

## Effectivité et Droit de l'Union Européenne sous le regard d'une analyse sociétale

Par Lauréline FONTAINE

Professeure à la Sorbonne Nouvelle

Institut d'Etudes Européennes. Centre « Intégration et Coopération dans l'Espace Européen »

Site personnel : [www.ledroitdelafontaine.fr](http://www.ledroitdelafontaine.fr)

Le droit en général a une ambition sociétale forte : il existe en effet une espérance, autant qu'une croyance, dans la capacité du droit à transformer par sa seule existence les situations sociales<sup>1</sup>. Rien n'est donc plus, comme l'indique d'emblée Jacques Commaille dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, « au cœur des relations entre Droit et Société que la question de l'effectivité »<sup>2</sup>. Et en effet, Jean Carbonnier avait déjà rappelé que « la règle est un phénomène sociologique dès avant son application et indépendamment de celle-ci »<sup>3</sup>. De ce point de vue, l'effectivité est réalisée par la règle. De la même manière que le choix du concept de droit conditionne l'objet d'analyse du juriste (ou du non juriste qui regarde le droit<sup>4</sup>), le choix du concept d'effectivité conditionne aussi l'objet d'observation du juriste. Tout dépend de ce qui est identifié comme effet du droit, c'est-à-dire que tout dépend de ce que l'on *choisit* de regarder.

L'analyse de l'effectivité sociétale<sup>5</sup> permet de se pencher sur le fait que la règle de droit est toujours l'expression d'une certaine manière de voir le monde et c'est cette manière de voir le monde qu'incarne la règle de droit. L'analyse de l'effectivité sociétale emporte de regarder *tout* ce qui, dans l'espace de la société, paraît pouvoir être imputé à l'existence de la norme juridique. Cette manière d'envisager l'effectivité tend à appréhender le social et le juridique dans une sorte de *continuum*<sup>6</sup>. Ce *continuum* peut être regardé strictement, en observant le degré de réalisation ou d'utilisation des règles énoncées par le droit. Mais il peut être regardé plus largement encore. Il apparaît d'emblée que le Droit de l'Union Européenne, pas plus que les autres droits, ne peut être réduit à une juxtaposition d'énoncés normatifs, que l'on pourrait analyser isolément, et de manière soi-disant neutre, pour « montrer » à tous qu'il est exact ou inexact de prêter au Droit de l'Union Européenne certains effets, positifs, ou, négatifs. A ces énoncés (les normes issues des Traités, les actes normatifs des institutions, les décisions de la Cour de Justice et celles des juges nationaux), il convient d'ajouter, voire, dans certains cas, de substituer, *la réalité des rapports de droit* qui s'établissent au sein de l'espace social européen *et d'en identifier tout autant l'origine que d'en indiquer les conséquences possibles* : la réalité empirique du Droit de l'Union Européenne se trouve certes en partie dans les énoncés normatifs formels et leur interprétation, mais ils se trouvent aussi, *voire plus*, dans d'autres énoncés, implicites, *souvent non-dits*<sup>7</sup>, qui se dévoilent d'une analyse plus empirique et sociétale des relations juridiques.

---

<sup>1</sup> Voy. P. Lascoumes, « Effectivité », dans A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 1993, p. 219.

<sup>2</sup> J. Commaille, « Effectivité », dans D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2007, p. 583.

<sup>3</sup> J. Carbonnier, « Effectivité et ineffectivité de la règle droit », *l'Année sociologique*, 1957-1958, reproduit dans *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1969, p. 147.

<sup>4</sup> Par exemple, des anthropologues peuvent parfois considérer qu'il n'y a droit que là où il y a écriture des règles.

<sup>5</sup> Le terme de sociétal est préféré à celui de social, dans la mesure où il n'emporte pas d'emblée avec lui une idéologie particulière en rapport avec une certaine téléologie. Le terme sociétal permet aussi de ne pas faire de choix a priori entre *tous les éléments* qui peuvent être considérés comme se rapportant aux divers aspects de la vie sociale des individus en ce qu'ils constituent une société organisée (éléments donnés par le dictionnaire *Larousse*).

<sup>6</sup> J. Commaille, *op. cit.*.

<sup>7</sup> Voy. plus loin l'idée reprise de « droit honteux ».

Il s'agit de regarder une relation, un rapport, un assemblage, des miroirs où se comprennent et les normes juridiques, et la vie sociétale des individus, en envisageant de mettre le droit en relation avec presque tout. Pour l'essentiel, donc, il s'agit de découvrir ce que les énoncés normatifs envisagés formellement *ne disent pas eux-mêmes*. Le philosophe Merleau-Ponty notamment l'a formulé en disant qu' « une société n'est pas le temple des valeurs-idoles qui figurent au fronton de ses monuments ou dans ses textes constitutionnels, elle vaut ce que valent *en elle* les relations de l'homme avec l'homme »<sup>8</sup>.

Dans tout bon ouvrage retraçant l'histoire de la construction européenne, la réussite même de la création de l'institution est attribuée à des hommes dont la volonté politique a été sans faille. Dans tout bon ouvrage s'efforçant de présenter le Droit de l'Union Européenne, la référence constante aux arrêts de la Cour de Justice illustre s'il en était besoin son rôle d'artisan de ce Droit. Dans tous ces ouvrages se mêlent des considérations de politique, de droit ou d'économie, sans pourtant que la démarche soit systématique : des éléments sont choisis ici et là, qui ne paraissent pas refléter, volontairement, une quelconque manière de se représenter le monde qui sortirait des dogmes affichés par les fondateurs et formalisés par des déclarations politiques des différentes institutions européennes depuis les origines. Et surtout, passées ces quelques considérations, l'analyse technique - prétendument neutre - des règles, prend le dessus, complètement séparée d'une quelconque réflexion qui ne serait pas exclusivement technique. A travers la règle, rien donc ne se dirait d'autre que ce que son énoncé semble formellement dire. Or, ce droit anthropologique, semble demeurer un droit vulgaire, auquel les juristes savants préfèrent un droit plus sophistiqué, affichant des valeurs dont la qualité d'« alibi » peut être questionnée. Le Droit de l'Union Européenne est pourtant, comme tout autre droit, une manifestation, pour ne pas dire un symptôme<sup>9</sup>, d'un certain rapport de la société au droit et à la manière d'interpréter le monde. Comme le croit Alain Supiot, « l'étude du droit est un moyen de savoir à quoi rêvent les hommes à un moment donné »<sup>10</sup>. En ce sens, le Droit de l'Union Européenne est lui-même porteur de l'effectivité de ce rapport. C'est un droit qui remplit, comme les autres, une fonction anthropologique. Ce n'est donc pas seulement l'effectivité du Droit de l'Union Européenne lui-même qui est en jeu, c'est aussi ce qui est effectif *avec et par* le Droit de l'Union Européenne qui importe. Autrement dit, ce qui est effectif *avec et par* le Droit de l'Union Européenne peut s'apercevoir en faisant des liens entre les dispositifs juridiques, pris isolément ou ensemble, et la réalité sociétale environnante, telle que constatée et telle qu'analysée aussi dans des essais convaincants et heuristiques qui ne sont pas nécessairement de facture juridique.

C'est peu de dire que l'effectivité du droit de l'Union Européenne n'a que très peu été jusqu'à présent envisagée de ce point de vue par les juristes, quand son approche contentieuse et institutionnelle produit des dizaines de milliers de pages chaque année. Tout se passe cependant, notamment dans les analyses juridiques de ces rapports, dont la nature et la teneur ont depuis longtemps été dévoilées par différents auteurs<sup>11</sup>, *comme s'il n'en était rien*. Il s'agit

---

<sup>8</sup> M. Merleau-Ponty, « Préface », *Humanisme et terreur. Essai sur le problème*, 1947, p. X.

<sup>9</sup> Le terme est employé ici au sens de la psychanalyse : « Le symptôme est une souffrance qui satisfait. Il y a là quelque chose de noué, qui rend difficile le traitement du symptôme car le sujet, quoi qu'il en dise, y tient », P. Lafrenière, "Introduction à Jean-Pierre Klotz : Comment se sert-on du symptôme dans la psychanalyse ? », site « Le Pont freudien », <http://pontfreudien.org/content/jean-pierre-klotz-comment-se-sert-du-sympt%C3%B4me-dans-la-psychanalyse>. Voy. pour une introduction psychanalytique au symptôme, S. Freud, *Malaise dans la civilisation* (1929), PUF, 1981.

