

**SOUS LA DIRECTION DE JEAN-YVES CHÉROT ET BENOÎT FRYDMAN**



# **LA SCIENCE DU DROIT DANS LA GLOBALISATION**

**PENSER LE DROIT**



**BRUYLANT**

# LA SCIENCE DU DROIT DANS LA GLOBALISATION

Il est maintenant habituel d'évoquer la « globalisation » ou la « mondialisation » du droit. L'objet de l'ouvrage n'est ni la description de ce phénomène ni même la vérification de sa pertinence sur un plan empirique. Le point de départ reste la théorie du droit dans un contexte de globalisation des normes et des nouvelles dimensions des conflits entre normes et régulation.

L'ouvrage poursuit l'approfondissement de la théorie du droit dans sa confrontation aux enjeux de la signification du droit dans le contexte d'une société plus globale et internationalisée. Il examine d'un point de vue analytique le concept de pluralisme juridique en partant de la distinction des emplois différents de ce concept dans la théorie et l'analyse du droit. Il confronte les perspectives de la théorie analytique et des approches pragmatiques. Il illustre certains des apports des réflexions théoriques et critiques sur le « droit global » à une meilleure compréhension et à une conceptualisation du droit dans les domaines du droit international, des droits de l'homme, du droit européen et du droit constitutionnel.

Il souligne ainsi la nécessité, à l'âge de la globalisation, du développement de la formation des juristes dans les domaines de la théorie et de la philosophie du droit.



CENTRE PERELMAN  
DE PHILOSOPHIE DU DROIT

[www.philodroit.be](http://www.philodroit.be)

La collection « Penser le droit » est administrée au sein  
du Centre Perelman de philosophie du droit de l'U.L.B.  
Directeur : Benoît Frydman  
Secrétaires : Grégory Lewkowicz et Arnaud Van Waeyenberge

[www.bruylant.be](http://www.bruylant.be)

SCIDROMO  
ISBN : 978-2-8027-3621-9



9 782802 736219



collègue béninois dire que c'était ce qu'il manquait à la justice africaine et qu'il fallait y développer le management de la justice en termes de rendement, d'objectifs par juge et d'évaluation. Il se développe des contentieux de masse transfrontière en matière de responsabilité, notamment car il existe des accidents ou des catastrophes internationales (crash d'avion, catastrophe nucléaire, etc.). On assiste ainsi à une industrialisation de la justice tant dans ses méthodes que dans ces produits. Certes, les juges se connaissent entre eux de mieux en mieux, mais il s'agit de liaisons faibles fondées sur le dialogue, la courtoisie et une coopération minimale menée notamment par le bien nommé juge de liaison. Mais il existe aussi des formes de déliaison avec une tendance à la délocalisation (*class action* extra-territoriale), au *forum shopping malus*, au management standardisateur, et à la concurrence entre les juges publics et privés, les arbitres (pour lesquels le siège de l'arbitrage n'a plus guère de sens). Or, cette justice flottante et industrielle est contraire à la prise en compte singulière des cas qui seule assure la liaison entre les parties et le juge et partant la reconstruction des liens substantiels entre les parties au terme du procès. L'espace judiciaire international ne doit pas nécessairement constituer un véritable ordre processuel prévisible et sécurisé qui serait étouffant, comme le devient progressivement l'espace judiciaire européen. Il convient de conserver de justes distances entre les juges et les parties, quand il y a fusion, absorption ou crise c'est-à-dire déliaisons, des déliaisons en chaîne qui détruisent des réseaux de liens juridiques se construisant parfois au hasard des rencontres. Dans l'espace judiciaire international, il y a aussi la place pour des rencontres doctrinales comme celle d'Aix et peut-être que la théorie du droit est nécessaire afin qu'en pratique des phénomènes de déliaisons ne soient pas laissés à leur tendance destructrice.

CHAPITRE VI.  
L'UNION EUROPÉENNE,  
LABORATOIRE DU DROIT GLOBAL

PAR

DELPHINE DOGOT

*Doctorante à l'École de Droit de Sciences Po (Paris)  
et à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense*

ET

ARNAUD VAN WAEYENBERGE

*Chercheur au Centre Perelman de Philosophie du Droit de l'ULB*

L'Union européenne constitue depuis sa création et sous l'impulsion de la Commission un terreau fertile pour la production de régulations atypiques et innovantes. Dans son interaction avec les phénomènes liés à la globalisation, elle devient un laboratoire de droit global<sup>(1)</sup> particulièrement fécond pour la théorie du droit.

Cette étude a pour ambition d'identifier un certain nombre d'évolutions du droit de l'Union européenne qui ne s'expliquent pas par la lecture des traités européens, mais qui sont le fruit de cette interaction avec la mondialisation et sont plus visibles dans la sphère européenne en raison du caractère plus limité et mieux balisé que constitue l'Union. « Dans cette perspective, étudier les transformations du système de gouvernance communautaire et de ses modalités de pilotage revient à se pencher sur un « précipité » des évolutions contemporaines »<sup>(2)</sup> et laisse entrevoir ce que le droit pourrait subir

<sup>(1)</sup> Sans oser s'aventurer dans une définition du droit global, on peut toutefois avancer comme hypothèse de travail que celui-ci possède en commun avec le droit européen de produire des normes qui résultent d'une collaboration très large entre une série d'acteurs aux statuts variables (et parfois peu clairs) parmi lesquels on retrouve systématiquement des États.

<sup>(2)</sup> BOUSSAGUET L. et JACQUOT S., « Les nouveaux modes de gouvernance », R. DEHOUSSE, *Politiques européennes*, Paris, Les Presses de Sciences Po, 2009, p. 427.

à l'avenir, en réponse aux phénomènes globalisés. Ainsi, les politiques publiques européennes constituent un laboratoire en vue d'analyser les transformations générales du droit.

UNION EUROPÉENNE ET GLOBALISATION :  
PASSIONS ET AMBIVALENCES

Le rapport qu'entretient l'Union européenne avec la globalisation doit s'entendre comme un processus dynamique marqué par des contradictions.

D'un côté, l'Union européenne développe un discours<sup>(3)</sup> par lequel elle se projette dans la sphère globale et propose à cette fin un ensemble d'outils qu'elle estime utiles à la gouvernance mondiale. En outre, l'Union européenne, en agissant comme moteur de la dénationalisation du droit<sup>(4)</sup> par l'intégration des ordres juridiques nationaux de ses États membres, apporte une contribution importante à l'accélération de la mondialisation. L'élimination du contrôle des changes et la libéralisation des marchés illustrent ce mouvement. Enfin, la construction européenne est traversée par les phénomènes caractéristiques de la globalisation : un espace économique intégré ne devant pas gérer l'héritage d'un État Nation au sein duquel la maîtrise des États sur l'économie rencontre de fortes limites ainsi qu'un espace commun dans lequel se rejoignent de multiples groupes souvent très différents politiquement, culturellement et économiquement, et où coexistent plusieurs ordres juridiques dont il faut harmoniser les relations.

D'un autre côté, l'intégration européenne par le droit<sup>(5)</sup> qui a opéré ses soixante dernières années comme un puissant vecteur

<sup>(3)</sup> HAY C., ROSAMOND B., «Globalization, European integration and the discursive construction of economic imperatives», *Journal of European Public Policy*, vol. 9, n° 2, Avril 2002, pp. 147 à 167 et ROSAMOND B., *Europeanization and Discourses of Globalization: Narratives of External Structural Context in the European Commission*, CSGR Working Paper n° 51/100, mai 2000.

<sup>(4)</sup> SASSEN S., «Theoretical and Empirical Elements in the Study of Globalization», ROSSI I. (dir.), *Frontiers of Globalization Research, Theoretical and Methodological Approaches*, Springer, New York, 2008, pp. 297 à 302.

<sup>(5)</sup> DEHOUSSE R., «L'Europe par le droit», *Critique internationale*, 1999, pp. 133 à 150; WEILER J., «The transformation of Europe», *The Yale Law Journal*, Vol. 100, 1991, pp. 2403 à 2483; CAPPELLETTI M. et alii (dir.), *Integration Through Law: Methods, Tools and Institutions - Europe and the American Federal Experience*, Londres, Walter de Gruyter & Co, 1986, 405 p.; ARMSTRONG K.A., «Legal Integration; Theorizing the Legal Dimension of European Integrations», *Journal of Common Market Studies*, vol. 36.2, 1998, pp. 155 à 174; MAGNETTE P., *Le régime politique de l'Union européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 2003, pp. 175 à 202; WIENER A., DIEZ T., *European integration theory*, Oxford OUP, 2002, 306 p.

d'intégration est restée limitée aux États membres et se caractérise par un protectionnisme économique et juridique. Cela conduit à un processus qui paraît à première vue contradictoire avec la globalisation dans la mesure où cette intégration peut se comprendre comme une technique de défense au moyen de la construction d'une «Europe forteresse».

Dans ce phénomène d'interaction dynamique entre la globalisation et l'Union européenne, certaines oppositions ne suffisent pas à nier la convergence des systèmes, pas plus que le constat de rapprochement ne permet de démentir la permanence des différences. Cela s'accompagne d'une modification des instruments juridiques liés à des mécanismes tant de résistance que de participation à la globalisation. Si l'Union européenne se protège en partie, elle intègre également les normativités que lui propose la sphère globalisée. C'est donc un double mouvement qui caractérise l'évolution normative de l'Union européenne : un mouvement allant vers l'extérieur et un mouvement se concentrant vers l'intérieur. En effet, si l'Europe est un moteur de la dénationalisation du droit et des politiques publiques et si elle développe une boîte à outils parfois utile à la gouvernance globale, parallèlement, elle intègre les normes globales et se soumet aux exigences normatives et politiques de la globalisation.

