

Le droit européen associe l'ambition de «*mieux légiférer*», notamment à travers le rapport *Mandelkern*, et les travaux sur la *better regulation*, posant souvent une équivalence entre les deux, alors que le vocabulaire français, si ce n'est la tradition, oppose couramment l'art de légiférer et le pis-aller de la régulation, assimilée à la réglementation. À travers cela, c'est une hiérarchie des valeurs qui s'exprime.

La réflexion que nous livre Mme Marie-Anne Frison-Roche au travers de cette étude s'appuie sur l'audition faite devant la délégation pour l'Union européenne du Conseil économique et social, le 19 décembre 2006, dans ses travaux autour *De l'élaboration de la législation communautaire à sa mise en œuvre en droit national: contribution du conseil économique et social à la réflexion sur «Mieux légiférer»*.

Regulation et Régulation en droit européen



Par Marie-Anne
FRISON-ROCHE (*)
Professeur des Universités
à Sciences Po

En introduction, je voudrais reprendre cette expression de «*Mieux légiférer*», puisque c'est celle que vous avez choisie et ainsi m'intéresser à la fois aux origines et au sens de cette expression afin d'éviter quelques difficultés de transcription. Les premiers à avoir utilisé cette notion sont les Anglais, dans la conception de *Best regulation*. Après y avoir réfléchi à leur échelle nationale, à travers une *task force* et des études écrites régulières menées par plusieurs institutions britanniques, ce souci a été transposé à l'échelle européenne, tout d'abord avec le rapport *Mandelkern* et avec l'édiction de groupes de réflexion sur l'efficacité de la régulation.

«*Mieux réguler*», dans le vocabulaire anglais, signifie «*mieux réglementer*». Cela vise une source de droit particulière, la réglementation, dans ces systèmes de *Common Law* gouvernés par le juge. Le souci de mieux réguler visait donc l'État et le souci d'améliorer la réglementation économique.

Le gouvernement britannique émet chaque année des rapports très détaillés sur ce qu'il estime être la *Best regulation*, cette régulation ayant pourtant une plus grande importance en Europe et dans les

systèmes juridiques continentaux et étatsistes, que dans le système britannique de *Common Law*, dans lequel la réglementation a une place moins prédominante. D'ailleurs, les juges ne participent pas en Angleterre ou aux États-Unis à ces travaux sur la *Best regulation*. Ceux-ci sont en outre limités au droit économique et plus particulièrement au droit de la concurrence.

À l'inverse, ou à tout le moins d'une façon distincte, à l'échelle européenne et dans le vocabulaire français ou dans les réflexions françaises, la notion est pensée plutôt au sens de l'efficacité de la régulation, la régulation ayant un autre sens de la réglementation, puisque c'est tout l'appareillage économique-juridique qui permet à cet ensemble mixte de droit, d'économie pratique et théorique d'être efficace dans les relations entre l'État, le droit et le marché.

Ainsi, définir le fait de mieux légiférer renvoie à l'art de mieux légiférer, sans se limiter à l'unique réglementation. La réflexion est alors plus ambitieuse et son objet ne peut pas être pensé de façon isolée. L'entreprise assume alors une démarche au caractère plus systématique et systémique, reconnaissant et s'appuyant sur la puissance théorique dans les implications pratiques davantage que dans le système de *Common law*. Il ne faut pas pourtant décrier les conceptions anglaises et nord-américaines, par sa prédominance donnée au pragmatisme, car leur droit est tout aussi articulé et cohérent que le nôtre.

Pour entrer plus en détail dans ce que peut être «*Mieux légiférer*», cela suppose une appréciation et une gradation sur

une échelle et renvoie à la notion très classique d'«*art de légiférer*». C'est un truisme d'affirmer que pour concevoir comment «*mieux légiférer*», il faut s'entendre sur ce qu'est «*l'art de faire les lois*», ou «*l'art juridique*» d'une façon plus générale. Ainsi, l'on ne peut penser l'art réglementaire sans penser à l'art législatif, l'art judiciaire, l'art contractuel, etc. En outre, l'on ne peut pas penser à l'art de légiférer sans penser aux fonctions que l'on veut assigner au droit, et cela d'autant qu'on en adopte une conception instrumentale. Celle-ci oblige par tautologie à en expliciter les fonctions, c'est-à-dire les finalités servies par le droit, à travers la loi, le jugement, le contrat. «*Mieux légiférer*», c'est mieux servir grâce au droit les finalités fixées. Paradoxalement, contrairement à ce qui lui est reproché, l'Europe, parce qu'elle a une définition instrumentale du droit, fait l'effort dans ses textes d'expliquer ce pour quoi elle utilise la puissance du droit. Ainsi, elle explicite par un autre fondement (la validité des buts poursuivis) et une autre légitimité (l'efficacité de l'usage du droit pour satisfaire ces buts) le recours qu'elle fait à la puissance du droit. Le droit européen explicite les fonctions, ce qui pourrait faire partie intégrale de l'art de légiférer. Cela justifie pourquoi et en perspective de quoi la puissance du droit est utilisée. L'Europe vérifie ensuite l'efficacité, la concrétisation de l'usage du droit et la corrélation entre les effets de ce sur quoi nous avons légiféré, par rapport à ce pourquoi nous avons eu recours à la puissance du droit. C'est une conception instrumentale, mais beaucoup plus normative et, à mon avis,

(*) Ce présent article n'exprime que les opinions de son auteur qui en développe ici la substance.

beaucoup plus pratique et adéquate. Le droit communautaire fonctionne ainsi. Tout cela converge vers le mécanisme d'évaluation de l'efficacité du droit. L'art de légiférer ne peut alors se concevoir sans évaluer, et c'est bien ainsi que les rapports européens ou internationaux, par exemple issus de la Banque Mondiale, conçoivent l'art législatif.