<sup>10</sup> A. Supiot, « La fonction anthropologique du droit », *Esprit*, 2001, p. 157.

<sup>11</sup> Voy. K. Polanyi, *La grande transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps* (1944), trad. C. Malamoud et M. Angeno, Gallimard, 1983, M. Foucault, *Naissance de la biopolitique, Cours au collège de France*, 1978-1979, Seuil, Gallimard, 2004, et B. de Sousa Santos, *Vers un nouveau sens commun juridique*.

là sans doute d'un travers du droit que de se déployer en différents aspects, dont il est parfois difficile d'établir les liens. N'y a-t-il pas et n'y a-t-il pas eu historiquement un décalage, dans de nombreux endroits du monde, entre l'enseignement du droit et la réalité de celui-ci appliquée au territoire ? Par exemple, les universités américaines enseignent le droit fédéral, mais pas celui des Etats fédérés dans lesquels elles se trouvent, les universités africaines n'enseignent la plupart du temps que le droit récent produit par les institutions politiques, en dehors de toute réalité de la survivance tangible des droits traditionnels, tout comme par exemple comme les universités indiennes.

Il n'est pas très difficile pourtant de s'apercevoir que l'histoire des pratiques au XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècle, et l'analyse contemporaine du droit - et singulièrement du Droit de l'Union Européenne - ont finalisé une pensée plus ancienne, qui consiste à faire passer pour une fatalité, les prescriptions économiques des acteurs dominants et de leurs « agents »<sup>12</sup>. L'effectivité du droit de l'Union européenne est une conformité à des pratiques érigées en norme, impliquant que l'autonomie du droit vis-à-vis de ces pratiques soit minimisée. Le Droit de l'Union Européenne s'affiche résolument comme l'une des expressions d'une certaine logique économique établie à propos du marché entre différents opérateurs dominants.

Une analyse empirique du Droit de l'Union Européenne livre de celui-ci un visage sociétal et politique qui ne peut pas être ignoré si l'on veut saisir ce qui se passe dans l'Europe contemporaine : une conception instrumentale du droit à l'œuvre s'y déploie sans véritable mesure (I), tandis que l'autonomie du droit, par l'effet d'un tropisme - sélectif - en faveur de la technique et de la science, ne manque pas d'être presque complètement sapée (II). Ces constats, déjà faits et analysés tant de fois à propos du droit de l'époque moderne, peuvent de nouveau être faits à propos du Droit de l'Union Européenne. Il semble pourtant que les juristes s'en soient parfaitement accommodés.

### ***1. Le Droit de l'Union Européenne ou l'effectivité d'une conception instrumentale du droit***

Il y a une nette progression, depuis une trentaine d'années, de l'intérêt pour la question de l'efficacité des normes<sup>13</sup>, ce qui est une manière de comprendre l'effectivité des normes en dehors de l'application formelle des dispositifs juridiques. L'analyse de l'*effectivité-correspondance* a indéniablement gagné ses galons de sérieux dans le milieu scientifique et elle apparaît bien plus souvent dans le discours des juristes, à la faveur de ce qu'elle répond, depuis une quarantaine d'années, à un objectif explicite du législateur. L'institutionnalisation des *études d'impact* des dispositifs légaux, a incité les juristes à s'intéresser à cette question et à en tenir compte dans leurs analyses des normes. Le développement de l'expérimentation législative et réglementaire répond au même objectif d'élaborer les normes à partir d'une

---

*Droit, science et politique dans la transition paradigmatique*, trad. de Nathalie Gonzales Lajoie, LG.D.G., coll. Droit et Société, série sociologie, n°39, 2004.

<sup>12</sup> La lettre envoyée par Mario Draghi et Jean-Claude Trichet en août 2011 à Silvio Berlusconi, alors premier ministre italien, pourrait symboliser cela (lettre dévoilée dans l'édition du *Corriere della sera* du 29 septembre 2011).

<sup>13</sup> Par ex., S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès, Cécile (dir.), *L'efficacité économique en droit*, Economica, 2010, O. Boskovic (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement : mise en oeuvre et sanctions*, Dalloz, 2010, M. Fatin-Rouge Stéfanini, L. Gay, A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité ?* Bruylant, Bruxelles, 2012, P.-E. Moysse (dir.), *Quelle performance ? De l'efficacité sociale à l'entreprise citoyenne*, Ed. Thémis, Montréal, Canada, 2013, P. Hammje, L. Janicot, S. Nadal, *L'efficacité de l'acte normatif : nouvelle norme, nouvelles normativités*, Lextenso éditions/LEJEP, 2013, D. Dero-Bugny, A. Laget-Annamayer (dir.), *L'évaluation en droit public*, LGDJ-Lextenso, 2015.

analyse de leurs résultats sociaux constatés ou supposés. Le principe d'effectivité dont connaît elle-même la Cour de Justice de l'Union Européenne – car elle en a fait une notion importante dans le cadre du principe de primauté du Droit de l'Union - est aussi particulièrement teinté de celui d'efficacité<sup>14</sup>.

La progression de l'intérêt pour l'efficacité et l'effectivité des normes correspond cependant à l'ascendance idéologique d'une certaine manière d'envisager la rationalité, très perceptible dans l'élaboration et l'évolution du Droit de l'Union Européenne et de ses cadres. En 1985, le suisse Luzius Mader, dans sa thèse sur *L'évaluation législative*, relevait déjà deux tendances importantes, dont il importe de noter la permanence : « celle qui tend à fonder la légitimité des décisions législatives et administratives sur le résultat (succès, efficacité, etc.), et celle qui cherche à légitimer l'action étatique par le recours à la science »<sup>15</sup>. L'analyse sociétale du Droit de l'Union Européenne confirme très clairement ces deux tendances. La première est bien que le Droit de l'Union Européenne est emblématique d'un certain rapport aux visées et aux finalités du droit. L'introduction de la logique d'effectivité-correspondance dans l'analyse des règles juridiques, s'est faite en relation avec la logique *politico-managerialo-économique* qui préside à cette approche chez le législateur, et a progressivement soumis, avec leur plein consentement, les juristes à une pratique de validation de cette logique. Pour ne pas être considérés comme « hors du jeu » du droit contemporain, les juristes ont limité leur regard critique sur ces dispositifs, en le cantonnant à l'appréciation de l'écart existant entre les dispositifs et leur efficacité, et en laissant de côté presque toutes les questions liées aux effets sociétaux des règles de droit et de leur combinaison. Dans le rapport « Du standard technique à la norme juridique : impacts et enjeux » rendu au ministère de la justice en 1995, pour la Mission de Recherche Droit et Justice<sup>16</sup>, Danièle Bourcier et Véronique Tauzia ont souligné « le renforcement de l'aspect instrumental du droit », « avec le développement des technologies et la mondialisation des échanges ». Ce constat n'était déjà pas tout neuf<sup>17</sup>, mais, soit il est passé inaperçu, soit il a été tout simplement ignoré. Et pendant ce temps, il s'est renforcé. Une rationalité spécifique s'est durablement inscrite dans les institutions (A) dont les ressorts de la légitimité doivent être clairement mis à/au jour (B).

### **A. La rationalité à l'œuvre dans le Droit de l'Union Européenne : le droit comme instrument.**

Selon le constat fait dans un manuel de droit européen, « la force du droit européen tient en grande partie à sa capacité à multiplier les moyens mis à disposition des institutions et des justiciables pour faire respecter le principe de primauté »<sup>18</sup>. Et en effet, on peut lire par exemple, s'agissant des décisions que la Commission européenne adopte à propos des manquements des Etats au Droit de l'Union en vertu de l'article 258 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne, que celles-ci, selon les termes mêmes de la

---

<sup>14</sup> Voy. les arrêts *Commission c. France*, 21 septembre 1989, aff. 68/88 (sur l'effectivité), 19 juin 1990, *Factortame*, aff. 213/89, et 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. C-6/90 et C-9/90 (sur l'efficacité) et, récemment, 11 novembre 2015, *Klausner Holz*, aff. C-505/14, sur la primauté du dispositif européen relatif aux aides d'Etats par rapport au respect de l'autorité de chose jugée, et qui fait de l'efficacité une grille de lecture de l'effectivité.

<sup>15</sup> L. Mader, *L'évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, 1985, p.113.

