes, mais un ensemble de principes procéduraux déduits du formalisme propre au système juridique. Il faut donc lier aussi les ordres privé et mixte à la logique du droit procédural qui précise les conditions qui peuvent donner lieu à une institutionnalisation juridique.

La légitimité de ces derniers est incertaine du moins en ce qui concerne les sources privées. Aussi voit-on se dessiner une contrôle de leur légalité encore tâtonnant et dont les formes ne sont pas toujours directes.

En ce qui concerne les autorités administratives indépendantes, la procéduralisation semble s'être opérée par une juridictionnalisation accrue de ces dernières. Elle se manifeste d'abord par la soumission croissante des A.A.I. aux principes du contradictoire et du respect des droits de la défense ainsi que par leur soumission soit à l'ordre administratif, soit à l'ordre judiciaire<sup>77</sup>.

En ce qui concerne les normes privées, les pratiques sont extrêmement variées et la réflexion semble encore balbutiante.

- Les A.A.I. visent, nous l'avons vu à soustraire la régulation de l'économie et de certains secteurs sensibles de la vie en société à une logique purement politique ou soumise au processus administratif traditionnel. Elles ont pour finalité de permettre, selon des procédures de plus en plus formalisées, une intervention des acteurs économiques ou sociaux intéressés, dans le processus de production des normes, et ce afin d'accroître la légitimité de l'action des pouvoirs publics. Ce phénomène relativement récent en France, ne l'est pas aux Etats-Unis où les agences ont fait leur apparition au XIXème siècle. Il est plus ou moins institutionnalisé selon les traditions culturelles, l'exemple le plus achevé pouvant être observé aux Etats-Unis où existe depuis longtemps une tradition de lobbying et de contre-lobbying<sup>78</sup>. Ce sont des espaces de négociation qui favorisent, ce qui est nouveau chez nous, la contractualisation des régulations privées et publiques et institutionnalisent ainsi un lobbying dont les règles formelles sont en formation. La logique de régulation et celle de l'action administrative sont très différentes. La légitimité de la régulation - les normes mixtes - tient au fait qu'elle met en oeuvre une logique interactive, évolutive, professionnelle et pluraliste. La fonction des A.A.I. repose sur une dialectique constante du particulier et du général et sur l'arbitrage des conflits d'intérêts, ce qui les rapprochent davantage de la jurisprudence que de l'administration traditionnelle. " Ainsi les autorités régulatrices indépendantes se trouvent-elles aujourd'hui aux avant-postes de la modernisation de notre vie publique , entretenant une profonde complicité avec, tout à la fois, la nouvelle culture démocratique, l'innovation technologique, la construction européenne et la déréglementation internationale<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> . M. A. Frison-Roche, Vers le droit processuel économique ; Cl. Champaud, L'idée d'une magistrature économique, Rev. Justices 1995, n°1, 91 et 61 ; L. Idot, droit processuel économique, Rev. Justices, n°6, 249.

<sup>78</sup> P. Messerlin, in Commerce mondial : que fait l'arbitre ?, Le Monde Economie 30 sept. 1997.

<sup>79</sup> L. Cohen-Tanugi, La métamorphose de la démocratie, op. cit., 40.

- La légitimité des sources privées du droit est beaucoup plus problématique. En effet, si certaines normes sont négociées, ce qui leur confère une incontestable légitimité, d'autres apparaissent purement et simplement comme la manifestation du pouvoir unilatéral des pouvoirs privés économiques ce qui ne manque pas de soulever la question de leur contrôle.

Lorsqu'il envisage les moyens de la procéduralisation du droit, G. Teubner encourage notamment la " régulation négociée " dont le paradigme historique reste le droit du travail. Il est vrai que les conventions collectives demeurent l'exemple le plus saisissant d'une production privée de la norme légitimée par la participation directe des acteurs sociaux. On connaît les limites de ce paradigme<sup>80</sup> ; il demeure cependant le modèle d'une certaine démocratie directe.