Ces ambivalences qui traversent l'Union européenne l'amènent donc à dépasser les instruments sur lesquels elle s'était fondée jusqu'alors. Abandonnant en partie ces structures jugées lourdes et inadaptées à la prise de décision commune, l'Union européenne invente donc de nouvelles formules, dont on peut supposer qu'elles dessinent le futur des structures d'harmonisation au sein d'une sphère globalisée.

UNION EUROPÉENNE COMME LABORATOIRE  
DE THÉORIE DU DROIT

La relation entre l'Union européenne et la globalisation peut s'observer au moyen des instruments juridiques développés dans cette interaction. Adoptant une démarche empirique, cette étude propose d'adopter une approche fondée sur les instruments développés par l'Union européenne et les fonctions que ceux-ci remplissent. L'instrument entendu comme «un dispositif à la fois technique et

social qui organise des rapports sociaux spécifiques entre la puissance publique et ses destinataires en fonction des représentations et des significations dont il est porteur<sup>(6)</sup> est considéré comme un objet d'étude juridique pertinent dès lors qu'il a la même fonction que les règles de droit positif. C'est donc l'instrument d'action publique qui constitue ici l'objet d'analyse<sup>(7)</sup>. La démarche fait référence à «l'ensemble des problèmes posés par le choix et l'usage des outils (des techniques, des moyens d'opérer, des dispositifs) qui permettent de matérialiser et d'opérationnaliser l'action gouvernementale. Il s'agit non seulement de comprendre les raisons qui poussent à retenir tel instrument plutôt que tel autre, mais d'envisager également les effets produits par ces choix<sup>(8)</sup>. Cette analyse fonctionnelle amène à mettre en avant l'interaction entre les instruments et les parties prenantes au processus normatif et à mesurer les changements de perspective que la globalisation produit sur l'étude du droit<sup>(9)</sup>.

L'adoption d'une méthode empirique et compréhensive fondée sur une approche pragmatique est à même de saisir les prémisses d'une évolution cruciale de la normativité européenne au sein d'un environnement global. Les normes et règles sont donc étudiées en tant qu'elles sont déterminées par les pratiques desquelles elles émergent, et non comme si elles existaient de façon autonome.

L'Union européenne constitue à cet égard un laboratoire particulièrement fécond pour la théorie contemporaine du droit. Non seulement animée par le désir contradictoire de jouer dans le jeu global et de se protéger des effets déstabilisants de celui-ci, elle est dotée d'une structure qui fait qu'elle échappe par nature aux paradigmes explicatifs des structures étatiques et internationales classiques. En outre elle produit des instruments qui ne répondent pas non plus à

<sup>(6)</sup> LASCOURMES P. et LE GALÈS P., «L'action publique saisie par ses instruments», P. LASCOURMES et P. LE GALÈS (dir.), *Gouverner par les instruments*, Paris, Presse de Science Po, 2004, p. 13.

<sup>(7)</sup> ELIADIS P., HILL M. et HOWLETT M. (dir.), *Designing Government : from Instruments to Governance*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2005.

<sup>(8)</sup> LASCOURMES P. et LE GALÈS P., *op. cit.*, p. 12.

<sup>(9)</sup> Cette démarche s'inscrit dans le cadre des recherches collectives et de la méthode développée par le Centre Perelman de philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles. Pour un approfondissement sur cette méthode, nous vous renvoyons à la contribution de B. FRYDMAN dans cet ouvrage.

la logique juridique classique sur laquelle, pourtant, l'Union européenne fonde une part de sa légitimité.

Ce phénomène se caractérise par la création d'instruments innovants, singuliers, qui ne participent pas à la logique formaliste à laquelle la méthode communautaire<sup>(10)</sup> nous avait habitués. Même si cette dernière s'écartait déjà des modes d'élaboration des normes étatiques<sup>(11)</sup>, les nouveaux instruments observés sortent de la logique classique sur laquelle une grande partie des théories du droit se fondent aujourd'hui. L'observation d'une évolution des outils développés en réponse aux objectifs d'harmonisation des politiques entre les États européens donne donc des clés pour entrevoir les changements que le droit pourrait vivre dans son adaptation aux nouvelles exigences de la globalisation.

Ce laboratoire de la globalisation permet ainsi d'observer un certain nombre d'évolutions, qui affectent la nature des instruments utilisés (1), les acteurs qui les manipulent (2) et les modes de contraintes par lesquels ils sont appliqués (3).

#### 1. - DE NOUVEAUX INSTRUMENTS D'ACTION PUBLIQUE

L'élaboration du droit dans le cadre de l'Union est caractérisée par une logique intégrative<sup>(12)</sup> et par la recherche d'un équilibre fragile entre les intérêts, parfois divergents, des peuples, gouvernements et institutions européennes. Si l'élaboration des règles a traditionnellement été limitée au triangle institutionnel européen, il apparaît aujourd'hui que de nombreux instruments échappent, du

<sup>(10)</sup> À la lecture du Traité de Lisbonne, le processus de décision politique se déroule d'une façon plus ou moins standardisée : seule la Commission a le pouvoir d'initiative. En principe, il revient au Conseil et au Parlement d'arrêter les actes normatifs ayant un caractère législatif du fait de leur portée générale. La majorité requise au sein du Conseil (simple, qualifiée ou unanimité) varie selon la matière en cause, sauf lorsque le Conseil s'écarte de la proposition de la Commission, ce qu'il ne peut faire qu'à l'unanimité. Le cas échéant, d'autres organes créés par le Traité participent au processus décisionnel. L'exécution du droit communautaire est prise en charge par les États membres, par le Conseil lui-même ou par la Commission. Les institutions et les États membres s'efforcent d'assurer que leur participation au processus décisionnel soit effective, au besoin par un recours devant la Cour de justice.

<sup>(11)</sup> SCOTT J., TRUBEK D.M., «Mind the gap : Law and New Approaches to Governance in the European Union», *European Law Journal*, Vol.8, No. 1, March 2002, pp. 1 à 18.

<sup>(12)</sup> SIMON D., «Les fondements de l'autonomie du droit communautaire», *Droit international et communautaire. Perspectives actuelles*, Colloque de la SFDI, Paris, Pédone, 2000, pp. 211 à 249 et TROUCHE A., «Le principe de précaution, entre unité et diversité : étude comparative des systèmes communautaires et OMC», *CDE*, 2008, p. 233.

moins en partie, aux procédures classiques établies par les traités<sup>(13)</sup>. Cette évolution se manifeste principalement par une logique générale d'externalisation du processus d'élaboration de la régulation en dehors des instances politiques classiques.<sup>(14)</sup> Les institutions légifèrent ainsi par objectif, en se limitant, bien souvent à ne prévoir que des procédures (1.1.). La détermination du contenu de la régulation se déplace quant à elle ainsi au profit de la norme technique (1.2.), pouvant reposer sur le benchmarking (1.3.).

### 1.1. – Objectifs et procédures

La « loi » n'a pas disparu, mais elle se limite de plus en plus à déterminer des objectifs généraux ambitieux de politique publique européenne. Ces objectifs sont formulés de façon large : la lutte contre le réchauffement climatique par une diminution de X % d'émission de gaz à effets de serre, l'introduction d'un référentiel comptable commun pour les sociétés européennes cotées, la lutte contre la discrimination, une eau de bonne qualité, l'amélioration de l'efficacité des services financiers. La législation se fait donc programmatique, « de sorte que ce n'est pas en elle-même qu'elle trouve sa cohérence et son bien être mais bien dans la réalisation graduelle des objectifs qu'elle se fixe »<sup>(15)</sup>. Ces objectifs législatifs ambitieux ont généralement été établis suite à une impulsion politique du Conseil européen et en concertation avec la société civile et/ou des parties prenantes via les nombreuses consultations organisées par la Commission lors de sa phase préparatoire à l'enclenchement ou à la réforme d'une politique.

<sup>(13)</sup> Pour des études sur ce phénomène, voir, entre autres, DE BURCA G. et SCOTT J., *Law and New Governance in the UE and the US*, Hart Publishing, 2006; KJAER P., *Between Governing and Governance - On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-National Constellation*, Oxford, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010, 194 p.; SCOTT C., « Regulation in the age of governance : the rise of the post-regulatory state », in *The Politics of Regulation - Institutions and Regulatory Reforms for the Age of Governance*, J. JORDANA et D. LEVI-FAUR (dir.), Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2004, pp. 145 et s.; SABEL C. et ZITLIN J., « Learning from Difference : The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU », *Experimentalist Governance in the European Union*, Oxford, OUP, 2010; TRUBEK D. et TRUBEK L., « New Governance and Legal Regulation : Complementarity, Rivalry or Transformation », *Columbia Journal of European Law*, 2007; et le numéro spécial dédié à la « nouvelle gouvernance » paru dans le *European Law Journal* de 2002.