<sup>16</sup> Rapport reproduit à l'adresse suivante : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/normtech.htm>

<sup>17</sup> Voy. not. L. Ross, « Le mythe scandinave : efficacité de la législation sur l'alcool, la conduite en Suède et en Norvège », *Journal of Legal Studies*, University of Chicago law School, 1975, n° 2, M. Killias, « La ceinture de sécurité » : une étude sur l'effet des lois et des sanctions », *Déviance et Société*, 1985, n°1, pp. 31-46, auteurs cités par P. Lascoumes, *op. cit.*, p. 219.

<sup>18</sup> J.-S.Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen*, PUF, coll. Thémis, 2<sup>e</sup> éd., pp. 494-495.

Commission, « concernent tous les États membres et la plupart des politiques de l'Union Européenne et visent à faire appliquer le droit européen partout en Europe, dans l'intérêt des citoyens et des entreprises ». L'application effective, selon le principe de primauté, du Droit de l'Union Européenne, est donc une priorité de ce droit. La juridicité tend à ne plus être « prise en compte que dans le cadre de l'appréhension de l'effectivité qui y serait attachée »<sup>19</sup>. Une étape nouvelle est franchie lorsque, même, parvient à s'imposer progressivement l'idée que *c'est la pratique qui devrait fonder la légitimité du droit*. Cela signifie que le droit ne peut prescrire que des comportements qui sont déjà à l'œuvre, et prendre ainsi « acte » de ce qui se passe. Selon Jacques Commaille, le droit et l'action publique ne se justifient alors plus « que par leurs résultats »<sup>20</sup>.

Les institutions légifèrent en effet par objectif et se développe ainsi une « logique d'externalisation du processus d'élaboration de la régulation en dehors des instances politiques classiques »<sup>21</sup>, ce qui a aussi pour effet de transformer les instruments juridiques. Par l'application de la technique d'élaboration des normes fondée sur la pratique, *l'effectivité est mesurée par elle-même, à partir d'elle-même*. Les analyses juridiques du même coup se limitent très souvent à cette fonction exécutive. Comme l'a relevé Jérôme Porta, « l'adoption d'une norme permet de substituer, pour l'avenir, à la discussion sur les finalités d'un acte ou conséquences, une évaluation juridique en fonction de la norme qui le fonde. Ce refoulement se traduit par l'affirmation d'une neutralité de la réalisation de la norme au regard de la délibération sur l'opportunité de l'action normative, laquelle est renvoyée au politique »<sup>22</sup>. C'est exactement ainsi que le concept de gouvernance est apparu pour traduire un état de fait : « un traitement horizontal des conflits en fonction d'un agenda et selon des principes définis et acceptés entre Etats membres. Une forme de *gouvernementalité* trouvant en elle-même et dans son fonctionnement concret les raisons justificatives de son existence (efficacité, performance) »<sup>23</sup>. Mais, au-delà de l'aspect institutionnel, c'est bien l'ensemble de la philosophie du droit qui est touchée.

Dans le Droit de l'Union Européenne, *la logique entre objectifs, moyens et effets s'est en quelque sorte inversée*. Une lecture du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe permettait de se rendre parfaitement compte de l'inversion : l'article I-3§3 indiquait en effet que « L'Union œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi, au progrès social (...) ». Dès lors, ce qui « fonde » le développement durable de l'Europe, c'est bien « la croissance économique et la stabilité des prix » tandis que le « plein emploi » et le « progrès social » en dépendent, mais ne sont pas des éléments fondateurs<sup>24</sup>. Cet agencement traduisait une rationalité nouvelle puisqu' « un objectif suppose que l'on prenne certaines mesures concrètes pour le remplir », tandis qu'un effet, ainsi que le plein emploi est compris dans la nouvelle formulation (reprise

---

<sup>19</sup> D. Dogot et A. Van Waeyenberge, « L'Union Européenne, laboratoire du « droit global » », dans J.-Y. Chérot et B. Frydman, *La science du droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012, p. 258. Je souligne.

<sup>20</sup> J. Commaille, *op. cit.*, p. 584.

<sup>21</sup> D. Dogot et A. Van Waeyenberg, *op. cit.*, p.256.

<sup>22</sup> J. Porta, « A propos du jugement d'efficacité dans le droit de l'Union Européenne », dans P. Hammje, L. Janicot, S. Nadal, (dir.), *op.cit.*, p. 254.

<sup>23</sup> J.-J. Sueur, « Droit constitutionnel global ou droit global des constitutions ? Eléments d'analyse », dans A. Le Quinio (dir.), *Les réactions constitutionnelles à la globalisation*, Bruylant, 2016, p. 36. Le concept de gouvernance a été beaucoup analysé dans ses travers. Voy. notamment pour une réflexion aboutie sur la question, A. Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

<sup>24</sup> Voy. E. Mollet, « Le projet de Constitution Européenne à la lumière de Foucault », *Revue Labyrinthe*, n° 22, pp. 112-113.

en ce sens par le Traité de Lisbonne), « sera toujours secondaire, de l'ordre de la conséquence, du résultat »<sup>25</sup>. On a pas mal glosé sur le §2 de l'article I-3 du projet de Constitution européenne, qui faisait entrer dans les objectifs de l'Union le « marché intérieur où la concurrence est libre et non faussée »<sup>26</sup>, mais la formulation du §3, par son caractère apparemment anodin traduisait un changement bien plus en profondeur, qui est d'ailleurs toujours présent dans le § 3 de l'article 3 du Traité sur L'Union Européenne issu du Traité de Lisbonne. Cela évidemment s'est fait par l'introduction des nouveaux « objectifs » de l'Union, l'« économie sociale de marché hautement compétitive », et la « stabilité des prix », tandis que l'établissement du marché intérieur demeure au premier plan de l'article 3.

Il est donc et de plus en plus question du droit comme un moyen technique de réalisation d'un objectif précis et déterminé. Seuls ce qui est envisagé comme participant d'un processus de calcul coût-avantage est considéré. Cette logique est peu ou prou la même pour les opérateurs économiques et pour tous les opérateurs, groupes ou individus qui font du droit un usage « militant »<sup>27</sup>, en envisageant celui-ci tout autant comme un obstacle que comme une arme qui pourrait se retourner contre le droit lui-même, bref, en se « servant » du droit<sup>28</sup>.

Si le calcul coût-avantage est présenté sous les atours de la rationalité, cette rationalité doit certainement être beaucoup plus souvent interrogée. Que signifie la « rationalité » lorsque les règles de droit peuvent s'appliquer indépendamment de considérations relatives à leurs résonances en matière de justice sociale, comme les trop célèbres arrêts *Viking* et *Laval*<sup>29</sup> l'ont rappelé ? S'agirait-il donc de faire usage de sa raison en écartant purement et simplement le droit social ? Comme le montre par exemple le plaidoyer, plutôt à charge, mais lumineux, d'Alain Supiot en 2010, la Cour de justice de l'UE s'est détournée de l'objectif d'« égalisation dans le progrès » et « s'emploie désormais à permettre aux entreprises installées dans les pays à bas salaires et faible protection sociale d'utiliser à plein cet « avantage comparatif » »<sup>30</sup>. Et de citer plusieurs arrêts de la période, qui exemptent ces entreprises du respect des conventions collectives (CJCE 18 décembre 2007, aff. C-341, *Laval* et 3 décembre 2008, aff. C-346/06, *Rüffert*) ou des lois indexant les salaires sur le coût de la vie (CJCE 19 juin 2008, aff. C-319/06, *Commission c. Grand-duché du Luxembourg*), écartent les présomptions de salariat posées par les droits des pays étrangers où elles opèrent (CJCE 15 juin 2006, aff. C-255/04, *Commission c. France*), condamnent les dispositifs permettant aux Etats d'accueil de contrôler efficacement les respects des droits des travailleurs que ces entreprises emploient (CJCE 19 juin 2008, aff. C-319/06, *Commission c. Grand-duché du Luxembourg*), affirment que le recours aux pavillons de complaisance ressortent du principe de libre établissement (CJCE 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*), interdisent en principe les grèves contre les délocalisations (même affaire), ou encore affirment que les objectifs de protection de pouvoir d'achat des travailleurs et de paix sociale ne constituent pas un motif d'ordre public de nature à justifier une atteinte à la libre prestation de service (CJCE 19 juin 2008, aff. C-319/06, *Commission c. Grand-duché du Luxembourg*). La formulation de

---

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 114.

<sup>26</sup> Voy. sur cette question, C. Joerges, « La Constitution économique européenne en processus et en procès », *R.I.D.E.*, 2006, n° 3 p. 245.