Pourtant, en cette période de mondialisation de l'économie, la procéduralisation débouche souvent sur des solutions à la baisse. G. Teubner est conscient de ces difficultés puisqu'il s'interroge lui-même sur les " asymétries de pouvoirs et d'information qui peuvent déboucher sur une farce " <sup>81</sup>. La réponse à ces asymétries serait à rechercher, selon lui, dans la création artificielle de pouvoirs avec l'appui de l'Etat. Vaste sujet qui illustre les difficultés à se priver de l'Etat-Providence et à s'interroger sur la démocratie réelle des instances privées de production du droit

La normalisation s'inscrit incontestablement dans la politique générale de déréglementation : on laisse aux intéressés eux-mêmes le soin d'élaborer la norme même si c'est le plus souvent sous le contrôle plus ou moins étroit des pouvoirs publics. La normalisation est une illustration saisissante du néo-corporatisme, ce qui explique sans doute que les professionnels s'y soient engouffrés.

Le plus souvent la normalisation est le fait d'organismes " qualifiés " - terme nouveau pour évoquer un organe producteur de normes - dont la caractéristique est d'être plurireprésentatifs <sup>82</sup>. C'est cette condition même qui doit donner sa légitimité à la norme et permettre son acceptation par l'ensemble des intéressés. Elle contribue, par ailleurs, à son effectivité. On retrouve généralement l'intervention de trois acteurs principaux. Il s'agit d'abord des professionnels qui sont concernés au premier chef. Ils peuvent ainsi peser sur le contenu des normes et participent d'ailleurs largement à la normalisation, spécialement lorsqu'ils sont en position de force. La participation des donneurs d'ordres qu'ils soient consommateurs finaux ou donneurs d'ordres apparaît aussi indispensable dans la mesure où ils sont les bénéficiaires de la normalisation. Les pouvoirs publics enfin sont toujours présents, ce qui leur permet d'arbitrer entre les intérêts divergents et exercer une fonction de régulation en fonction de leurs préoccupations générales qui peuvent être aussi bien un protectionnisme déguisé qu'un encouragement à la concurrence <sup>83</sup>.

Cette représentation plurielle des intérêts se retrouve tant dans les organismes internes de normalisation (Conseil Supérieur de la Normalisation, AFNOR, Union Technique de l'Electricité )

---

<sup>80</sup> A. Supiot, Critique du droit du travail, Les voies du droit, PUF 1994, spécialement chapitre 3 : l'invention du collectif.

<sup>81</sup> op. Cit., 93.

<sup>82</sup> A. Penneau, op. Cit., 253 et s.

<sup>83</sup> L. Boy, La valeur juridique de la normalisation, op. Cit.

que dans les organes européens (Comité Européen de Normalisation, CENELEC ...) ou internationaux (I.S.O. -International Standardization Organisation-).

Légitimée par la composition des organismes producteurs de la norme, la normalisation l'est aussi par ses procédures. Des commissions très décentralisées élaborent des avant-projets qui sont généralement soumis à une instruction publique avant l'adoption définitive de la norme (décret du 26 janvier 1984). On doit toutefois observer que la participation des P.M.E-P.M.I. et celle des consommateurs reste problématique et que des progrès devraient être réalisés pour améliorer ce mode de production des normes. Problématique, la normalisation l'est aussi pour les pays émergents et les pays en voie de développement dans la mesure où elle risque de constituer une barrière à l'entrée des marchés pour ces pays.

Mais ce sont incontestablement les contrats d'adhésion et les codes de conduite privés qui soulèvent les problèmes les plus graves du point de vue de leur légitimité. Dictés unilatéralement par les partenaires les plus puissants, doivent-ils échapper au test de légitimité ?