Cette conception, si simple paraît-elle, a pourtant produit un choc en France. En effet, l'art législatif classique ne justifiait pas des fonctions, la légitimité étant donnée par la source (la souveraineté nationale, la volonté générale représentée par le Parlement) et non pas par les buts, les fonctions, les résultats, les mesures.

Il ne convient pourtant pas de présenter d'une façon si radicale et donc si critique le droit français. Pour ne prendre qu'un exemple, c'est le pragmatisme de Jean Carbonnier, qui a conduit la réforme du droit de la famille dès les années 60, en posant que la fonction principale de cette législation nouvelle devait être la protection et la réalisation de l'intérêt de l'enfant.

On voit donc que la conception instrumentale n'est pas antinomique avec une dimension théorique et un projet. Simplement, sa force est d'explicitier les fins et d'obliger à une *accountability* en aval: il faut vérifier si les effets produits par les textes correspondent aux buts pour lesquels ils ont été adoptés.

C'est une évolution de l'art de légiférer, pour lequel les juristes français ont encore beaucoup de résistance et ce sur quoi l'Europe, plus ou moins avec succès, a la volonté de confronter les effets et les buts par tous les efforts d'évaluation. Il existe un déplacement normatif du centre de gravité de la loi ou de la *Best regulation*. La *Best regulation* ou l'art de légiférer est celui dans lequel les effets produits par les textes correspondent aux buts pour lesquels il y a eu recours à la puissance normative. Cela est valable pour toutes les sources de droit.

Dès l'instant que l'on passe de la légitimité par la source à la légitimité par l'efficacité, une ambiguïté apparaît. Le droit peut être efficace d'une façon intrinsèque.

Dans cette première perspective, un droit est efficace en ce qu'il est normatif, produisant par cette seule nature de la sécurité pour les personnes. Ainsi, dès l'instant que vous recourrez à du droit, vous produisez de la sécurité. Il suffit d'invoquer le droit et de recourir aux instruments que sont les juges, l'huissier, la police, pour pouvoir bénéficier d'une qualité intrinsèque, très propre à la conception française.

Dans une seconde perspective, celle de l'efficacité extrinsèque, qui se retrouve beaucoup plus en droit anglais ou européen, le droit est appréhendé à travers la notion d'adéquation. Il y a efficacité dès lors qu'existe une bonne adéquation entre le droit et la situation de fait sur laquelle il va être posé et sur le projet politique par rapport auquel il va être corrélé.

Il suffit d'invoquer le droit et de recourir aux instruments que sont les juges, l'huissier, la police, pour pouvoir bénéficier d'une qualité intrinsèque, très propre à la conception française.

Le droit sera efficace, non pas en ce qu'il produit de la sécurité mécanique et systématique, ce qui est déjà très bien, mais parce qu'il est adéquat aux faits et à un projet politique. L'efficacité du droit dans cette seconde perspective est plus difficile à mesurer que dans la première, impliquant une conception beaucoup plus casuistique et éclatée du droit.

On en arrive à des idées selon lesquelles, à chaque situation de fait, sa règle, et à chaque projet politique, sa règle. Cette conception confère au droit une dimension idéologique encore plus forte. En effet, dans le cas d'une efficacité intrinsèque, le droit «peut» prétendre être neutre, tandis que, dans le cas d'une efficacité extrinsèque, il est nécessaire d'explicitier le but poursuivi, le projet poli-

tique sous-jacent, c'est-à-dire l'idéologie. L'Europe est un projet politique par rapport auquel le droit mesure son efficacité. Le projet politique est constitué par la construction d'un marché unifié comme marche vers une construction politique ou comme forme politique unifiée et paisible entre les personnes et les peuples.

Il convient d'additionner les deux perspectives: l'art législatif en lui-même serait efficace intrinsèquement et extrinsèquement avec cette idée qu'il faut expliciter les adéquations et les mesurer. L'art de légiférer, dans une conception à la fois si globale et si multiple, n'est pas du tout réservé au législateur. Il se trouve plutôt dans des lieux d'explications et de discussions, non nécessairement désignés comme politiques. De ce fait, la distinction entre discussion et décision s'amointrie.

En outre et en conséquence, puisque les discussions préalables à la décision d'un côté et l'effectivité contrôlée de l'autre deviennent quasiment plus importantes que la décision elle-même, les moyens financiers doivent être largement consacrés aux mesures préalables et postérieures à la prise des textes.

La position du droit européen va dans ce sens, mettant beaucoup de moyens, intellectuels et financiers, dans «l'avant-législation» (par exemple à travers les livres blancs et verts) et «l'après-législation», par l'évaluation et les consultations. Pour le moment, c'est un droit avant tout économique, mais l'Europe prend de plus en plus pied dans d'autres matières, par exemple l'exécution des décisions de justice ou le droit des contrats.

On bénéficie aujourd'hui d'une grande maturité du droit de la concurrence mais, à côté ou en articulation avec celui-ci dans le souci de construction d'un marché économique européen intégré, le droit bancaire ou financier européen se développe également à travers la législation européenne, entraînant avec lui un droit des sociétés dont l'unification s'impose corrélativement. ♦