<sup>27</sup> L. Israël, *L'arme du droit*, P.F.N.S.P., 2009.

<sup>28</sup> Il n'est sans doute pas anodin de noter que deux observateurs majeurs de la pensée juridique contemporaine aient, en l'espace d'une année, publié chacun un ouvrage en empruntant ce vocabulaire utilitariste : J. Commaille, *A quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, Folio – Essais, 2015, et F. Ost, *A quoi sert le droit ?*, Bruylant, 2016.

<sup>29</sup> CJCE 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, CJCE 18 décembre 2007, aff. C-341/05, *Laval*.

<sup>30</sup> A. Supiot, « L'actualité de la justice sociale », *Revue Quart Monde*, n° 214 (voy. le site internet, document.php?id=4725).

l'arrêt *Viking* est révélatrice de la rationalité du droit que la Cour applique. Formellement, certains droits, sociaux notamment, sont reconnus, *mais leur application est subsidiaire par rapport à la logique principale*, c'est-à-dire la rationalité à l'œuvre dans le Droit de l'Union Européenne : « *S'il est vrai que, dans les domaines ne relevant pas de la compétence de la Communauté, les États membres restent, en principe, libres de fixer les conditions d'existence des droits en cause et les modalités d'exercice de ces droits, il n'en demeure pas moins que, dans l'exercice de cette compétence, lesdits États sont néanmoins tenus de respecter le droit communautaire (...) Par conséquent, la circonstance que l'article 137 CE ne s'applique ni au droit de grève ni au droit de lock-out n'est pas de nature à soustraire une action collective telle que celle en cause au principal à l'application de l'article 43 CE* »<sup>31</sup>.

Autrement dit, il faudrait se demander si les vœux de F. Von Hayek, notamment formulés dans le Volume 2 de *Droit, législation et liberté*, dont le sous-titre, *Le mirage de la justice sociale*, ne laisse aucun doute sur ses intentions, ne seraient pas en grande partie advenus : « dans l'ordre de marché chacun est conduit, par le gain qui lui est visible, à servir des besoins qui lui sont invisibles; et pour ce faire, conduit à partir de circonstances particulières dont il ne sait rien mais qui le mettent à même de satisfaire ces besoins au moindre coût possible, en termes de choses autres qu'il est possible de produire à la place »<sup>32</sup>. Le moindre coût est la logique soutenue aujourd'hui par le Droit de l'Union Européenne dont le caractère *instrumental* ne fait désormais plus guère de doute, et qui se trouve d'ailleurs et de plus en plus assumé par les « consommateurs » principaux du droit dans l'Europe contemporaine et dans le monde envisagé à l'échelle des échanges commerciaux et financiers : il est ainsi par exemple question de « stratégies d'instrumentalisation juridique »<sup>33</sup>. Il est important de signaler qu'il a existé et existe encore un fossé important entre l'analyse des juristes scientifiques « traditionnels » et les juristes qui ont développé une analyse « volontariste » du droit au service d'une vision économiste de la société : ces derniers ont ainsi développé un corpus intellectuel très important<sup>34</sup>, qui se déploie très largement en dehors des facultés de droit<sup>35</sup>, et qui est resté assez longtemps plutôt ignoré des premiers. La « jonction » qui tend à se faire entre les deux corpus ne semble pas passer par une attitude critique des premiers, mais bien par une absorption progressive de la rationalité d'un droit désormais réduit à sa fonction exécutive<sup>36</sup>.

## **B. L'ineffectivité des ressorts de la légitimité moderne dans le cadre du Droit de l'Union Européenne**

Peuvent être mises en avant – quoique moins souvent depuis ces dernières années, et pour cause – les jurisprudences des cours constitutionnelles dont l'une des vocations et de faire valoir les droits reconnus constitutionnellement, et qui en profitent pour « rétablir » ces droits,

---

<sup>31</sup> CJCE 11 décembre 2007, aff. C-438/05, *Viking*, §40 et 41.

<sup>32</sup> F. Von Hayek, *Droit, législation et liberté*. 2. *Le mirage de la justice sociale*, PUF, 1976, p. 140.

<sup>33</sup> Par ex. V. de Beaufort et al., *Stratégies d'instrumentalisation juridique et concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2013.

<sup>34</sup> Une partie de ce corpus est référencée sur le site du Centre de Droit Européen et d'Economie de l'Essec : <http://cede.essec.edu/droit-management-strategies>

<sup>35</sup> On assiste depuis quelques années à la constitution d'une nouvelle catégorie de juristes, celles des grandes écoles et écoles de commerce, pour lesquels a été créée une association, *l'Association des Professeurs de Droit des Grandes Ecoles*, devenue en mai 2016 *l'Association Française Droit et Management*... ceci explique cela.

<sup>36</sup> Comme l'illustre par exemple l'initiative de classement des revues juridiques réalisé par les Professeurs de Droit des Grandes Ecoles dont la presse « traditionnelle » s'est fait largement l'écho. Voy. par ex. *La semaine juridique*, éd. Générale, 18 janvier 2016, n° 3.

contre l'Europe éventuellement, au nom d'une *identité constitutionnelle* à protéger<sup>37</sup>. Un coup d'œil approfondi sur la réalité juridique de l'Europe cependant invite à plus de prudence : que représentent ces décisions devant le torrent de décisions de ces mêmes cours validant l'ensemble des pratiques instrumentalisatrices du droit et aliénant celui-ci aux considérations liées à une certaine conception du marché et de l'économie ? S'il est également possible de citer des décisions « heureuses » émanant de la Cour de Justice de l'Union Européenne<sup>38</sup>, elles s'apparentent plus à des alibis destinés à valider l'ensemble des autres décisions.

Le regard sur les stratégies des différents acteurs renseigne particulièrement sur la manière dont le droit peut désormais se représenter et se développer. Le phénomène de *law shopping* par exemple, rendu particulièrement visible avec les rapports *doing business* produits par la Banque mondiale, traduit un certain « darwinisme normatif »<sup>39</sup>. Si une lecture optimiste du *laissez-faire* invite à penser que la formation du droit par une sélection naturalo-économique conduira à une *meilleure législation*, c'est sans aucune doute à une *meilleure régulation* considérée en termes commerciaux qu'il conduit, toute autre considération étant secondarisée. Le Droit de l'Union Européenne en construction se veut l'expression d'une concurrence, mais produit des conflits de légitimité pour lesquels il ne fournit aucune clé de lecture pacificatrice : par exemple, la diversité au sein de l'espace européen des régimes de protection sociale, des régimes de chômage, d'invalidité, de retraite, des contributions fiscales et sociales, aboutissent inévitablement à mettre en avant des situations d'inégalités sociales sans fournir de moyens acceptables de résolution<sup>40</sup>. Il est certes malaisé de se prononcer sur l'avenir d'un état de fait qui apparaît comme une transition vers un système qui n'était jamais parvenu à maturité jusqu'ici, mais, comme l'indique Boaventura de Sousa Santos, « la création des conditions normatives et institutionnelles de fonctionnement du modèle « favorable au marché » implique une destruction normative et institutionnelle telle, qu'il est possible qu'elle porte atteinte, non seulement aux stratégies d'accumulation de l'Etat, mais également, à son hégémonie et à ses stratégies de confiance »<sup>41</sup>. Analysant le projet Constitution européenne à la lumière des écrits de Michel Foucault, Eric Mollet considère quant à lui que « nous voyons se construire la nouvelle forme de gouvernementalité identifiée par Foucault, reposant sur un nouveau régime de vérité « comme principe d'autolimitation du gouvernement »<sup>42</sup>. Cette autolimitation comme principe de gouvernement se manifeste à travers l'adoption d'un ensemble de règles favorisant la régulation autonome des principaux acteurs visés. Continuer donc à porter l'idée de « neutralité économique », tant des

---

<sup>37</sup> Voy. pour une vue d'ensemble, L. Burgogue-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pédone, 2011.

<sup>38</sup> Voy. par ex. CJUE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance c/Beaudout Père et Fils SARL*, aff. C437/09, validant les fameuses clauses de migration en se fondant sur le principe de solidarité (mais par ailleurs condamnées par le Conseil Constitutionnel au nom de la liberté contractuelle, Décision n°2013-672 DC du 13 juin 2013, *Loi relative à la sécurisation de l'emploi*).