Les conclusions du Commissaire du gouvernement Lagrange dans l'arrêt Bougen nous semblent, à ce titre, devoir être rappelées. S'agissant du pouvoir unilatéral de l'ordre des médecins, devant échapper par définition selon certains à tout contrôle au nom de l'autonomie de ce dernier<sup>84</sup>, celui-ci n'hésitait pas à s'enflammer sur la question de la légitimité de ce pouvoir. " Le pays qui a su soumettre la puissance publique elle-même au contrôle juridictionnel, ne saurait tolérer qu'y échappent tels ou tels organismes investis du pouvoir de créer, d'appliquer ou de sanctionner des règlements sous prétexte qu'on serait en présence d'un droit autonome ou d'un droit *suis generis* " <sup>85</sup>. C'est dire qu'à défaut de définition démocratique de la norme, celle-ci doit être soumise à un contrôle de " légalité ".

Certains ont songé à étendre aux relations de consommation ainsi qu'aux relations d'intégration contractuelle la " régulation négociée " <sup>86</sup>. Puisque les contrats d'adhésion ont des effets collectifs, leur négociation devrait elle-même être collective. Mises à part quelques très rares exceptions (agriculture), cette voie n'a pas été empruntée. C'est donc au contrôle des abus que s'est attaché le législateur. Il faut cependant observer qu'en contrôlant les abus, on légitime par là même les pratiques non abusives, les normes privées.

C'est l'article 35 de la loi Scrivener du 10 janvier 1978 qui consacre pour la première fois le caractère normatif des contrats d'adhésion, près de cent ans après les propositions de Saleilles. Devenu l'article L 132-1 du Code de la consommation (L. du 1<sup>er</sup> février 1995), il permet de déclarer non écrites les clauses abusives insérées dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Le juge peut ainsi veiller à la légalité de ces normes en supprimant, notamment, à

---

<sup>84</sup> Brethe de la Gressaye et Legal, le pouvoir disciplinaire dans les institutions privées, 1938.

<sup>85</sup> C.E. 2 avril 1943, S. 1944, 3,1.

<sup>86</sup> G. Teubner, op. Cit., 93, Calais-Auloy, La protection légale et réglementaire du consommateur, in nouvelles données pour un droit de la consommation, Colloque Aix-en-Provence 1972, 49 et s. ; J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ 1993, n°77 et s..

la demandes des associations de consommateurs dans le contrat ou le type de contrat proposé au consommateur une clause illicite<sup>87</sup>.

S'agissant des relations entre professionnels eux-mêmes, le contrôle de la légalité est beaucoup plus imprécis. Certes, l'article 8-2 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 prohibe-t-il " l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans le quel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente... ". Ce texte a pu être interprété comme introduisant dans notre système juridique une " notion subversive ", permettant un contrôle des normes privées d'organisation de l'économie<sup>88</sup>. L'article 8-2 n'est, en réalité, pratiquement jamais retenu par les autorités de contrôle " car il est difficile de prouver tout à la fois que la pratique affecte l'équilibre des relations contractuelles (analyse micro-économique) et que le marché en est affecté (analyse macro-économique " <sup>89</sup>.

Est-ce à dire que le droit économique est incapable d'assurer un contrôle a posteriori des normes contenues dans les réseaux de contrats, voire d'opérer un contrôle préalable de ces normes qui leur assurerait une légitimité ?

Cette question renvoie à un débat assez vif sur les frontières respectives du droit des obligations et du droit de la concurrence. La doctrine soulignait ces dernières années l'immixtion tentaculaire du droit de la concurrence sur le droit des contrats<sup>90</sup>. C'est de nos jours un reproche inverse que l'on trouve sous la plume de certains auteurs qui s'interrogent sur la légitimité d'un éventuel mélange des genres, spécialement à propos de règlements communautaires dans lesquels la Commission tente de marier une plus grande ouverture à la concurrence avec un rééquilibrage des relations contractuelles<sup>91</sup>. Les autorités européennes parviennent, ainsi en contrôlant la légalité des sources privées du droit à leur donner une légitimité. Le gain d'efficacité concurrentielle sert à justifier le respect imposé de l'équité<sup>92</sup>. Comme le souligne A. Pirovano, Il ne faut pas " oublier que la logique concurrentielle ne peut, notamment dans les domaines où les conflits sont d'une particulière acuité, s'abstraire des exigences de l'équité contractuelle, pour la raison que le marché, dans lequel se rencontre l'offre et la demande, repose toujours sur cet instrument juridique qu'est le contrat ", nous serions tentée d'ajouter qu'est le contrat collectif<sup>93</sup>.