<sup>(14)</sup> BARTOLINI S., « An introduction », HÉRITIER A. et RHODES M. (dir.), *New Modes of Governance in Europe Governing in the Shadow of Hierarchy*, Houdmills, Palgrave-Macmillan, 2011, pp. 8 à 12.

<sup>(15)</sup> OST F., « Conclusion générale », *Les transformations de la régulation juridique*, Jean CLAM et Gilles MARFIN (dir.), Paris, LGDJ, 1998, p. 436.

Outre cet objectif de politique publique, la législation européenne contient peu de règles primaires imposant et/ou interdisant certains comportements<sup>(16)</sup>. Elle prévoit avant tout une série de règles procédurales qui ne définissent pas directement le comportement à adopter, mais prévoient les différentes étapes menant idéalement à la réalisation de l'objectif fixé en faisant intervenir de nombreux acteurs, jugés légitimes et qui dépasse le triangle institutionnel, pour qu'ils puissent faire valoir leur point de vue et coordonner leurs actions<sup>(17)</sup>. Les instruments législatifs classiques se caractérisent donc désormais par un contenu normatif de plus en plus faible, qui s'articule moins sur la nature des problèmes publics que sur les modalités choisies pour les résoudre<sup>(18)</sup>.

Cette évolution aboutit à réduire le champ d'action politique au profit des nouveaux instruments de mise en œuvre de ladite politique qui empruntent en général les caractéristiques de la normalisation.

### 1.2. – Normes techniques

Une législation par objectif accompagnée d'une délégation chronique à de nouveaux acteurs en charge de nombreuses missions essentielles font que la nature des normes produites a évolué. Cette évolution se manifeste par la place de plus en plus importante prise par la normalisation<sup>(19)</sup> au détriment de forums plus politiques. Au

<sup>(16)</sup> Tels que, par exemple, l'interdiction de discriminer sur tel ou tel critère, d'effectuer des recherches sur tel type d'animaux, de mettre sur le marché certains produits chimiques, d'utiliser tel référentiel comptable.

<sup>(17)</sup> Cette évolution avait été identifiée par B. Frydman dans son étude sur la co-régulation (FRYDMAN B., « Coregulation : a Possible Model for Global Governance », in B. DE SCHUTTER and J. PAS (dir.), *About Globalisation, Views on the Trajectory of Mondialisation*, Brussels, VUB Brussels University Press, 2004, p. 231).

<sup>(18)</sup> SALAMON L., *The Tools of Government : a Guide to the New Governance*, Oxford, OUP, 2002, introduction.

<sup>(19)</sup> La normalisation est généralement définie comme un « dispositif cognitif collectif qui rend disponibles et met en circulation, sous forme codifiée et transférable, des savoirs et des moyens d'action, et contribue à la coordination de l'organisation industrielle ». Cet ensemble de normes à portée générale constitue un mode de régulation hybride qui est « la manifestation écrite du résultat d'un choix collectif raisonné en vue de servir de base d'entente pour la solution de problèmes répétitifs ». Elle est négociée par des experts supposés représenter l'ensemble des intérêts des parties intéressées et serait un « instrument dépolitisé de l'action publique » BENEZECH D., « La norme : une convention structurant les interrelations technologiques et industrielles », *Revue d'économie industrielle*, n° 75, 1996, pp. 27 et s.; BORRAZO O., « Les normes. Instruments dépolitisés de l'action publique », in LASCOSMES, P. et LE GALÈS, P., *op. cit.*, p. 128; GENDRON C. et al., « Codes de conduite et entreprise mondialisée : Quelle responsabilité sociale ? Quelle régulation ? », *Les Cahiers de la chaire économie et humanisme (UQMA-ESG)*, n° 12, 2003, 22 p.; MERTZ F., « Normalisation de l'environnement, droit et capitalisme », *Environnement et Société*, n° 26, 2001, pp. 95 à 102.



point que l'on constate, depuis quelques années<sup>(20)</sup>, que l'Union européenne est le théâtre d'un véritable « envahissement du droit par les normes »<sup>(21)</sup>.

Le droit formel n'est pas éliminé, mais la logique est de faire prévaloir le maximum de résultats avec le minimum de dépenses en ressources humaines ou matérielles ce qui donne lieu à un recours accru à la normalisation<sup>(22)</sup>.

L'externalisation n'est possible en réalité que par le recours à des normes formellement non contraignantes, du moins au départ, auxquelles les destinataires sont invités à adhérer. En même temps que la ligne de démarcation entre le secteur public et le secteur privé s'estompe<sup>(23)</sup>, les distinctions entre *soft law* et *hard law* ainsi qu'entre les différents ordres juridiques<sup>(24)</sup> doivent être mises entre parenthèses. L'interchangeabilité des normes et des règles du point de vue fonctionnel amène à ne pas prendre en compte cette distinction. La prolifération de ces normes dans des domaines chaque fois plus diversifiés et étendus a accru leur impact modifiant ainsi, dans leurs effets, le rapport traditionnel établi entre normes et règles. Le caractère juridique ou non juridique de ces différents instruments devient donc une question relativement accessoire, car la juridicité n'est prise en compte que dans le cadre de l'appréhension de l'effectivité qui y serait attachée : « This approach urges us not to equate law with formal regulation but rather to decenter the concept of law to include multiple substances of normativity, particularly nonstate generated norms »<sup>(25)</sup>.

Singulièrement, la méthode dite de la « nouvelle approche » adoptée par l'Union dans le cadre de la réalisation du marché intérieur,

<sup>(20)</sup> La nouvelle approche en termes de marché intérieur illustre ce phénomène à merveille. Pour une étude détaillée de la normalisation européenne, voy. EGAN M., « Setting European Standards: Politics, Rules and Norms », *Constructing a European Market*, Oxford, OUP, 2001, pp. 133 à 166 et PECHO P. et VAN WAEYENBERGE A., « La normalisation technique vue de Luxembourg », *RMUE*, 2010, pp. 387 et s.

<sup>(21)</sup> Cette expression est reprise de FRISON-ROCHE M.A., « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *Revue trimestrielle de droit civil*, vol. 97 (1), 1998, pp. 43 et s.

<sup>(22)</sup> MOCKLE D., *La gouvernance, le droit et l'État*, Bruxelles, Bruylant 2007, pp. 29 et 30.

<sup>(23)</sup> STOCKER G., « Governance as Theory: Five propositions », *International Social Science Journal*, vol. 155, n° 1, mars 1998, pp. 17 à 28.

<sup>(24)</sup> SNYDER F., « Governing Economic Globalisation: Global Legal Pluralism and European Law », *ELJ*, vol. 5, n° 4, 1999, pp. 334 à 374.

<sup>(25)</sup> LOBEL O., « The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought », *Minnesota Law Review*, 2004, pp. 309 et 310.

en utilisant les instruments de législation par objectif, a réellement institutionnalisé la normalisation. La réglementation européenne relative au marché intérieur est passée d'une approche classique du marché unique, qui consistait à adopter à l'unanimité des règlements et des directives très détaillés, à une approche décentralisée et limitée à quelques objectifs communs<sup>(26)</sup>. Celle-ci repose à la fois sur l'utilisation de directives-cadres se limitant à harmoniser uniquement les exigences essentielles relatives aux produits, concernant la santé, la sécurité, l'environnement et sur le principe de la reconnaissance mutuelle tel que consacré par la jurisprudence *Cassis de Dijon*<sup>(27)</sup>. Cette approche a pour but de favoriser la libre circulation des marchandises, tout en garantissant un niveau minimal de sécurité équivalent dans tous les pays européens. Les exigences essentielles contenues dans les directives-cadres sont ainsi complétées par des spécifications techniques non obligatoires, qui prennent la forme de normes européennes harmonisées. Ces normes sont élaborées, sur mandat de la Commission<sup>(28)</sup>, par des organismes européens de normalisation qui n'ont pas de lien institutionnel avec l'Union européenne<sup>(29)</sup>. Les entreprises sont incitées à respecter ces normes et à labelliser leurs produits du sigle des normes euro-

<sup>(26)</sup> La nouvelle approche est basée sur la résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, JO, n° C 136 du 04/06/1985 pp. 1 à 9. Cette approche fut également mise en lumière par le célèbre et précurseur arrêt de la CJCE « Cassis de Dijon » (affaire 120/78 du 20 février 1979, Rec. 649). Les principes de la nouvelle approche constituent la base de nombreuses directives. Pour une étude détaillée de la normalisation technique européenne dans le cadre de la Nouvelle Approche, voy. SCHEPPEL H., *The Constitution of Private Governance - Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford Hart Publishing, 2005, pp. 225 à 258.

<sup>(27)</sup> Arrêt du 20 février 1979, Rewe Zentral (dit « Cassis de Dijon »), 120/78, Rec. p. 649, points 8 et 14. Pour rappel cet arrêt établit qu'un produit ne faisant pas l'objet de mesures d'harmonisation européenne, mais qui est légalement fabriqué et commercialisé dans un État membre, peut être commercialisé dans les autres États membres, même s'il n'est pas (entièrement) conforme aux réglementations de ces derniers. Voir à cet égard MATTERA A., « Les barrières frontalières à l'intérieur de la CEE et l'action de la Commission pour leur démantèlement », *Revue du marché commun*, 1987, pp. 264 à 267; MATTERA A., *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*, Paris, Jupiter, 1990, p. 246.