<sup>39</sup> Voy à ce sujet A. Supiot, « Le droit du travail bradé sur le marché des normes », *Droit Social*, 2005, n°12, p. 1087 et s., et mon analyse de ce texte comparé au texte de H. Bouthinon-Dumas (« Existe-t-il un marché des systèmes juridiques ? » dans Ruth Sefton-Green (dir.), *La concurrence normative. Mythes et réalités*, publication de la Société de législation comparée, 2014), L. Fontaine, « Analyser le droit : pourquoi faire ? Quelques réflexions autour de deux contributions et de l'actualité en droit du travail », publié sur [www.ledroitdelafontaine.fr](http://www.ledroitdelafontaine.fr) : <http://www.ledroitdelafontaine.fr/analyser-le-droit-pourquoi-faire/>. Voy. aussi Mireille Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Seuil, 2016.

<sup>40</sup> Voy. par exemple, Th. Hamman, « Des usages sociaux de la loi au miroir des relations de travail transfrontalières en Europe », *Revue Le Portique*, 15, 2005, p. 1.

<sup>41</sup> B. de Sousa Santos, *op. cit.*, p. 307.

<sup>42</sup> E. Mollet, *op. cit.*, p. 117. Il fait référence au cours de Foucault de 1978-1979 au Collège de France, *Naissance de la biopolitique*, *op.cit.*, p. 21.

Constitutions que de l'Union Européenne, sur la base d'un dogme plusieurs fois réaffirmé depuis l'opinion dissidente du juge Holmes sous le fameux arrêt *Lochner* de la Cour suprême des Etats-Unis rendu en 1905<sup>43</sup>, dans le cadre d'une économie de marché, paraît donc plutôt une falsification de la réalité à l'œuvre par l'ensemble des règles, application de règles et production des règles dans l'espace normatif et social européen, car il y a bien une manière d'envisager le rapport du droit à l'économie et à la société que l'on ne peut pas considérer comme « neutre ».

Cette absence de neutralité, « cachée », a une incidence sur la manière dont on se représente la légitimité politico-juridique dans l'espace européen. La théorie politique qui soutient « publiquement » le droit, à savoir la démocratie libérale, voire sociale, comme cela est affirmé dans plusieurs Constitutions en Europe<sup>44</sup>, devrait mal s'accommoder du fait que le pouvoir d'initiative juridique paraît bien se situer le plus souvent hors de l'espace public des institutions, administratives et politiques. En tant que « titre » pour faire le droit, la légitimité est un ensemble d'idées qui concourent toutes à la manière dont est accepté le titre pour faire le droit. Autrement dit, la légitimité est en quelque sorte partagée dans l'espace social, selon des modalités aux lieux et époques considérés. Chaque société se donne un concept de légitimité qui sert à valider ou invalider, accepter ou ne pas accepter, le titre de celui ou de ceux qui font les règles. Il y a dès lors plusieurs manières de penser ce concept<sup>45</sup> : soit de manière accumulative (la légitimité est conférée du fait du constat de l'acceptation par la société du titre de celui ou de ceux qui font le droit), soit de manière théorique et prescriptive (le titre est attribué selon des modalités précises et prédéfinies, comme c'est le cas dans la théorie de la démocratie contemporaine qui fonde le titre notamment sur l'élection). Pour le dire autrement et en reprenant la distinction introduite par Max Weber, il y a la légitimité traditionnelle historique, et la légitimité légale rationnelle<sup>46</sup>. Le titre de légitimité sur lequel repose le Droit de l'Union Européenne, envisagé comme une instance d'exécution du marché (principe qui s'applique de manière progressive et sans discontinuer), s'avère s'être continûment intégré dans l'espace social en créant, de fait, comme c'est le propre de la légitimité traditionnelle, une légitimité traditionnelle donc. On peut lire ici et là que les catégories désormais « classiques » de la légitimité, sont inapplicables à la période contemporaine, et il est même parfois question d'« anachronisme des théories classiques »<sup>47</sup>. Il me semble pourtant que parler d'anachronisme est en décalage avec la réalité d'une légitimité traditionnelle effective. Parler en revanche d'ineffectivité des *ressorts* de la légitimité moderne, qui sont théoriques et prescriptifs, et qui fondent une légitimité légale rationnelle, est tout à fait possible. Les ressorts de la légitimité du système actuel ne correspondent pas avec les prescrits de la théorie de la démocratie. Or, de la même manière que Michel Foucault a cherché les ressorts du libéralisme contemporain, dans sa version dite

---

<sup>43</sup> Voy. cette opinion dissidente dans E. Zoller, *Les grande arrêts de la Cour suprême*, Dalloz, 2010, pp. 146-147.

<sup>44</sup> Par ex., article 1<sup>er</sup> de la Constitution française : « La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale », article 1<sup>er</sup> de la Constitution espagnole : « 1. L'Espagne constitue un État de droit, social et démocratique », ou article 20 de la Constitution allemande : (1) La République fédérale d'Allemagne est un Etat fédéral démocratique et social. »

<sup>45</sup> Sur les différentes manières de penser le rapport entre le droit et la légitimité, voy. L. Fontaine (dir.), *Droit et légitimité*, Bruylant, coll. Droit et Justice, 2009.

<sup>46</sup> Je laisse ici de côté le troisième type de légitimité introduite par Max Weber, la légitimité charismatique et exceptionnelle, qui est à la fois occasionnelle et provisoire car liée à un fait ou une personnalité exceptionnelle. Voy. une publication récente et traduite du texte de Max Weber par la revue *Sociologie*, « Les trois types purs de la domination légitime », 2014, n° 3, p. 291.

<sup>47</sup> M. Dogan, « La légitimité politique : nouveauté des critères, anachronisme des théories classiques », *Revue internationale des sciences sociales*, 2010, n°2, p. 160.

néolibérale, au XVIII<sup>e</sup> siècle, Boaventura de Sousa Santos trouve lui aussi une sorte de vice d'origine dans le système de pensée qui se met en place aux origines du libéralisme : « Réduit à l'espace public, l'idéal démocratique fut neutralisé ou fortement limité dans son potentiel émancipateur (...) ; la conversion de l'espace public en site exclusif du droit et de la politique accomplit une fonction de légitimation fondamentale en *cachant* le fait que le droit et la politique de l'Etat capitaliste ne pouvaient fonctionner qu'en faisant partie d'une configuration juridique et politique plus générale dans laquelle d'autres formes différentes, de droit et de politique étaient incluses »<sup>48</sup>. S'il ne s'agit pas ici d'entrer dans la réflexion sur le fait que la possibilité théorique que cette manière de concevoir le droit trouve précisément son origine dans les changements politiques et théoriques entamés dès le XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>49</sup>, *il s'agit au moins de constater que la réalité de la conception du droit, de l'économie et du politique, ne fournit pas de credo officiel encore parfaitement avoué et soumis à l'assentiment de tous*. Une sorte de fable est *produite*, en lieu et place, qui dit de la démocratie européenne contemporaine qu'elle est un lieu de transparence et de participation.

Selon le concept qu'a forgé l'anthropologue du droit Michel Alliot, à l'observation de droits complexes, issus notamment de la colonisation africaine, le Droit de l'Union Européenne est peut-être l'effet d'une logique d'un « droit honteux », qu'on ne veut pas s'avouer être tel qu'il est. Dans « Un passeur entre les mondes »<sup>50</sup>, l'ouvrage qui lui est consacré, il indique que le droit honteux est celui qui est « en marge du droit officiel : un droit dont on ne parle pas car il ne correspond pas aux idéaux que l'on souhaite mettre en avant. Il correspond à des aspirations beaucoup plus profondes ; il faut distinguer (...) les appartenances *dites* des appartenances *tues*, quelle que soit la société »<sup>51</sup>. Appliqué au Droit de l'Union Européenne, l'appartenance dite serait précisément l'idée de démocratie élective et populaire évoluant selon les principes de transparence et de participation, tandis que l'appartenance tue serait une inféodation aux principes véhiculés par les acteurs principaux du marché économique mondial. Au regard des dits et écrits de plus en plus explicites, et nombreux, des différents acteurs à l'œuvre dans la fabrication de l'espace juridique européen, il est néanmoins possible que le droit soit moins honteux et caché que volontairement omis et *non regardé* pour ce qu'il est. Ce n'est peut-être pas le droit qui est honteux aujourd'hui, *c'est le regard sur le droit*.