Ce dernier exemple nous semble révélateur du caractère éminemment complexe des formes actuelles de procéduralisation du droit.

<sup>87</sup> J. Calais-Auloy, Les actions en justice des associations de consommateurs, D. 1988, chron. 193 ; G. Viney, Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs, JCP 1988, I, 3355.

<sup>88</sup> M. Sallah et A. Pirovano, L'abus de dépendance économique, une notion subversive ? , Les Petites Affiches, 1990, n° 114 et 115.

<sup>89</sup> M. Malaurie-Vignal, Droit interne de la concurrence, Armand Colin, 1996, 208.

<sup>90</sup> J. Mestre, R.T.D.Civ. 1987, 307 ; M. Malaurie-Vignal, Droit de la concurrence et droit des contrats, D. 1995, chron. 5.

<sup>91</sup> L. Vogel, C.C.C. 1995, comm. 132 ; L. Idot, Europe, éd. Juris-cl. 8-9/1995, 22.

<sup>92</sup> B. Haudeville, la finalité de la politique de la concurrence, promouvoir l'efficacité ou l'équité, Rev. Concurrence et consommation, mai-juin 1995, 45.

<sup>93</sup> A. Pirovano, Logique concurrentielle et logique contractuelle, à propos du règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles, in colloque Après la déréglementation, les nouvelles formes de régulation précité.

## B. La complexification de la production des normes.

Il n'est pas dans notre propos de dresser les modalités de cette complexification du droit parfaitement décrite par A. J. Arnaud<sup>94</sup>. Plus modestement, on peut s'attacher, semble-t-il, à en analyser deux aspects liés à la complexité de nos sociétés. Le droit a, en effet, aujourd'hui l'obligation de s'ouvrir à d'autres sous-systèmes ce qui conduit à une mutation du formalisme juridique.

### 1) L'ouverture nécessaire aux autres sous-systèmes.

Le législateur des Codes napoléon savait globalement où ses décisions l'entraînaient. Il tenait, par ailleurs, sa légitimité de la conception libérale et républicaine qui lui transférait la charge de l'autonomie politique des citoyens. Ne nos jours, " dans le processus d'élaboration du Droit, à quel niveau que l'on se situe, les responsables se trouvent ... confrontés à un environnement de systèmes (politique, social, économique, religieux, etc.) multiples, changeants eux-mêmes, complexes et obéissant à leurs propres lois " <sup>95</sup>. Le système juridique lui-même doit compter avec les logiques contradictoires et l'incertitude. Les décisions juridiques peuvent avoir des conséquences inattendues dans d'autres systèmes et d'autres secteurs de la vie sociale, ce qui soulève le problème de leur articulation.

La différenciation fonctionnelle de la société pousse les sous-systèmes sociaux de plus en plus spécialisés à forcer leur propre rationalité à un point tel qu'ils risquent de ne plus communiquer entre eux. A la question de la communication entre les systèmes se superpose celle de savoir quelle est la place de ces derniers les uns par rapport aux autres, notamment en ce qui concerne le système juridique. G. Teubner estime, à cet égard que " le droit ne peut monopoliser l'autorité épistémologique des autres savoirs et assurer seul l'entière responsabilité de toutes les constructions de la réalité...Il ne peut pour autant pas déléguer totalement l'autorité épistémique aux autres discours sociaux " <sup>96</sup>. Chaque sous-système construit, en effet, sa propre réalité et surviennent souvent des conflits entre les construits de ces divers systèmes.