<sup>(28)</sup> L'élaboration et l'adoption de ces normes européennes harmonisées se fondent sur les orientations générales pour la coopération entre les organismes européens de normalisation et la Commission, signées le 13 novembre 1984 et revues le 23 mars 2003 qui contiennent une série de principes et d'engagements en ce qui concerne la normalisation, comme la participation de toutes les parties intéressées (par exemple les fabricants, les associations de consommateurs et les syndicats), le rôle des pouvoirs publics, la qualité des normes et l'application uniforme des normes dans l'ensemble de l'Union européenne - <http://ec.europa.eu/enterprise/newapproach/legislation/guide/document/guidepublicfr.pdf>

<sup>(29)</sup> En l'occurrence le Comité Européen de Normalisation (CEN) pour la plupart des secteurs, le Comité Européen de Normalisation Electrotechnique (CENELEC) et l'Institut européen des Normes de Télécommunication (ETSI) pour des domaines plus spécialisés.

péennes, car cela crée en leur faveur une présomption<sup>(30)</sup> de conformité aux exigences essentielles, qui autorise *prima facie* leur circulation dans le marché intérieur. Ainsi, le contenu des règles de sécurité, de santé publique et de protection de l'environnement passe-t-il insensiblement de l'empire des lois vers celui des normes techniques.

Une fois l'objectif politique proclamé, l'organisme sélectionné, les procédures connues, les acteurs identifiés et les informations recueillies, les conditions sont réunies pour définir les normes de références<sup>(31)</sup>. Celles-ci ne sont pas définies à la manière d'une loi générale et abstraite ayant vocation à perdurer. Bien au contraire, les normes sont en général établies au moyen de procédés qui développent de nouvelles techniques de régulation au premier rang desquels se trouvent les indicateurs, les rapports et le benchmarking.

### 1.3. – Benchmarking

La normalisation croissante de la législation européenne s'est accompagnée d'un nouveau phénomène exemplaire de l'utilisation de ces instruments : le benchmarking<sup>(32)</sup>. Ce terme se réfère à «une

<sup>(30)</sup> S'il choisit d'autres standards ou d'autres normes techniques que les normes européennes, il incombera au fabricant d'apporter la preuve que ceux-ci répondent aux prescrits des exigences essentielles.

<sup>(31)</sup> Ce mécanisme est bien résumé par O. Lobel : «The central authority declares a need and an intention to address an issue and expresses willingness to provide resources. The role of government is to promote and standardize innovations that began locally and privately. Scaling up, facilitating innovation, standardizing good practices, and researching and replicating success stories from local or private levels are central goals of government. Policymakers must observe and encourage a variety of practices that emerge in the market, and then decide how best to support and complement good practices. (...) Orchestration of the best practices found in different contexts has the potential to result in a «virtuous cycle of innovation and improvement» – LOBEL O., *op. cit.*, p. 321.

<sup>(32)</sup> Le benchmarking, est fort bien résumé par John Pitseys à travers la définition suivante : «Le benchmarking se définit comme un processus systématique visant à évaluer des produits, des services, des méthodes de travail en fonction de bonnes pratiques, en vue d'améliorer la performance d'une organisation donnée. Concrètement, cela consiste à sélectionner et quantifier les indicateurs de performance, à centraliser et harmoniser les données statistiques nationales, à mesurer les écarts entre les résultats enregistrés et à comparer les politiques gouvernementales à l'aune du principe économique d'excellence compétitive. Le benchmarking établit d'une part une grille d'analyse – les «bonnes pratiques» qui permet effectivement d'évaluer les acteurs. De l'autre, il organise le processus par lequel les acteurs en cause seront amenés à améliorer leurs performances. Chacun des acteurs est comparé aux autres; et chacune des performances, à celle qui la précède. Dans ce cadre, il revient à l'indicateur de performance d'évaluer diachroniquement et comparativement le comportement des acteurs. L'indicateur définit le champ pratique et les critères qui présideront au benchmarking; il permet par ailleurs d'intégrer entre elles les dimensions européenne, nationale et locale du processus.» – PITSEYS J., «La méthode ouverte de coordination au cœur de la gouvernance européenne», in C. EBERHART (dir.), «Droit, gouvernance et développement durable», *Cahiers d'Anthropologie du Droit*, Paris, Karthala, 2005, p. 13.

technique d'information permettant l'enregistrement des données, la codification des résultats et le déchiffrement des performances en tout genre en vue de comparer les résultats et d'obtenir une progression de la part des analysés<sup>(33)</sup>. Il repose sur différents instruments dont principalement le rapportage ou *reporting* et les indicateurs. Le rapportage permet d'obtenir l'information nécessaire à l'exercice de comparaison des progrès, d'établissement de classement (*rankings*) et «induit à son tour une logique de mise en concurrence des acteurs et des organisations entre eux»<sup>(34)</sup>. Les indicateurs, quant à eux, «sont des représentations chiffrées des phénomènes que l'on veut mettre sous contrôle [et] permettent de mesurer notamment les performances et la qualité des prestations fournies»<sup>(35)</sup>.

Schématiquement, le processus de *benchmarking* au niveau européen fonctionne en plusieurs étapes et manipule ces différents instruments dans une logique de processus sans fin, car en perpétuelle évolution. En effet, sur la base des informations recueillies dans les différents rapports fournis par les parties prenantes, la Commission identifie les bonnes pratiques et les quantifie par le biais d'indicateurs. Une fois ces indicateurs calculés, la Commission mènera une politique d'évaluation des résultats en vue d'obtenir une progression des destinataires de la politique vers une adéquation la plus proche possible avec les bonnes pratiques.

Le *benchmarking* s'est diffusé à partir des années 1990 dans le monde communautaire<sup>(36)</sup> au travers notamment de la Méthode Ouverte de Coordination (MOC) qui en a fait un élément central de ce nouveau type de régulation. Cette méthode, initiée par le Conseil européen de Lisbonne de mars 2000, a pour ambition de faire progresser ensemble les États membres vers la réalisation d'objectifs définis en commun dans des domaines pour lesquels l'Union n'a généralement pas d'autres compétences que de «soutenir et

<sup>(33)</sup> BRUNO I., «Déchiffrer la technique normative du benchmarking : De l'incommensurabilité souveraine à l'étalonnage disciplinaire», contribution colloque CIRPA, 2004, [www.u-picardie.fr/labo/curapp/Colloques/Contributions\\_collACL\\_VersWEB/BRUNO\\_Isabelle.pdf](http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/Colloques/Contributions_collACL_VersWEB/BRUNO_Isabelle.pdf), 2004, p. 20.

<sup>(34)</sup> FRYDMAN B., «Du procès au processus : le management comme alternative à la procédure», *Le nouveau management de la justice*, B. FRYDMAN et E. JÉRLAND (dir.), Paris, Dalloz, pp. 102 et s.

<sup>(35)</sup> FRYDMAN B. *ibidem*.

<sup>(36)</sup> Via deux communications de la Commission intitulées «Le Benchmarking de la compétitivité de l'industrie européenne», COM (96) 463, 9.10. 1996 et «L'étalonnage des performances compétitives – La mise en œuvre d'un instrument à la disposition des opérateurs et des pouvoirs publics», COM (97) 153, 16.4.1997.



compléter» leur action<sup>(37)</sup> tels l'emploi, les pensions et l'exclusion sociale, la recherche et l'éducation, la société de l'information et la politique d'entreprise. À cette fin, la MOC a été mise en place<sup>(38)</sup>, et adopte une régulation par objectifs assortie des critères d'évaluation identifiant les meilleures pratiques, et dont le suivi est opéré par les pairs.

Le nombre d'indicateurs utilisés pour mesurer les politiques nationales, qui passent de 9 indicateurs en 1997 à 71 en 2009, traduit l'évaluation comptable de l'administration publique en étalonnage compétitif des performances étatiques. On assiste ainsi à un déplacement des critères de la délibération et du jugement politiques sur le terrain chiffré de la gestion<sup>(39)</sup>.

La prégnance de ces nouveaux instruments qui ont la même fonction que les règles dans la régulation des relations entre acteurs invite à ne plus les laisser dans un angle mort de la théorie du droit. Si ces instruments se sont pendant longtemps développés à côté du droit, l'exemple de l'Union européenne nous montre que les lourdeurs des outils classiques de prise de décision commune, les incite de plus en plus à prendre la place du droit dans sa forme traditionnelle, et ainsi à changer ses contours et ses acteurs.

## 2. - DE NOUVEAUX ACTEURS

L'emploi de nouveaux instruments de régulation implique de porter une attention particulière aux nouveaux acteurs qui façonnent les normes.<sup>(40)</sup> Ainsi l'externalisation du processus normatif accorde

<sup>(37)</sup> DUMONT D., «Les traductions de l'activation - La douce européanisation des systèmes nationaux de protection sociale», *RIEJ*, 2009.63, p. 33.

<sup>(38)</sup> Celle-ci propose de : «- définir des lignes directrices pour l'Union, assorties de calendriers spécifiques pour réaliser les objectifs à court, moyen et long termes fixés par les États membres; - établir, le cas échéant, des indicateurs quantitatifs et qualitatifs (benchmarking) et des critères d'évaluation par rapport aux meilleures performances mondiales, qui soient adaptés aux besoins des différents États membres et des divers secteurs, de manière à pouvoir comparer les meilleures pratiques; - traduire ces lignes directrices européennes en politiques nationales et régionales en fixant des objectifs spécifiques et en adoptant des mesures qui tiennent compte des diversités nationales et régionales; - procéder périodiquement à un suivi, une évaluation et un examen par les pairs, ce qui permettra à chacun d'en tirer des enseignements.», Conclusion du Conseil européen de Lisbonne, pt 37, [www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/fr/ec/00100-r1.f0.htm](http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00100-r1.f0.htm)

<sup>(39)</sup> BRUNO I., *op. cit.*, p. 15.