### ***III. Le Droit de l'Union Européenne, ou l'effectivité d'une autonomie du droit sapée dans ses fondements***

L'attrait pour l'effectivité et pour l'efficacité du droit, marque-t-elle une distanciation assez radicale du droit et de la société ? L'avènement de la fin du droit d'origine « public » marque pour ses adeptes la vraie prise de pouvoir de la société sur le droit, aboutissement d'une logique commencée au XVIII<sup>e</sup> siècle. Cette thèse doit être sérieusement interrogée, qui ne peut d'ailleurs pas l'être sans interroger aussi le rapport que, à travers sont droit, la société entretient avec la technique, la technologie et la science (A). Il en découle, ou plutôt, s'est

---

<sup>48</sup> B. de Sousa Santos, *op. cit.*, p. 482. Je souligne.

<sup>49</sup> Je renvoie de nouveau et notamment aux auteurs cités à la note 12, K. Polanyi, M. Foucault et B. de Sousa Santos.

<sup>50</sup> M. Alliot, « Récit de quelques passages », dans E. et J. Le Roy, H. Lamine, C. Eberhard (dir.), *Un passeur entre les mondes*, Publications de la Sorbonne, 2000, pp. 31 et s.

<sup>51</sup> *Ibid.* p. 44. Je souligne. Ce concept de droit honteux, repris notamment par Antoine Garapon, a aussi été interprété à l'inverse comme le droit officiel dont l'ineffectivité peut être presque totale, à l'instar par exemple des droits de l'homme, en suivant Gilda Nicolau, « La prophétie du Non-droit », in R. verdier (dir.), *Jean Carbonnier, L'homme et l'œuvre*, Presses Universitaires de Paris Ouest, 2012, p. 377, Publication sur Openedition Books en 2014 : <http://books.openedition.org/pupo/2666>.

produite, simultanément, une délégitimation du droit en tant que source autonome et créatrice d'impulsion et de régulation sociale (B).

### **A. Le statut de la technique et de la science à l'œuvre dans le droit de l'Union Européenne**

L'ambition de fonder un ordre social sur la science n'est pas le propre de la société contemporaine : cet idéal se retrouve chez bien des penseurs depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle. Mais, comme l'a relevé récemment Boaventura de Sousa Santos, « la promesse de la domination de la nature et de son emploi pour le bénéfice commun de l'humanité conduisit à une exploitation excessive et imprudente des ressources naturelles, à la catastrophe écologique, à la menace nucléaire, à la destruction de la couche d'ozone et à l'émergence de la biotechnologie, de l'ingénierie génétique et, partant, à la conversion du corps humain en summum de la marchandise »<sup>52</sup>. Si on se rappelle que le droit est une réalité anthropologique, « la conversion du corps humain en summum de la marchandise » est de nature à signifier aussi une dilution de l'opération juridique et politique dans leur caractère marchandable dont la science déterminerait les propriétés, ce qui est le propre de la notion d'ingénierie juridique. Le droit, et du même coup, le politique, tendent à se trouver tout entier dans la relation directe qui s'établit entre la connaissance technique et la règle de droit de telle manière que soit produite la « loi » : le caractère absolu et incontestable qui est avancé à propos des lois physiques et scientifiques évite, lorsqu'il se trouve réintégré dans l'espace juridique, sa politisation et son lot de discussions, de réflexions et par là même de décisions, nécessairement et toujours arbitraires. Les enjeux du droit se déplacent du champ politique, et aussi philosophique, vers celui de la science, dans laquelle il n'y a à proprement parler plus de « sujets » mais seulement des « objets »... de science. La « technicisation du droit » a pour effet de dissoudre le sujet, et donc la parole, et donc la discussion.

Dans le Droit de l'Union Européenne, la montée en puissance de l'outil de la *normalisation* est une manifestation du déplacement de l'intérêt du droit pour les sujets vers les objets, sans parole propre. Avec la normalisation, née d'un regroupement d'industriels d'abord, puis ensuite en quelque sorte « publicisée »<sup>53</sup>, l'*effectivité* devient *conformité* du droit à des principes, préceptes et lois techniques. A la fin des années quatre-vingt, dans le cadre d'un ouvrage consacré au « Droit au contact de l'innovation technologique »<sup>54</sup>, Michel Miaille constatait que « la question du 'doublement' des normes juridiques par des normes techniques s'est posée et le rôle des experts depuis longtemps analysé »<sup>55</sup>, mais, il faudrait se demander, poursuivait-il, dans la ligne de la thèse de François Ewald sur l'Etat-Providence<sup>56</sup>, si la « règle de jugement » n'a pas changé, c'est-à-dire, « le système de propositions à partir duquel s'apprécie la règle juridique »<sup>57</sup>, régime de vérité ou véridiction comme aurait pu dire Michel

---

<sup>52</sup> B. de Sousa Santos, *op.cit.*, p. 10.

<sup>53</sup> Voy. les historiques de l'AFNOR, l'organisme français de normalisation (F. Cochoy, « De l' 'AFNOR' à 'NF'. Ou la progressive marchandisation de la normalisation industrielle », *Réseaux*, 2000, n°102, p. 65 et s.), et de l'ISO, l'organisation internationale de la normalisation (W. Kuert, « La Fondation de l'ISO. Tout va dans le bon sens ! », dans *L'histoire d'une amitié partagée. Souvenirs à propos des cinquante premières années de l'ISO*, Publications de l'ISO, 1997, p.13 et s., document disponible à l'adresse suivante : [http://www.iso.org/iso/fr/2012\\_friendship\\_among\\_equals.pdf](http://www.iso.org/iso/fr/2012_friendship_among_equals.pdf)).

<sup>54</sup> Centre de Recherches Critiques sur le Droit, *Le droit au contact de l'innovation technologique. Colloque de Saint-Etienne*, 1987, Université Jean Monnet, 1987.

<sup>55</sup> M. Miaille, « Quel contrôle démocratique ? », dans, Centre de Recherches Critiques sur le Droit, *Le droit au contact de l'innovation technologique. Colloque de Saint-Etienne, op.cit.*, p. 33.

<sup>56</sup> F. Ewald, *L'Etat-Providence*, Grasset, 1985.

<sup>57</sup> M. Miaille, *op. cit.*, p.33.

Foucault<sup>58</sup>. L'Union Européenne a depuis de nombreuses années intégré les normes techniques au Droit de l'Union, en les définissant, et en déterminant les modalités de leur intégration, avec la fameuse directive « nouvelle approche »<sup>59</sup>. L'ensemble des pays de l'Union Européenne ont fait de même et les règles juridiques pratiquent aujourd'hui essentiellement « par renvoi » aux spécifications techniques contenues dans les normes, qui se trouvent ainsi juridicisées. Sur son site internet, l'ISO, l'organisation internationale de normalisation, désigne la norme comme « un document qui définit des exigences, des spécifications, des lignes directrices ou des caractéristiques à utiliser  *systématiquement*  pour assurer l'aptitude à l'emploi des matériaux, produits, processus et services »<sup>60</sup>. Le recours à ce principe de systématisme mérite d'être souligné car il entraîne avec lui une inéluctabilité qui emportera aussi, avec la juridicité,  *l'obligation* . L'obligation qui tend ainsi à résulter du caractère technique d'une question, est symptomatique du rapport contemporain de l'homme et de la société à son environnement et à son organisation.