Face à ces conflits, certains préfèrent la voie de l'évitement. Des questions essentielles, comme la bioéthique, devraient, dans cette conception, être confiées aux seuls scientifiques où à la philosophie. G. Teubner critique vivement cette attitude et on sait qu'elle ne peut conduire qu'à la confiscation de la démocratie <sup>97</sup>. Sous peine de perdre sa légitimité le droit doit au moins mettre en oeuvre des procédures destinées à résoudre ces conflits. Il doit régler " juridiquement " ces problèmes quand bien même ils donnent lieu à des controverses où sont indécidables pour la science.

---

<sup>94</sup> Pour une pensée juridique européenne, Les voies du droit, PUF 1991.

<sup>95</sup> A.J. Arnaud, op. Cit., 272.

<sup>96</sup> op. Cit., 202.

<sup>97</sup> M. Delmas-Marty, Le projet génome humain : liberté de la recherche et démarche démocratique, RIDE 1993, n° 1, 29 ; Les paradoxes du principe de précaution, In réflexions sur le principe de précaution, 25 mai 1996, cf. Les dossiers de l'environnement de l'INRA, n° 12, OGM : prudence....

La question qui se pose alors est de savoir comment peut s'opérer cette ouverture cognitive<sup>98</sup>. G. Teubner nous propose une voie : la résolution des conflits entre le système juridique et les autres systèmes doit être trouvée dans le " droit réflexif ", c'est-à-dire une procéduralisation du savoir en ce sens que le droit doit incorporer les autres savoirs mais en se les réappropriant. " Si le droit est contraint de produire une réalité juridique autonome, il ne peut en même temps s'immuniser contre les réalités, par là même conflictuelles, que produisent les autres discours de la société "<sup>99</sup>.

Les tensions majeures entre le système juridique et les autres sous-systèmes se développent essentiellement de nos jours dans le domaine de la science économique et des sciences dites dures.

La première tension manifeste tient aux relations ambiguës entre la science économique et l'ordre juridique. L'effondrement des systèmes socialistes semble accréditer l'idée selon laquelle il serait idéologiquement correct de subordonner le système juridique à l'économie<sup>100</sup>. Le thème du droit humble servante de l'économie n'est pas nouveau<sup>101</sup>. Certaines " audaces " jurisprudentielles comme la reconnaissance de l'intérêt de l'entreprise entendu comme englobant les intérêts du capital et du travail<sup>102</sup> ont pu accréditer l'idée d'un dépassement de la seule logique économique. Elles ne sont plus de mise aujourd'hui. La mode est à l'analyse économique du droit, même si cette dernière est loin d'être homogène<sup>103</sup>. Pourtant, contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'impérialisme économique, s'il a cherché parfois à s'imposer, n'a pas encore réussi totalement à coloniser la doctrine juridique. La légitimité du droit consiste, certes, à s'ouvrir à la science économique. Mais l'incorporation des construits de la science économique dans le droit ne peut se réduire à une importation de savoirs ; elle consiste, au contraire, à les reconstruire entièrement. Le droit est, en effet, porteur d'autres valeurs que celles que véhicule la théorie économique, valeurs souvent très éloignées du modèle théorique de la " structure optimale ". On en a donné un exemple avec le règlement européen relatif à la distribution des véhicules automobiles. Les illustrations sont trop nombreuses pour qu'on puisse mentionner même les plus importantes. Contentons nous de signaler ainsi que la notion de marché pertinent qui sert de point de référence pour l'examen des pratiques restrictives de concurrence et des opérations de concentration n'est jamais la réplique pure et simple du marché des économistes<sup>104</sup>. Plus fondamentalement, la seule référence au modèle du marché conduit inéluctablement à l'exclusion, associée à " une néantisation intolérable de l'individu "<sup>105</sup>. C'est dire que les juristes ne peuvent admettre la suprématie de ce modèle économique.

---

<sup>98</sup> F. Ost, *op. cit.*, 139.

<sup>99</sup> *op. cit.*, 192.