<sup>(40)</sup> Pour un essai de typologie, voir HERITIER A. et LEHMKUHL D., «Governing in the Shadow of Hierarchy - New Modes of Governance in Regulation», A. HERITIER et M. RHODES (dir.), *New*

une place considérable à des acteurs qui sont pratiquement absents de l'analyse juridique : l'*agence* (2.1.) et l'*expert* (2.2.).

### 2.1. - Agences

L'élaboration du contenu de la norme est généralement déléguée à un ou plusieurs organismes, publics ou privés, qui ont pour tâche de rencontrer les objectifs exprimés dans l'acte législatif. Ceux-ci peuvent préexister à l'acte législatif ou être créés spécialement par celui-ci. En droit de l'Union européenne, il existe ainsi une véritable constellation d'organismes déconcentrés, décentralisés ou indépendants. Ils répondent à de multiples dénominations telles que celles d'agences, d'offices, de comités ou de fondations et ils sont investis de fonctions variées touchant à l'administration, la gestion, l'exécution, ou la régulation<sup>(41)</sup> en vue de porter main forte à l'exécutif communautaire<sup>(42)</sup>.

L'Union européenne a par exemple adopté un référentiel comptable commun pour les sociétés cotées qui laisse le législateur à l'extérieur de l'élaboration des règles. Celles-ci sont en effet produites par une association de droit privé. Le règlement 1606/2002<sup>(43)</sup> établit que désormais ce seront les normes IFRS<sup>(44)</sup> émises

*Modes of Governance in Europe Governing in the Shadow of Hierarchy*, Houdmills, Palgrave-Macmillan, 2011, pp. 125 et 126.

<sup>(41)</sup> Afin d'illustrer cette fragmentation, voir, CHEROT J.-Y., «Les techniques juridiques de cohérence entre régulations nationales et communautaires - L'articulation des autorités nationales et de la Commission dans la mise en œuvre des politiques communes», M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Droit et économie de la régulation*, t. 2, Paris, Presse de Science Po, 2004, pp. 144 à 153.

<sup>(42)</sup> PERALDI-LENEUF F., «Le recours à l'externalité dans le système administratif communautaire : la délégation de la technicité», P. MBONGO (dir.), *Le phénomène bureaucratique européen - Intégration européenne et technophobie*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 17 à 19. BOUSSAGUET L. et JACQUOT S., «Les nouveaux modes de gouvernance», R. DEHOUSSE (dir.), *op. cit.*

<sup>(43)</sup> Règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil du 19 juillet 2002 sur l'application des normes comptables internationales; *JO L 243* du 11.9.2002, pp. 1 à 4.

<sup>(44)</sup> BAERT D. et YANNO G., *Rapport d'information relatif aux enjeux des nouvelles normes comptables*, Assemblée nationale de la République Française, 10 mars 2009, [www.focusifrs.com/menu\\_gauche/documentation/ouvrages\\_et\\_articles\\_de\\_fond/rapport\\_d\\_information\\_baert\\_yanno\\_relatif\\_aux\\_enjeux\\_des\\_nouvelles\\_normes\\_comptables](http://www.focusifrs.com/menu_gauche/documentation/ouvrages_et_articles_de_fond/rapport_d_information_baert_yanno_relatif_aux_enjeux_des_nouvelles_normes_comptables), 12. COLASSE B., «La régulation comptable entre public et privé», M. CAPRON (dir.), *Les normes comptables internationales, instruments du capitalisme financier*, (La Découverte, 2005), 43; CAPRON M., «Les normes comptables internationales, instruments du capitalisme financier», *Management et Sciences Sociales*, Ed. L'Harmattan, n° 2, 2006, pp. 115 à 130; CAPRON M., «Les enjeux de la mondialisation des normes comptables», *L'économie politique*, 2007/4, n°36, pp. 81 à 91; PLIHON D., «Les nouvelles normes comptables internationales : une réforme aux implications considérables», *L'économie politique*, 2007/4, n° 36, pp. 74 à 80. CAPRON M. et CHIAPPELLO E., «Les transformations institutionnelles : l'Europe recule, l'IASB s'impose», CAPRON M. (dir.), *Les normes comptables internationales, instruments du capitalisme financier*, Paris, La Découverte, 2005, pp. 50 et s.;

par l'IASB («*International Accounting Standards Board*») qui seront d'application pour toutes les sociétés cotées. L'IASB regroupe 16 membres sélectionnés par une autre association l'IASC («*International Accounting Standard Committee*», Fondation constituée aux États-Unis – Delaware) sur la base de leur compétence technique. Les normes IFRS ne s'appliquent pas directement dans l'Union européenne. Elles doivent en quelque sorte être «homologuées» par un règlement de la Commission, à l'issue d'une procédure particulièrement complexe, en trois temps qui met en scène une série de comités et d'organismes issus aussi bien de la sphère publique que privée<sup>(45)</sup>. Le règlement en revanche ne donne aucun pouvoir propre à la Commission pour créer des normes comptables par elle-même ou modifier le contenu<sup>(46)</sup> de celles proposées par l'IASB<sup>(47)</sup>.

Cette délégation à de multiples organismes<sup>(48)</sup> s'accompagne d'un discours qui procède d'une volonté de soutenir l'action collective et de promouvoir la démocratie participative. Ainsi les lieux de pouvoir, de décision et d'exécution se multiplieraient, entre autres, dans le but d'impliquer les toujours plus nombreux acteurs en présence. On constate ainsi l'avènement de nouvelles formes éclatées et complexes de participation des parties prenantes. Cette délégation de pouvoir, principalement tournée vers le secteur privé, s'éloigne

VERON N., *The Global Accounting Experiment*, Bruxelles, Bruegel Blueprint, 2007, pp. 9 et s.; VERON N., «Histoires et déboires possibles des normes comptables internationales», *L'économie politique*, 2007/4, n° 36, pp. 93 et s.

<sup>(45)</sup> Le premier temps est la remise d'avis techniques par l'*European Financial Reporting Advisory Group* (EFRAG) et le *Standards Advice Review Group* (SARG). L'EFRAG, créé à l'initiative du secteur privé, a pour mission de vérifier la compatibilité des nouvelles normes comptables avec le droit de l'Union européenne, au moyen d'un avis. Vu le caractère privé de ce groupe, il importait, pour la qualité, la transparence et la crédibilité du processus d'adoption, d'établir une instance garantissant l'objectivité de ses avis. Une décision de la (Commission 2006/505/CE du 14 juillet 2006) a donc institué un comité d'examen des avis sur les normes comptables émis par l'EFRAG, le *Standards Advice Review Group* (SARG). Ce comité est composé de 7 membres indépendants reconnus pour leurs compétences et leur expérience dans le domaine de la comptabilité et dont la composition respecte un équilibre géographique au sein de l'Union européenne. Une fois ces deux avis rendus, l'*Accounting Regulation Committee* (ARC), qui est un comité, de type comitologique, prévu cette fois-ci par le règlement se prononce sur la proposition de la Commission d'adopter une ou plusieurs normes IFRS par un vote à la majorité qualifiée. S'il est favorable, il permet à la Commission, dans un troisième temps, de prendre un règlement d'adoption de la nouvelle norme après avoir suivi la procédure dite de «réglementation avec contrôle» qui permet au Parlement européen ainsi qu'au Conseil de pouvoir s'opposer à l'adoption des normes IFRS par la Commission européenne (Décision du Conseil 2006/512/CE du 17 juillet 2006).

<sup>(46)</sup> Cela fut d'ailleurs l'objet d'un vif débat au cours de la crise financière de 2008-2009.

<sup>(47)</sup> CHIAPPELLO E. et MEDJAD K., «Une privatisation inédite de la norme : le cas de la politique comptable européenne», *Sociologie du travail*, 2007, pp. 48 à 51.

<sup>(48)</sup> BOUSSAGUET L. et JACQUOT S., *Op. cit.*, p. 426.

du schéma initial<sup>(49)</sup> d'inspiration *Ordoliberalen*<sup>(50)</sup> où l'autorité garantit les règles du jeu et laisse le marché libre. On assiste ici à une coordination des différents acteurs par la Commission européenne qui évolue de la figure d'arbitre à celle de chef d'orchestre.

## 2.2. – Experts

L'expert<sup>(51)</sup> est ce détenteur d'un savoir apparemment dénué de pouvoir qui met ses connaissances et ses compétences au profit d'une autorité chargée de prendre une décision. Son rôle repose donc sur l'idée d'une expertise purement technique et extérieure à la prise de décision politique.<sup>(52)</sup> Or il est au cœur du processus de normalisation et est de plus en plus présent dans le système normatif européen, principalement au sein des agences et des comités. Il tend à se substituer au décideur, car il lui est attribué un rôle grandissant qui cache en réalité des responsabilités politiques. Ce constat vaut aussi bien pour les ordres juridiques nationaux, qu'euro-péen<sup>(53)</sup> et international. «Il conduit, dans ses dimensions extrêmes, à conférer aux experts un véritable pouvoir décisionnel, et oblige à reconnaître à l'expertise une valeur normative et une portée politique.»<sup>(54)</sup> L'expertise est devenue instituante et son savoir «produit directement un ordre de normes et de

<sup>(49)</sup> Et des conditions de délégation très strictes telles que précisées dans l'arrêt Meroni (Affaire 9/56, *Meroni c. Haute Autorité*, arrêt du 13 juin 1958, *Rec.*, 1958, pp. 40 et s.