En effet, les normes et l'efficacité des normes techniques sont un instrument au service de l'objectif économique par ailleurs et simultanément poursuivi par le droit : « les Normes internationales – présente l'ISO sur son site internet - sont des rouages indispensables. Elles établissent des spécifications de premier ordre pour les produits, les services et les systèmes dans une optique de qualité, de sécurité et d'efficacité. Elles jouent un rôle prépondérant pour faciliter le commerce international »<sup>61</sup>. A propos des  *principes d'élaboration des normes* , l'ISO met en avant quatre points, dont le premier est que « les normes ISO répondent à un besoin du marché »<sup>62</sup>. La normalisation technique est donc, et sera toujours, une question économique<sup>63</sup>. L'Etat incite les acteurs économiques à produire eux-mêmes de la « (co)régulation (délégation normative) » et « il s'appuie lui-même sur du « droit mou » ( *soft law* ) pour compléter, dans un souci d'efficacité économique »<sup>64</sup>. Pour les entreprises, trouve-t-on encore sur le site internet de l'ISO, les normes « sont des outils stratégiques permettant d'abaisser les coûts, en augmentant la productivité et en réduisant les déchets et les erreurs. Elles ouvrent l'accès à de nouveaux marchés, établissent des règles du jeu équitables pour les pays en développement et facilitent le libre-échange et le commerce équitable dans le monde »<sup>65</sup>. Conformément à cet esprit, le Conseil de l'Union Européenne, dans sa résolution du 7 mai 1985 concernant la nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation, indique que la refonte de l'harmonisation technique vise à « mettre fin aux entraves techniques à la libre circulation des marchandises »<sup>66</sup>. La normalisation technique

---

<sup>58</sup> M. Foucault,  *Naissance de la biopolitique, op. cit., et Sécurité, territoire, population, Cours au Collège de France, 1977-1978* , Seuil, Gallimard, 2004. Depuis 1985, des observateurs n'ont pas manqué de s'étonner d'un retournement de position de François Ewald, passé du post-marxisme au libéralisme, dont le point commun toutefois peut être facilement trouvé dans la philosophie du moins, voire du pas d'Etat. Dans cet esprit, voir l'ouvrage récent dirigé par D. Zamora,  *Critiquer Foucault. Les années 1980 et la tentation néolibérale* , éd. Aden, 2016. Des communautés de vue entre le libéralisme-capitalisme et le communisme sont de plus en plus régulièrement mises en avant, y compris par des juristes (voy. par ex. B. de Sousa Santos,  *op. cit.,*  ou A. Supiot,  *La gouvernance par les nombres, op. cit.* ).

<sup>59</sup> Voy. La directive 83/189/CEE du 28 mars 1989.

<sup>60</sup> Site ISO : <http://www.iso.org/iso/fr/home.htm>. Je souligne.

<sup>61</sup>  *Ibid.*

<sup>62</sup> Les 3 autres principes sont que « les normes ISO sont fondées sur l'expertise mondiale », « sont le fruit d'un processus multipartite » et enfin, « se fondent sur un consensus ».

<sup>63</sup> Site de l'ISO : « Pour les entreprises, les normes sont des outils stratégiques permettant d'abaisser les coûts, en augmentant la productivité et en réduisant les déchets et les erreurs. Elles ouvrent l'accès à de nouveaux marchés, établissent des règles du jeu équitables pour les pays en développement et facilitent le libre-échange et le commerce équitable dans le monde ».

<sup>64</sup>  *Ibid.*

<sup>65</sup>  *Ibid.*

<sup>66</sup> Résolution 85/C 136/01.

serait ainsi « un révélateur de la compétition économique internationale », dont l'architecture institutionnelle AFNOR (France) – CEN (Europe) – ISO (Internationale) serait une des expressions »<sup>67</sup>.

La compétition n'apparaîtrait donc efficace qu'autant qu'elle repose sur des prescrits d'ordre technique et scientifique. Or, la valorisation de la primauté des énoncés de la science et de la technique entraîne mécaniquement avec elle la dévalorisation des énoncés juridiques qui répondraient à des critères non technico-scientifiques. Il deviendrait donc *capital*, de déterminer selon quels critères un énoncé peut être considéré comme scientifique ou technique. *Mais il semble que le rapport de l'homme à la technique ne soit pas aussi absolu* : s'il a changé, il porte en lui une conception de l'homme qui, *par un biais sélectif*, attribue un statut de quasi vérité à *certain*s prescrits seulement. Tous les énoncés scientifiques ne se voient pas attribuer la même valeur qui mériterait une validation juridique. Par exemple, les travaux des sciences humaines et sociales, mêmes concordants et répondant aux protocoles scientifiques éprouvés, n'ont pas, dans l'espace du droit et spécifiquement du Droit de l'Union Européenne, ce statut d'énoncés qui mériterait que le droit s'y aliène, sauf peut-être, mais c'est variable, lorsque ces travaux brasse des dizaines de chiffres<sup>68</sup>. Jacques Ellul pensait que si Marx avait livré l'une des analyses les plus fortes de son temps en éclairant les places respectives du droit et de l'économie dans les sociétés capitalistes, cette analyse était pour partie obsolète au XX<sup>e</sup> siècle, la technique et les prescrits de la technique ayant même dicté leur « loi » à celles du marché<sup>69</sup>. Il n'est pas du tout anodin de rappeler que Jacques Ellul, connu surtout au-delà des frontières du droit fut précisément un juriste, historien du droit. « Le phénomène technique, disait-il, est la préoccupation de l'immense majorité des hommes de notre temps de rechercher en toutes choses la méthode absolument la plus efficace »<sup>70</sup>. Et, constatait aussi Jacques Ellul, la culture technique est incapable par principe de concevoir les problèmes d'ensemble et de réfléchir sur elle-même, de se penser elle-même »<sup>71</sup>. Et en effet, non seulement la culture technique ne peut pas, par elle-même, penser ce qu'elle implique en terme sociétal, mais la culture technique d'un droit qui met en œuvre cette culture, en est tout aussi incapable par principe. C'est que, sans aucun doute, contrairement peut-être à ce que pensait Jacques Ellul, *les seules considérations de la technique ne suffisent pas à comprendre la manière dont le droit se conçoit et se déploie dans l'Europe contemporaine*. Il ne faut pas douter que la soumission complète à la science supposerait une vision mécaniste de la société où le droit n'aurait plus de place, mais il se trouve que *des choix demeurent, celui notamment de soumettre le droit à des principes réfléchis en dehors de lui*.

## **B. La délégitimation mécanique - mais sélective – de l'autonomie du droit et du politique**

La lecture des documents juridiques et non juridiques, au niveau national, européen et mondial, permet d'établir un rapport « positif » entre normes techniques et société : il s'agirait de « confiance », de « confiance dans l'avenir », de « confiance durable », d'une « économie

---

<sup>67</sup> John Ktechell, Strategic adviser au CEN (Comité Européen de Normalisation), « De nouveaux enjeux pour la normalisation européenne ? », *Table ronde, Les enjeux de la normalisation technique, Atelier PUCA*, 3<sup>e</sup> séminaire, 22 octobre 2012 ([http://www.urbanismepuca.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport\\_Normalisation\\_oct2012.pdf](http://www.urbanismepuca.gouv.fr/IMG/pdf/Rapport_Normalisation_oct2012.pdf)).

<sup>68</sup> Et encore cela est-il encore souvent insuffisant, comme l'illustre l'ouvrage best-seller de Thomas Piketty, *Le capital au XXI<sup>e</sup> siècle* (éd. du Seuil, 2013), truffé de chiffres, diagrammes et autres tableaux synthétiques. Au moins l'ouvrage pétri de chiffres lui a-t-il permis d'en faire, du chiffre.

<sup>69</sup> Voy. la trilogie de Jacques Ellul sur la technique, *La Technique ou l'Enjeu du siècle*, Armand Colin, 1954 ; *Le Système technicien*, Calmann-Lévy, 1977 et *Le bluff technologique*, Paris, Hachette, coll. La force des idées, 1988.

<sup>70</sup> J. Ellul, *Le bluff technologique*, *op. cit.*, pp. 18-19.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 266.

de la confiance », confiance associée à la « santé » et à la « sécurité », de confiance aussi « dans la gouvernance », et « dans le leadership », ainsi que « dans l'innovation », et enfin de « confiance intégrée », de « partenaires confiants » mais aussi de « confiance individuelle »<sup>72</sup>. Or, les « normes techniques » s'affichent comme celles d'institutions ou d'opérateurs privés, tandis que les règles juridiques s'affichent d'abord comme celles des institutions publiques. Et, dans la logique de la normalisation, les premières sont plus dignes de « confiance » que les secondes. On peut lire sous la plume du directeur de l'AFNOR, l'institut français de normalisation, en 2015, que « les normes volontaires sont en effet co-construites par les professionnels eux-mêmes, qu'ils soient publics ou privés. Elles recensent des bonnes pratiques, des méthodologies et des terminologies sur le principe de l'universalité et de l'interopérabilité. Elles constituent un *langage commun* et apportent un gage de qualité, de sécurité et de performance au service des intérêts de chacun »<sup>73</sup>. Dans son rapport annuel d'activité de 2015, l'AFNOR note d'ailleurs que 90% des normes volontaires aujourd'hui sont d'origine européenne ou internationale<sup>74</sup>.