<sup>100</sup> P. Salin, *La concurrence, Que-sais-je ?*, PUF ; H. Lepage, *Pourquoi la propriété ?*, éd. Pluriel, Hachette, B.E. Hawk, *La révolution antitrust américaine*, RTDEurop. 1989, 13.

<sup>101</sup> A. Jacquemin, *Le droit, serviteur de l'économie ?*, RTDCom. 1972, 292 ; D. Danet, *La science juridique, servante ou maîtresse de la science économique*, RIDE 1993, n°1, 5.

<sup>102</sup> A. Pirovano, *La "boussole " de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ?*, D. 1997, chron. 190.

<sup>103</sup> Daintih, *Problèmes et chances de l'analyse économique du droit en Europe*, RIDE 1991, n° 3, 313.

<sup>104</sup> Lovergne, *Conception communautaire du marché pertinent d'un produit*, Rev. Conc. Consom. 1985, n°31 ; M. Glais, *Les concepts de relevant market et de dépendance économique au regard de l'article 86 du Traité de Rome*, Rev. Marché commun, 1987, 203.

<sup>105</sup> M. A. Frison-Roche, *Le modèle du marché*, Archives de philosophie du droit, n°40, 1995, 286.

Il y a plus grave de nos jours : le conflit ouvert entre sciences " dures " et système juridique. Les progrès de la science, notamment en matière de vivant, sont le second lieu d'affrontement difficile entre le système juridique et un autre système à prétention hégémonique. S'il paraît " rationnel que le droit cherche au moins à maintenir la compatibilité de ses construits de réalité avec les développements scientifiques les plus récents "<sup>106</sup>, il s'en faut qu'il aligne purement et simplement ses construits sur ceux de la science. S'il peut paraître légitime que le droit se réorganise autour d'une science (le droit de la filiation, par exemple), la " création se son propre droit par une science " mérite, en revanche, de sérieuses réticences<sup>107</sup>. Il semble, en effet, qu'il faille soigneusement distinguer l'accueil que le droit peut faire à une science avec la " soumission radicale du droit à une science "<sup>108</sup>.

C'est ainsi, par exemple, que devant les découvertes fabuleuses sur le génome humain et les dangers dont elles sont porteuses pour les libertés individuelles, les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 (art. 16-10 du Code civil) interdisent l'utilisation des tests génétiques à des fins autres que médicales ou de recherche scientifique<sup>109</sup>. De même, devant les incertitudes de la science face à la question des organismes génétiquement modifiés, le droit a su plus ou moins bien régler juridiquement les questions à lui posées en imposant un minimum de prudence <sup>110</sup>. Face à la poussée conjointe de la science et des intérêts des industriels, les décisions doivent permettre la participation des citoyens au débat, la transparence et le principe de précaution<sup>111</sup>.

Dans le dialogue science/droit, c'est le principe de précaution qui nous paraît, à cet égard, être le meilleur rempart contre les avancées des manipulations possibles d'un Monsieur Fol Amour <sup>112</sup>. La consécration substantielle du principe de précaution dans la déclaration finale de la Conférence de Stockholm, l'article 130 R du Traité de l'Union Européenne et l'article 200-1 du code rural n'apporte, certes, pas de solution définitive aux questions posées par les progrès de la science. La reconnaissance de ce principe manifeste néanmoins une première réponse du droit pour résoudre les conflits entre sous-systèmes et mettre un frein aux exigences d'une " liberté de la recherche " toute puissante. Sa légitimité à résoudre ce type de conflits ne pourra cependant s'affirmer que si elle s'accompagne d'un véritable retour au contrôle démocratique <sup>113</sup>, ce qui ne semble, hélas, pas encore le cas tant les enjeux financiers sont immenses <sup>114</sup>. Les " cafouillages " récents des autorités tant communautaires que nationales à propos des organismes génétiquement

<sup>106</sup> G. Teubner, op. Cit., 200.

<sup>107</sup> B. Edelman, Le droit, les " vraies " sciences et les " fausses " sciences, in Droit et sciences, Archives de philosophie du droit, Droit et science, 55.