<sup>(50)</sup> Pour une analyse de ce schéma issu de l'ordolibéralisme ainsi qu'une application à l'Union européenne, voyez AHLBOM C. et GRAVE C., «Walter Eucken and Ordoliberalism : An Introduction from a Consumer Welfare Perspective», *Competition Policy International*, Vol. 2, N° 2, 2006. Available at SSRN : <http://ssrn.com/abstract=1585797>; STREIT M. et MUSSLER W., «The Economic Constitution of the European Community : From 'Rome' to 'Maastricht'», *European Law Journal*, 1995, pp. 5 à 30; DE SCHUTTER O., «Réalisme juridique, institutionnalisme et ordolibéralisme. A propos de l'histoire intellectuelle des rapports entre le droit et l'économie», *Annales d'Études Européennes de l'Université catholique de Louvain*, 1998, pp. 4 et s.

<sup>(51)</sup> COLSON R., «L'observance des traités sur le changement climatique. Une gouvernance des experts par le droit», *Expertise et gouvernance du changement climatique*, Rafael ENCINAS DE MUNGORRI (dir.), Paris, LGDJ, 2009, p. 159. HERITIER A. LEHMKEHL D., *op. cit.*, pp. 54 et 55.

<sup>(52)</sup> TIMSIT G., «Les deux corps du droit – essai sur la notion de régulation», *Revue Française d'administration publique*, n° 78, 1996, p. 383.

<sup>(53)</sup> JOERGES C. et VOS E. (dir.), *EU Committees, Social Regulation, Law and Politics*, Oxford, Portland, Hart Publishing, 1999.

<sup>(54)</sup> COLSON R., *op. cit.*, p. 159 qui cite pour la valeur normative LECLERCQ O., *Le juge et l'expert : Contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science*, Paris, LGDJ, 2005, pp. 145 et s. et pour la portée politique KENNEDY D., «Challenging Expert Rule : The Politics of Global Governance», *Sydney Law Review*, n° 27, 2005, pp. 1 et s.

règles juridiques»<sup>(55)</sup>. L'expert se substitue au décideur dans la production de la norme. Mais ce type de norme possède une «normativité singulière, différenciée, contextualisée, parfaitement étrangère à la pensée classique de la loi, expression de la volonté générale»<sup>(56)</sup>.

L'expert catalyse les grandes attentes suscitées par le savoir technique. C'est ce savoir qui est au centre de ce mode de production du droit et qui déplace et transforme le débat politique<sup>(57)</sup>. Suscitant un débat sur la technicisation et sur la technocratisation du droit<sup>(58)</sup> et de la régulation européenne en particulier, l'ampleur prise par les experts dans la conception des normes remet en question un système politique fondé *a priori* sur la représentativité<sup>(59)</sup>. La légitimité de l'expert repose sur la place accordée à la rationalité scientifique, et sur une autonomie des connaissances scientifiques par rapport au politique. Or, l'expertise, plus qu'un lieu où le politique s'efface, est en réalité un lieu vers lequel il se déplace et se transforme.

La directive-cadre sur l'eau<sup>(60)</sup> constitue un exemple de diversification des producteurs normatifs par le recours à l'expertise. Cette directive met en place une approche globale de la question de l'eau dans l'Union européenne<sup>(61)</sup>. À cette fin, elle fixe une série d'objectifs à atteindre dans des délais déterminés. En revanche, la directive offre très peu d'indications quant à la manière de procéder pour les atteindre. Afin de faire face à ces nombreux défis, la Commission et les États membres ont créé en 2001<sup>(62)</sup> et en marge de la directive, la *Common Implementation*

<sup>(55)</sup> CE (France), 2 novembre 1973, *Société anonyme « Librairie François Maspero »*, Rec. p. 611. Cité par TIMSIT G., «Les deux corps du droit – essai sur la notion de régulation», *Revue Française d'administration publique*, n° 78, 1996, p. 383.

<sup>(56)</sup> TIMSIT G., *op. cit.*

<sup>(57)</sup> Voir KENNEDY D., «The Politics of the Invisible College: International Governance and the Politics of Expertise», *European Human Rights Law Review*, issue 5, 2001, pp. 463 à 598.

<sup>(58)</sup> RADAELLI C., «The Public Policy of the European Union: whither politics of expertise?», *Journal of European Public Policy*, vol. 6, n° 5, 1999, pp. 757-774.

<sup>(59)</sup> Voir BARTHE Y., CALLON M., LASCOURNES P., *Agir dans un monde incertain – essai sur la démocratie technique*, Seuil, Paris, 2001, 358 p.

<sup>(60)</sup> Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau.

<sup>(61)</sup> VON HOMEYER I., «Emerging Experimentalism in the EU Environmental Governance», *Experimentalist Governance in the European Union*, C. Sabel et J. Zeitlin, Oxford, OUP, 2010, pp. 141 à 146 et KALLIS G. et BUTLER D., «The EU Water Framework Directive: Measures and Implications», *Water Policy*, 2001, pp. 125 à 142.

<sup>(62)</sup> Cette CIS a été revue et ajustée en 2003 et en 2005 ce qui montre bien que les différents acteurs sont confiants dans son avenir.

*Strategy* (CIS). Elle regroupe, globalement, plus de 500 experts des États membres, des acteurs de terrain, des ONG environnementales, des institutions européennes et des projets de recherche de l'UE<sup>(63)</sup>. La CIS constitue un processus et un forum informel qui produit de très nombreux documents techniques et non obligatoires<sup>(64)</sup>. On peut s'interroger sur la légalité de l'instauration de mécanismes souples tels que la CIS étant donné que cette dernière n'est prévue par aucun texte. Cette CIS se trouve en quelque sorte «beneath the legal radar»<sup>(65)</sup> invisible au regard du droit «ordinaire» et du droit constitutionnel européen. Formellement, la CIS repose sur un vide juridique, mais matériellement ces documents produits par les experts sont extrêmement précis et jouissent d'un haut degré d'effectivité. Très suivis par les acteurs, ils rassemblent l'essentiel de cette politique publique européenne.

Les changements constatés dans le système normatif européen ne soulignent pas seulement la capacité d'un nombre croissant d'acteurs d'utiliser de manière stratégique les règles et les instruments juridiques, ils mettent également l'accent sur le fait que de plus en plus d'acteurs sont maintenant capables de produire ou co-produire du droit en transcendant les équilibres de pouvoirs établis dans les structures démocratiques traditionnelles. Ces acteurs se sont saisis aujourd'hui d'une technologie normative simple et peu coûteuse qui les hisse tous au rang de producteurs de normes<sup>(66)</sup>. De nouveaux «coups»<sup>(67)</sup> deviennent possibles et pour comprendre leur

<sup>(63)</sup> Office International de l'Eau, Valeur des concepts de la Directive Cadre sur l'Eau de l'UE pour les pays partenaires MEDA, [www.emwis.org/documents/pdf/20050303\\_QuestionnaireDCE\\_Intro.pdf](http://www.emwis.org/documents/pdf/20050303_QuestionnaireDCE_Intro.pdf).

<sup>(64)</sup> SCOTT J. et HOLDER J., «Europe: Law and Environmental Governance», in G. DE BURCA et J. SCOTT (dir.), *Law and New Governance in the UE and the US*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006, p. 229.

<sup>(65)</sup> SCOTT J. et HOLDER J., *Op. cit.*, p. 236.

<sup>(66)</sup> HENNEBEL L. ET LEWKOWICZ G., «La contractualisation des droits de l'Homme: de la pratique à la théorie du pluralisme politique et juridique», in G. LEWKOWICZ et M. XIFARAS (dir.), *Repenser le Contrat*, Paris, Dalloz, 2009.

<sup>(67)</sup> Comme le résume B. Frydman, nous évoluons désormais dans «un jeu normatif beaucoup plus ouvert, non seulement quant aux joueurs admis à participer, mais aussi quant aux «coups» possibles (...) Le droit devient lui-même un enjeu de luttes et un moyen d'action pour les joueurs, qui ne se contentent plus seulement de jouer les coups conformes ou non aux règles mais tentent également de créer ou modifier les règles à leur avantage pour faire progresser les objectifs dont ils poursuivent la réalisation» – FRYDMAN B., «Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation», in *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Th. BERNS, P.-F. DOCCOIR, B. FRYDMAN, L. HENNEBEL et G. LEWKOWICZ (dir.), Bruxelles, Bruylant «Penser le droit», 2007, p. 45.



biais et les effets qu'ils produisent, la théorie du droit doit désormais renouveler son outillage. Un tel constat doit en effet l'amener à se situer au cœur des instruments pour bien comprendre et mettre à jour le langage, les rapports de force et lieux de pouvoirs qu'ils mettent en place.