Pousser loin la logique à l'oeuvre ne signifie pas seulement une méfiance corrélative envers les institutions publiques, mais, selon un principe quasi marxiste, *se passer purement et simplement de ces institutions*. Il s'agit d'abord pour les opérateurs privés d'investir les institutions publiques, sous couvert de l'application de la logique démocratique, avec par exemple l'institutionnalisation du lobbying, dont les effets sur la logique démocratique sont maintenant notoirement connus<sup>75</sup>. Il s'agit, ensuite, de se passer de ces institutions, comme l'illustre très bien la technologie « blockchain ». Voilà ce qu'on peut lire à propos de cette technologie, au service de laquelle le droit devrait être<sup>76</sup> : « Le second caractère essentiel de la technologie blockchain, c'est que, pour ses architectes, elle peut se passer d'institutions et d'organismes publics : en effet, le système repose sur la confiance. Il s'agit pour les utilisateurs de faire confiance sans tiers de confiance. Cela est rendu possible par la communauté de la blockchain. Lorsqu'un échange ou une transaction est réalisée par un utilisateur, celle-ci est regroupée avec d'autres transactions dans un « bloc » ». La gouvernance est l'aboutissement d'un système de régulation sans règles qui ne soient l'émanation directe et soi-disant consensuelle des gouvernés. Et l'article « enfonce le clou » : « C'est d'ailleurs la force d'un tel système, qui dépasse les individualités en s'appuyant *sur une technologie qui crée du lien social* afin de faire confiance à un corps social, et non à une autorité centrale ou à un tiers de confiance (...) »<sup>77</sup>.

La vision du monde à l'oeuvre est présentée comme telle : « Dans un monde dont on déplore souvent la perte de repères et où la confiance dans la technologie n'a jamais été aussi forte, il ne peut qu'être constaté que la blockchain aurait sans doute eu du mal à arriver à un moment plus opportun ». A propos d'un arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne du 15 octobre 2015, *Balazs* (aff. C-251/14), « l'articulation parfois complexe que peuvent entretenir

---

<sup>72</sup> Tous ces termes se trouvent dans un document unique, le rapport annuel de l'ISO 2008 (disponible sur le site de l'ISO, *op. cit.*) et reflètent à l'excès ce qui se lit par ailleurs dans la littérature « privée » et dans la littérature « publique », notamment celle des instances européennes.

<sup>73</sup> Olivier Peyrat (directeur général de l'AFNOR au moment de l'article), *La norme au secours du dérèglement climatique*, 3 décembre 2015, Le Monde.fr. Je souligne.

<sup>74</sup> <http://groupe.afnor.org/pdf-portail/rapport-annuel-2015.pdf>

<sup>75</sup> Voy. notamment S. Laurens, *Les courtiers du capitalisme, Milieux d'affaires et bureaucrates à Bruxelles*, éditions Agone, 2015.

<sup>76</sup> Site internet « le droit de la blockchain », article de P. Caisey, « Le droit au service de la technologie », <http://www.droit-blockchain.fr/>

<sup>77</sup> Je souligne. L'auteur ajoute, « La philosophie libertaire des débuts de l'internet semble donc ressusciter avec la blockchain, avec un objectif : aller encore plus loin dans la déconcentration et la désintermédiation ».

normes techniques et règles ‘classiques’ » est souligné »<sup>78</sup>, qui met en évidence le fait que la norme litigieuse a été « adoptée par une organisme de normalisation national sur la base d’une norme rédigée par le CEN, en dehors d’un véritable contrôle démocratique », et « a permis de sanctionner le requérant au principal alors que cette norme hongroise n’était disponible qu’en anglais et était ainsi potentiellement incompréhensible pour le justiciable ». Et l’auteur du commentaire de souligner que si les normes techniques « permettent au marché européen de poursuivre son intégration de manière efficace », elles « posent question quant au respect des principes de sécurité juridique et de transparence ».

C’est devenu presque une antienne de le constater, comme de rappeler que les interrogations intellectuelles et médiatiques sur l’existence ou non de l’Europe (parce que celle-ci n’aurait aucune réalité politique), semblent ignorer la réalité juridique de l’Europe, par l’effet de l’accumulation juridique qui s’y est opérée, jusqu’à faire complètement « système ». L’Union Européenne a développé un système juridique supranational de manière à créer un marché interne dans lequel s’épanouissent les quatre libertés de circulation, sans pratiquement jamais provoquer sur ces questions de débat politique. La construction du Droit de l’Union Européenne s’est donc pendant longtemps opérée à l’écart du débat politique public, celui-ci étant rendu inutile par l’application mécanique de prescrits techniques et scientifiques. La philosophie dite du « TINA » (*There Is No Alternative*) est le symptôme parfait de cette évolution, qui range les péripéties politiques au rang de troubles à l’application sereine de règles définies ailleurs. « La modernité, indique par exemple Boaventura de Sousa Santos, conçoit le droit comme un principe d’organisation sociale de deuxième ordre (et probablement provisoire) par rapport à la science, une fois soumis à l’Etat capitaliste, le droit devint, lui-même, un artefact scientifique de premier ordre. A partir de ce moment-là, l’utopisme automatique de la technologie se développa en même temps que l’utopisme de l’ingénierie juridique, et, à vrai dire, les deux processus ont été, depuis, alimentés l’un par l’autre »<sup>79</sup>.

C’est ainsi que la « sélection » peut facilement s’opérer entre les différents énoncés, selon une rationalité spécifique, qui permet par exemple de comprendre comment, *en toute logique*, la Commission Européenne peut dire, en s’appuyant sur un avis de l’Autorité européenne de sécurité des aliments<sup>80</sup>, que « *Les perturbateurs endocriniens peuvent (...) être traités comme la plupart des substances [chimiques] préoccupantes pour la santé humaine et l’environnement* », alors même qu’il semblerait que beaucoup d’études illustreraient le contraire. C’est que, *truisme*, mais hélas constat sans conséquence, derrière des choix scientifiques, demeurent une logique toute marchande. Par l’effet d’une certaine manière de voir les rapports entre la société, la politique et le droit, alimentée par des décennies de littérature à ce sujet, des physiocrates jusqu’à Bruno Leoni ou F. Von Hayek, les « lois » spontanées du marché, qui ne sont pour l’essentiel que les pratiques des opérateurs économiques dominants, teintées de théorisation, ont été assimilées à des lois scientifiques incontestables, pour lesquelles la « vérité » des normes techniques n’est toujours qu’un instrument à écarter pour les mêmes raisons. Selon Michel Foucault, il y a eu un moment dans l’histoire (au XVIII<sup>e</sup> siècle), où le marché s’est constitué « en un lieu de véridiction » : « Et ceci non pas simplement, non pas tellement parce qu’on serait entré dans l’âge d’une économie marchande – c’est à la fois vrai, mais ça ne dit rien précisément -, non pas parce

---

<sup>78</sup> Voy. L. Marcus, « Libre circulation des marchandises et normes techniques : quelles conséquences juridiques dégagées par la CJUE ? », *Actualité juridique* du 3 novembre 2015, [www.ceje.ch](http://www.ceje.ch).

<sup>79</sup> B. de Sousa Santos, *op. cit.*, p. 95.

<sup>80</sup> *Scientific Opinion on the hazard assessment of endocrine disruptors: Scientific criteria for identification of endocrine disruptors and appropriateness of existing test methods for assessing effects mediated by these substances on human health and the environment*, 10.2903/j.efsa.2013.3132

que les gens ont voulu faire la théorie rationnelle du marché - c'est bien ce qu'ils ont fait, mais ça ne suffisait pas »<sup>81</sup>.

Ce qu'il s'agit d'abord de constater ce n'est pas le « moins » d'Etat ou les transformations des modes d'action de l'Etat, mais l'organisation de celui-ci, grâce au droit principalement, comme l'illustre le mieux aujourd'hui le Droit de l'Union Européenne, au service d'une conception particulière de la société mue par l'économie : la dérégulation comme on dit n'est pas un affaiblissement normatif, *c'est la mobilisation des forces du droit autour de la réalisation d'une idéologie tout à fait identifiable*, que la Cour de Justice de l'Union elle-même a parfaitement bien identifiée en mettant ses arrêts presque toujours au service de cette idéologie. Il faudrait aussi pouvoir dire que ce rapport ne présente pourtant pas un caractère d'inéluctabilité tel qu'il obligerait à faire disparaître les institutions juridiques pour priver le marché de son meilleur instrument. Mais tout se passe comme si on n'y pouvait rien, en commençant d'ailleurs par feindre de n'y rien voir.

---

<sup>81</sup> M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, op. cit., pp. 34 et s