<sup>108</sup> Ibid. Voir plus largement le numéro des Archives de philosophie du droit précité.

<sup>109</sup> G. J. Martin, Tests génétiques et assurance ; G. Lyon-Caen, Génétique et droit du travail, R.I.D.E. 1993 n°1, 53 et 61.

<sup>110</sup> La dissémination des organismes génétiquement modifiés, la prudence est-elle possible ?, Les dossiers de l'environnement, n° 12.

<sup>111</sup> Conférence de presse du Ministre de l'agriculture, 27 novembre 1997.

<sup>112</sup> G. J. Martin, Précaution et évolution du droit, D. 1995, 299 ; M. Rémond-Gouilloud, Le risque de l'incertain : la responsabilité face aux avancées de la science, La vie des sciences, comptes rendus, série générale, Tome 10, 1993 ; L. Boy, La référence à la précaution et l'émergence de nouveaux modes de règlement de régulation ?.

<sup>113</sup> M.A. Hermitte, Le projet génome humain : liberté de recherche et démarche démocratique, RIDE 1993 n° 1, 29.

<sup>114</sup> Sur le pouvoir scientifico-économique ou technico-économique : P. Lascoumes, Un droit de l'environnement négocié., volet discret d'une politique publique, GAPP-CNRS, 1990, 51 ; F. Ost, La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit, éd. La découverte, Textes à l'appui, série écologie et société, 1995, 18.

modifiés donnent, en effet, le sentiment que tout est joué d'avance et qu'on ne demande pas aux citoyens leur avis<sup>115</sup>.

L'ouverture du système juridique à d'autres systèmes est telle qu'elle conduit à se poser la question de savoir si le droit n'est pas en mutation, notamment parce que cette ouverture est nécessairement mondiale et remet en cause les systèmes juridiques nationaux hérités du passé.

## 2) la mutation du droit lui-même.

La procéduralisation du droit est une nécessité, notamment pour des raisons de légitimité. Nous avons vu qu'elle relève du défi au plan national. Ne peut-on pas la considérer comme " chimérique " s'agissant de l'Europe et de la planète toute entière ?

" Les communautés européennes reposent sur des transferts ou des créations de compétences et de pouvoirs opérés par les Etats membres, au profit des institutions, selon des degrés variables en fonction des secteurs de l'intégration économique.... Des obstacles techniques et politiques rendent souvent difficile l'adoption de règles communautaires par les organes de décision, retardant la mise en place définitive des normes communautaires " <sup>116</sup>.

Douloureuse, la création d'un droit européen n'en est pas moins évidente. L'essentiel des droits nationaux est aujourd'hui d'origine communautaire. Ce droit est un droit complexe et largement privatisé <sup>117</sup>. La privatisation du droit est largement institutionnalisée aux Etats Unis ; en Europe elle en est encore au stade expérimental. Les autorités communautaires sont néanmoins tenues pour tout projet de " législation " important de recueillir l'opinion des principaux partenaires intéressés. Cette procédure ne repose pas sur un tour de table informel mais sur une procédure " légale " qui conditionne la validité du texte en projet. Cette procédure répond aux nécessités d'élaborer un droit confronté à des environnements de systèmes complexes qu'il s'agisse des systèmes politiques, des systèmes économiques et sociaux ou encore des systèmes culturels.

La matérialisation du droit européen et du droit international se traduit donc principalement par la prise en compte d'exigences économiques (et sociales ?) puisées dans la société civile et par l'ouverture du droit aux systèmes juridiques " vulgaires " comme les groupements d'intérêts ( plus de trois mille lobbies graviteraient autour de la Commission) , les cabinets d'avocats ou les comités de réflexion <sup>118</sup>. On observe un regain de la jurisprudence et la norme s'élabore souvent ou du moins se précise à l'occasion de contentieux. C'est dire que la distinction traditionnelle entre la formulation et la réalisation du droit devient quasiment impossible <sup>119</sup>. La règle émane désormais du concret ce qui nous éloigne du modèle traditionnel de la production du droit par " en haut " <sup>120</sup>.