### 3. – DE NOUVEAUX MODES DE CONTRAINTE

En droit de l'Union européenne, la contestation de la légalité d'instruments non contraignants produits par les institutions est malaisée, car elle n'est possible que pour des «actes ayant des effets juridiques obligatoires, de nature à modifier sensiblement la situation juridique du requérant, c'est-à-dire produisant des effets à l'égard des tiers»<sup>(68)</sup>. Or une des caractéristiques essentielles des nouveaux instruments est justement de ne pas produire d'effets juridiques contraignants, mais d'inciter à adopter un comportement ou d'explicitement l'attitude qui sera normalement suivie dans la mise en œuvre<sup>(69)</sup>. De plus, dans la mesure où ces instruments sont le fruit de la collaboration entre les institutions européennes et des acteurs extérieurs, le droit des particuliers de contester ce type de normes s'articule mal avec les modes de contrôle judiciaires classiques<sup>(70)</sup>. Les nouveaux instruments de l'Union européenne se caractérisent donc par une diminution des contraintes formelles entraînant une déjudiciarisation. C'est dès lors une autorité de contrainte fragmentée et diffuse qui se dessine, s'appuyant sur des mécanismes liés à la réputation<sup>(71)</sup>. L'absence de justiciabilité et de caractère formellement contraignant n'efface pour autant pas toute contrainte dès lors que l'on se place du point de vue des effets. La contrainte, loin de disparaître, se déplace et se ramifie dans une multitude de niveaux, acteurs et réseaux hori-

<sup>(68)</sup> CJCE, arrêt du 31 mars 1971, Commission des Communautés européennes contre Conseil des Communautés européennes – Accord européen sur les transports routiers (AETR), Affaire 22-70, *Rec.*, 1971 p. 263.

<sup>(69)</sup> LEFÈVRE S., *Les actes communautaires atypiques*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 342 et SCOTT J., «In legal Limbo : Post-Legislative guidance as a challenge for European Administrative Law», *Common Market Law Review*, n° 48, 2011, pp. 229 à 355.

<sup>(70)</sup> Pour une explication détaillée de cette question : PECHO P. et VAN WAEYENBERGE A., «La normalisation technique vue de Luxembourg», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, juin 2010, pp. 387 à 394.

<sup>(71)</sup> BARTOLINI S., «An introduction», A. HÉRITIER et M. RHODES (dir.), *New Modes of Governance in Europe Governing in the Shadow of Hierarchy*, Houndmills, Palgrave-Macmillan, 2011, p. 5.

zontaux<sup>(72)</sup>. Si le contrôle opère au moyen d'instruments de transparence (3.1.), la sanction quant à elle se fonde sur la réputation des acteurs (3.2.).

#### 3.1. – Contrôle par transparence

L'effacement du contrôle politique et juridictionnel classique s'accompagne de nouvelles exigences. Principalement, celles-ci s'affinent en termes de transparence menant à la montée en puissance des obligations de rédaction de rapports, de mise à disposition d'informations, d'accès aux documents et d'*accountability*<sup>(73)</sup> ou de responsabilité du comportement par rapport au standard établi. Cela entraîne des pratiques de plus en plus nombreuses d'évaluations et de classements en tout genre. Les mécanismes de contrôle ont évolué de la figure du policier au contrôle social. Ce sont désormais les pairs qui sont les surveillants de la bonne application des règles du groupe via des codes de conduite, des classements, des standards à respecter, etc. C'est l'individu lui-même qui s'autocontrôle afin d'éviter l'exclusion du groupe ou du marché dans lequel il évolue<sup>(74)</sup>. Ces mécanismes ne visent ainsi plus une élimination maximale des comportements non conformes à la norme, mais plutôt une adhésion maximale à celle-ci. La *non-compliance* est dès lors prise en compte dans toutes les phases du processus, et non plus simplement dans une phase de contrôle *strictu sensu*<sup>(75)</sup>.

Dans le cadre de la politique européenne sur l'eau, la mise en œuvre de la directive cadre adopte des mécanismes de contrôle diffus et décentralisés. Afin de vérifier la mise en œuvre correcte des différentes obligations inscrites dans la directive, une série de rap-

<sup>(72)</sup> OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Éditions des FUSL, 2002.

<sup>(73)</sup> HARLOW C., *Accountability in the European Union*, Oxford, OUP, 2002.

<sup>(74)</sup> Le système mis en place n'est donc pas dénué de risques car «la dimension argumentative, délibérative et justificative de ce type de gouvernement, qui entendraient substituer la confiance à l'obéissance, ne doit pas masquer comme ces mécanismes participatifs visent généralement un auto-assujettissement des partenaires gouvernés aux conditionnalités, aux prescriptions, aux injonctions et aux normes des partenaires gouvernants. Ainsi la promotion de la participation des sociétés civiles prônée par la majorité des théoriciens de la gouvernance masque la réalité de leur fréquente domestication par les pouvoirs publics.» – LE TEXIER T., «La Management – Un nouvel art de gouverner», [www.letexier.org/article.php3?id\\_article=85](http://www.letexier.org/article.php3?id_article=85), 2008, p. 15.

<sup>(75)</sup> KENNEDY D., «Law and Development Economics : Toward a New Alliance», chapitre à paraître dans un ouvrage co-dirigé avec STIGLITZ J., Princeton University Press, 2011. Draft du 15 août 2008, [www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/Law %20and %20 Development %20EconomicsAug15Draft %20Stiglitz %20volume.pdf](http://www.law.harvard.edu/faculty/dkennedy/publications/Law%20and%20Development%20EconomicsAug15Draft%20Stiglitz%20volume.pdf).

ports<sup>(76)</sup> résumant les mesures prises doit être transmise à la Commission à intervalles réguliers par les États membres. En parallèle, le CIS permet aux parties prenantes d'y présenter leur solution, et d'y partager leur expérience. Les meilleures pratiques sont inscrites dans des lignes directrices et des indicateurs de performance pour évaluer et comparer les efforts déployés par les États membres y sont arrêtés<sup>(77)</sup>. Ce forum sert donc de lieu d'échange, d'évaluation et de production de documents destinés à faciliter la mise en œuvre de la directive mais permet également aux pairs d'exercer une pression sur les acteurs les moins performants («multilevel peer review»<sup>(78)</sup> au regard des indicateurs établis.

### 3.2. – Sanction par l'image<sup>(79)</sup>

La sanction n'est plus judiciaire, mais devient une «contrainte par l'image»<sup>(80)</sup> qui s'appuie sur un «réseau complexe de sanctions»<sup>(81)</sup> reposant sur la figure du «mauvais élève de la classe» véhiculée par les publications de classements : le *naming*, le *blaming* ou le *shaming*<sup>(82)</sup>.

<sup>(76)</sup> Articles 5, 11, 13 et 18 de la Directive.

<sup>(77)</sup> AUBIN D. et VARONE F., *L'ambition et la mesure : vers une bonne gouvernance de l'eau en Wallonie?*, [www.uclouvain.be/cps/ucf/doc/epi-corta/documents/AubinVarone\\_Lille\\_comm\\_final.pdf](http://www.uclouvain.be/cps/ucf/doc/epi-corta/documents/AubinVarone_Lille_comm_final.pdf), pp. 26 et s.

<sup>(78)</sup> VON HOMEYER I., «Emerging Experimentalism in the EU Environmental Governance», *Experimentalist Governance in the European Union*, C. SABEL et J. ZEITLIN, Oxford, OUP, 2010, p. 143.

<sup>(79)</sup> RHODES M. et VISSER J., «Seeking Commitment, Effectiveness and Legitimacy», A. HÉRIETIER et M. RHODES (dir.), *New Modes of Governance in Europe Governing in the Shadow of Hierarchy*, Houdmills, Palgrave-Macmillan, 2011, pp. 111 et s.

<sup>(80)</sup> DE LA ROSA S., *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 175.

<sup>(81)</sup> OST F. et VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 245.

<sup>(82)</sup> Cette nouvelle manière de sanctionner présente une certaine proximité avec les travaux de Hume dans la mesure où il envisage «la formation des bonnes manières au sein même des interactions. Autrement dit, l'apparition des normes est indissociable de leur mise en œuvre. C'est en interagissant avec les autres que l'on apprend comment faire à partir de comment on doit faire. L'habitude de voir les gens user de tels signes nous les fait considérer comme des circonstances essentielles à l'expression de la modestie. La généralisation stabilise le comportement puisque l'on s'attend à ce qu'il soit réalisé, et la moralisation le normalise par l'approbation et le blâme s'il n'est pas respecté. Dans les bonnes manières, chacun devient son propre censeur par la peur du regard de l'autre : l'usage des signes devient obligatoire. Ainsi peut-on parler d'une véritable discipline des corps et des comportements.» – BONICCO C., «La question des normes chez Hume ou comment la convention devient valeur», FRYDMAN B. et VAN WAEYENBERGE A., (dir.), *Gouverner par les normes – De Hume au ranking*, Bruxelles, Bruylant, 2012 (à paraître).

Ce nouveau type de sanction<sup>(83)</sup> n'est en aucun cas synonyme d'absence de pouvoir mais le pouvoir s'y exprime différemment<sup>(84)</sup> et se veut plus incitateur, séducteur et participatif. Le gouverné ne se voit plus seulement imposer la norme, il doit désormais y adhérer, car il ne peut plus contester son bien-fondé dès lors qu'il aurait pu, s'il le souhaitait, participer à son élaboration et faire entendre sa voix. Le contrôle et la sanction sont ainsi moins axés sur l'interdiction, la discipline et la contrainte, et plus sur l'incitation, l'influence et la négociation.

Ce constat se retrouve de manière particulièrement marquée dans le cadre de la MOC. Le contrôle n'est pas opéré par une contrainte de type recours en manquement initié par la Commission devant la Cour de justice, mais s'effectue dans les différents forums communautaires et passe donc principalement par l'échange d'informations (*reporting*) entre les différentes administrations et le degré de progrès enregistrés. Ce faisant, il s'exerce alors une pression des uns sur les autres (*peer pressure*), s'exprimant principalement par les recommandations du Conseil et par d'autres instruments de *soft law* ayant pour objet d'épingler les États les moins performants. Ce mécanisme de coordination en douceur entraînerait une progression des réformes structurelles au niveau national et se répercuterait jusqu'au niveau du Conseil européen<sup>(85)</sup>.

Cette nouvelle structure que dessine le foisonnement de producteurs de normes où chacun peut s'instituer «gendarme» fonctionne

<sup>(83)</sup> M. Foucault écrit en ce sens : «Ce qui est caractéristique, c'est que ces organismes prendront des décisions – et auront le pouvoir de les faire appliquer – qui ne seront pas de l'ordre de la sanction, de la punition au sens où le système pénal l'entend. Ce seront des sanctions d'un type relativement nouveau, puisque dans la plupart des cas les instruments qui lui seront donnés seront des instruments qui auront à jouer au niveau de l'information [...] Rapport [...], publiés dans la presse ou dans les organismes du monopole de l'État, [...] livre de remontrances, [...] système de blâme, [...] bref, un appel continu à l'opinion, c'est-à-dire que c'est à l'intérieur du système de l'information que les fonctions prises par ces organismes trouveront leur place» – Michel Foucault à Goutelas : la redéfinition du «judiciaire» : le texte est une transcription des propos tenus par Michel Foucault en 1977, lors d'un séminaire de réflexion organisé par le Syndicat de la Magistrature. Il a été publié, après la mort de Foucault, dans la revue du S.M., *Justice*, n° 115, pp. 36 à 39.

<sup>(84)</sup> BARNETT M. et DUVALL R. (dir.), *Power in Global Governance*, Cambridge, MA, Cambridge University Press, 2005.

<sup>(85)</sup> Le système de pression par les pairs n'a toutefois pas «correctement fonctionné, en partie du fait que les membres ne souhaitent pas «nommer et mortifier» leurs pairs. Les acteurs sont peu motivés pour engager ce type de procédure : les différents membres craignent de se faire des ennemis et d'en payer les conséquences négatives dans d'autres domaines politiques où ils ont peu progressé». COLLIGNON S. et DEHOUSSE R., et alii, *La stratégie de Lisbonne et la méthode ouverte de coordination*, octobre 2004, [http://www.notre-europe.eu/uploads/tx\\_publication/Policy\\_paper12-fr.pdf](http://www.notre-europe.eu/uploads/tx_publication/Policy_paper12-fr.pdf).

pour autant que chacun dispose d'un moyen effectif de contrôler les actions des autres. Or, un acteur dispose d'une situation privilégiée : la Commission européenne. Celle-ci profite de cette position pour chercher dans chaque domaine des « points de contrôle »<sup>(86)</sup> sur lesquels les acteurs intéressés vont imposer une pression afin de les inciter ou de les obliger à surveiller et sanctionner l'application d'une norme plus ou moins déterminée<sup>(87)</sup>. En d'autres termes, la Commission cherche à déléguer le contrôle vers d'autres instances<sup>(88)</sup>, car elle ne dispose pas des moyens techniques, financiers et humains pour assurer ce rôle dans les domaines de plus en plus étendus et techniques du droit de l'Union européenne. En fonction du domaine d'intervention de la Commission, elle s'appuiera soit sur des entités privées (CIS), soit sur des agences qu'elle crée pour cette mission (agences de régulation et d'exécution), soit sur des comités composés par des experts nommés par les États membres et dont elle assure uniquement la présidence (comitologie au sens large). Ces structures choisies et souvent financées par la Commission mais dont le contrôle lui échappe partiellement ou complètement « viennent en quelque sorte se substituer fonctionnellement à nos anciens douaniers, voire plus largement aux dispositifs étatiques de surveillance et de sanction des comportements »<sup>(89)</sup>. L'éclatement et l'externalisation du contrôle modifient ainsi le paradigme du contrôle politique et juridictionnel du droit sur lesquels la théorie du droit s'appuie majoritairement. Et parce que les enjeux politiques qui sous-tendent ces contrôles ne disparaissent bien sûr pas, il est nécessaire d'adopter une nouvelle grille de lecture pour les identifier.

#### 4. - CONCLUSION

« EU has been probably the most active and innovative producer of new types of decision-making arrangements »<sup>(90)</sup>. Le modèle classique s'adaptant mal aux nouvelles structures proposées par

<sup>(86)</sup> Support écrit de B. Frydman dans le cadre de son enseignement sur « Comment penser le droit global ? », Programme Droit global / Global law, Laboratoire de théorie du droit et École doctorale en sciences juridiques, Université d'Aix-Marseille III, Aix en Provence, janvier 2010.

<sup>(87)</sup> *Ibidem*.

<sup>(88)</sup> RHODES M. et VISSER J., *op. cit.*, pp. 125 et 126.

<sup>(89)</sup> Support écrit de B. FRYDMAN, *op. cit.*

<sup>(90)</sup> BARTOLINI S., *op. cit.*, p. 5.

l'harmonisation des politiques, l'Union européenne propose ainsi une « mondialisation maîtrisée »<sup>(91)</sup> au moyen de nouveaux instruments, acteurs et modes de contrainte. Cette réponse dessine les chemins que le droit pourrait prendre à une échelle plus générale face à la globalisation. La structure interétatique induite par le droit international et son corollaire, le concept de souveraineté répondent en effet mal aux rapports qui s'instaurent entre les acteurs de la mondialisation. On voit dès lors que les outils de la gouvernance européenne utilisent le même langage que les outils de la globalisation : externalisation, contrôle diffus, fragmentation. Ces nouveaux traits annoncent une désagrégation de la conception classique du droit et de la démocratie, et un déplacement des rapports de force dans l'organisation sociale. Cette nouvelle place accordée au droit<sup>(92)</sup> peut être mise en lien avec les vigoureuses critiques<sup>(93)</sup> issues de la globalisation et assénées au modèle classique<sup>(94)</sup> pour ses aberrations et sa contre-productivité au profit d'un modèle axé sur la persuasion et l'adhésion volontaire<sup>(95)</sup>, l'évaluation comparative, l'échange de « bonnes pratiques » et la surveillance multilatérale inspirés du *New Public Management*<sup>(96)</sup> et du mouvement *Law and Economics*<sup>(97)</sup>. Au-delà d'un constat sur l'évolution du droit, c'est bien sûr une analyse des nouveaux enjeux de pouvoirs qui doit être développée.

<sup>(91)</sup> TROUCHE A., « Le principe de précaution, entre unité et diversité : étude comparative des systèmes communautaires et OMC », *CDE*, 2008, p. 283.

<sup>(92)</sup> Pour une étude prémonitoire, voir SNYDER F., « The effectiveness of European Community Law : Institution, Processes, Tools and Techniques », *Modern Law Review*, 1993, pp. 19 à 56.

<sup>(93)</sup> « Le droit devient plus efficace grâce à l'offre de mécanismes d'agréments et de participation où la dimension consensuelle est prépondérante. En assignant ainsi une valeur normative au marché et aux échanges, les référents universalistes voient leur utilité réduite, sinon niée [...] » MOCKLE D., *op. cit.*, 2007, p. 35.

<sup>(94)</sup> REID A., « Seeing regulation differently : an ADR Model of Policy Formulation, Implementation and Enforcement », *Can. J. Adm. Law Pract.*, 1995/96, pp. 101 et s.; MANNI W. B., *Improving the cost-effectiveness of Government : alternatives to Command-and-Control Regulation*, Paris, OCDE, document non publié mais disponible sur demande, 1994, p. 7.

<sup>(95)</sup> MOCKLE D., *op. cit.*, p. 80.

<sup>(96)</sup> LANE J.-E., *New Public Management*, Londres, Routledge, 2000, p. 201 et PETERS G., entrée « New Public Management », *Dictionnaire des politiques publiques*, BOUSSAGUET L., JACQUOT S. et RAVINET P. (dir.), Paris, Presse de Sciences Po. Coll. Gouvernance, 2004, pp. 304 et s.

<sup>(97)</sup> POSNER R.A., *Economic analysis of Law*, 3<sup>e</sup> éd., Boston, Little Brown, 1986, p. 11. Le modèle « choix rationnel » repose sur des prémisses analogues - ULEN T.S., « Rational Choice Theory in Law and Economics », B. BOUCKARRT et D. DE GEEST (dir.), *Encyclopedia of Law and Economics*, t. 1, Northampton, Edward Elgar Publishing, 2000, pp. 790 et s. Pour une étude de ce courant, voy. FRYDMAN B., « Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit », *Structure, système, champ et théories du sujet*, Paris, L'Harmattan, 1997, pp. 127 à 146.