Cette matérialisation du droit européen n'est pas sans risques car elle peut conduire à une soumission de la normativité juridique à une rationalité avant tout concurrentielle.

<sup>115</sup> Transgéniques : les jeux sont fait, Les échos, 18 décembre 1997.

<sup>116</sup> J. Rideau Les compétences résiduelles et transitoires des Etats membres, Mélanges P. . Teitgen, 441.

<sup>117</sup> M. Delmas-Marty, Pour un droit commun, coll. La librairie du Xxème siècle, Seuil, 1994.

<sup>118</sup> A.J. Arnaud, op. Cit., 296.

<sup>119</sup> L. Boy, conclusions provisoires, in changement social et droit négocié, Economica .1982.

<sup>120</sup> A. Holleaux, Dissolution et réincarnation du droit, Les Petites Affiches 1990, n°118, 4 ; F. Ost, Jupiter, Hercule, Hermès : trois modèles du juge, in La force du droit, sous la direction de P. Bouretz, Esprit, Seuil, 1991.

Ce risque est encore plus grand en matière internationale où l'on assiste à une internationalisation ou mondialisation des catégories juridiques. Ces termes méritent d'être précisés dans l'optique d'une réflexion sur les normes. On entend par internationalisation ou mondialisation des catégories juridiques le fait que certaines catégories juridiques, relevant traditionnellement d'un système national, sont reprises et utilisées par d'autres systèmes juridiques et finissent par être utilisées dans l'ensemble des systèmes juridiques. C'est ainsi, par exemple, que la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale fait référence à des catégories mondiales comme la bonne foi ou le comportement raisonnable des parties. Dans ce même esprit, on doit signaler les décisions récentes de la Cour de cassation en matière de détermination du prix et qui opèrent un véritable revirement de jurisprudence <sup>121</sup>. La solution nouvelle introduit ainsi en droit français des concepts originaires anglo-saxons. De façon générale, la mondialisation des catégories juridiques traduit incontestablement l'hégémonie des modèles anglo-saxons et de sa valeur dominante : l'ordre concurrentiel.

La création d'un organe international de règlement des conflits économiques (O.R.D.) au sein de l'O.M.C. (organisation mondiale du commerce) juridicisant les obligations entre les Etats est-elle de nature à apaiser les craintes de ceux qui redoutent l'impérialisme du marché ? Le doute semble permis.

On pouvait attendre de l'O.M.C. qu'elle soit un juge de paix capable d'arbitrer les différends sans parti pris. Pour l'heure, le bras de fer commercial entre les Etats-Unis et l'Europe, qui tourne à l'avantage des premiers, conduit à s'interroger sur sa capacité à le faire <sup>122</sup>. L'union européenne a dû, en effet, essuyer un double échec dans lequel ont été remises en cause ses politiques d'aide aux pays en développement et de protection des consommateurs. Jusqu'à présent le rapport de force s'exerce à l'avantage des Etats-Unis. Ils ne voulaient pas au départ de la nouvelle procédure de règlement mais ont su l'utiliser à leur profit. Leur tradition de lobbies et de contre-lobbies explique, sans doute, cette situation. C'est dire que la procéduralisation du droit impose à tous les acteurs de faire l'apprentissage de nouvelles pratiques....

Laurence Boy  
Professeur à l'UNSA  
CREDECO ESA 6043 Cnrs

---

<sup>121</sup> Cass. Ass. Plén. 1<sup>er</sup> décembre 1995, D. 1996, 13, concl. Jéol, note L. Aynès, RTDCiv. 1996, 153, Obs. Mestre, ; Jamin, Réseaux intégrés de distribution : de l'abus de détermination du prix au contrôle des pratiques abusives, JCP 1996, I, 3959.

<sup>122</sup> Commerce mondial : que fait l'arbitre ?, Le Monde 30 sept. 1997.