

REVUE DES DEUX MONDES

SEPTEMBRE 1996

PRESIDENT : MARC LADREIT DE LACHARRIERE

REVUE MENSUELLE FONDEE EN 1829 — 65 F

Les enjeux de la dérégulation

Revue des deux Mondes

Septembre 1996

pp.68-78

PASCAL SALIN	L'ILLUSION DE LA REDUCTION DU TEMPS DE TRAVAIL
JEAN-CHRISTOPHE MOUNICQ	RECESSION INAVOUEE ET CHOMAGE HONTEUX
JOSEPH MACE-SCARON	LE FRONT NATIONAL TEL QU'EN LUI-MEME
MAURICE SCHUMANN	LA RECIPROCITE : UN DROIT FONDAMENTAL
GEORGES DILLINGER	LE POLITIQUEMENT CORRECT : UN INDIVIDUALISME DECHAIINE
MARIE-ANNE FRISON-ROCHE	LES ENJEUX DE LA DEREGULATTON
PIERRE JOANNON	LES NOUVEAUX IRLANDAIS

Dossier ; Instruction et éducation

Coordonné par Georges Chacornac

ROGER FAUROUX	Notre cause commune
HUGUETTEBOUCHARDEAU	Les métamorphoses de l'obligation scolaire
PAULE CONSTANT	Dictature de l'instruction
JEAN-CHRISTOPHE YOCCOZ	Quelles mathématiques enseigner, à qui et à quel moment ?
GEORGES CHACORNAC	Egalité des chances et équité sociale



Marie-Anne Frison-Roche

LES ENJEUX DE LA DEREGULATION

On ne peut négliger la distinction qui s'établit spontanément, tant dans les faits que dans les esprits, entre l'économie — définie comme l'ensemble des mécanismes de production, de distribution et de consommation des richesses — et le système social — défini comme l'ensemble des relations qui s'instaurent au sein d'une collectivité entre ses membres et des liens qui s'organisent entre la collectivité et ses membres. Mais cela ne devrait pas conduire à les opposer, à choisir l'un ou l'autre, à penser leur rapport en termes de vases communicants pour lesquels on doit vider l'un pour remplir l'autre, assassiner l'un pour faire prospérer l'autre. L'analyse sociologique de Niklas Luhmann a montré que l'enjeu de la société globale était au contraire de mettre en place des mécanismes de communication entre ses sous-systèmes sociaux pour que l'ensemble prospère au lieu de s'autodétruire d'une façon gaspilleuse. On rejoint ainsi l'impératif antique d'harmonie dans la cité.

Mais prospérité économique et développement social équitable apparaissent encore à beaucoup comme des objectifs antagonistes, au mieux des frères ennemis. L'usage dans la sphère du pouvoir législatif et réglementaire de la contrainte attachée à la règle de droit a puissamment contribué à cela. En effet, la réglementation a mis à profit sa puissance d'obliger les acteurs juridiques, pour opérer de telles minutieuses compensations entre l'économie et le social. Pourtant, par une sorte de juste retour des choses, le droit, dès l'instant qu'on prend soin de le distinguer de la réglementation, peut être l'instrument adéquat de leur réconciliation.

Distinction du droit et de la réglementation au regard de l'économie

Pour établir cette distinction, qui exprime une tendance plus qu'elle ne vise deux corps de règles très précisément délimités, il convient de définir la réglementation comme une pluralité de prescriptions impératives et précises de comportements particuliers dans des situations considérées. Pour de telles normes, il n'est pas nécessaire d'établir un fondement explicite à l'ordre donné aux assujettis, sinon la poursuite d'un intérêt général toujours présumé. Il n'y a pas non plus corrélation entre les différents ordres formulés, ce qui explique la tendance de la réglementation à la multiplication et à l'entassement. Tandis que le droit se définit comme un ensemble cohérent et coordonné de normes de comportement exprimant des principes fondamentaux qui justifient l'utilisation de la puissance du droit à contraindre. En cela, le droit tient en relativement peu de lignes et, sans sous-estimer la technicité du droit, s'exprime dans un langage proche de la langue courante. Cette distinction n'est pas inscrite dans notre système juridique et ne dépend pas de l'auteur de la norme, réservant par exemple le droit au législateur et la réglementation à l'administration ; elle tient plutôt à la façon de concevoir le contenu de la règle ainsi édictée. Pour prendre un exemple, le code civil relève plutôt du droit et le code du travail plutôt de la réglementation, alors même que les matières considérées, droit civil ou droit du travail, n'impliquent pas par nature cette inégalité de traitement. Mais on observe que la stabilité du code civil

depuis 1804 est remarquable tandis que le code du travail fluctue, épaissit et s'obscurcit chaque jour.

Plus précisément, la réglementation a un mouvement naturel à multiplier les sous-catégories de sujets de droit jusqu'à atteindre le cas concret de l'individu, nécessitant donc un accroissement de la production de textes, tandis que la tendance du juridique à en rester à la généralité le rend plus économe et concrétise surtout davantage le principe d'égalité, dans une abstraction qui réunit toutes les personnes concernées. Ainsi, le droit du mariage ne distingue guère les jeunes mariés des couples aux noces d'or, alors que la réglementation sociale engendrera aisément autant de régimes qu'il est de sorte de chômeurs. L'opposition que l'on opère souvent entre les droits de l'homme, dont la prétention à l'universalité, critiquée par ailleurs, permet concrètement une application à tous, et les nouveaux droits sociaux, tient aussi à cela.

Ainsi, il ne s'agit pas de poser que certaines branches du droit relèveraient de la définition générale du juridique, telle que donnée précédemment, et d'autres non, car la tendance serait trop forte de qualifier de foncièrement juridiques les branches que Ibn aime et de réglementaires celles que l'on n'aime pas, dans une sorte de distribution de bons points, dans une défense des matières juridiques traditionnelles, dont le droit civil est le cœur, et un dénigrement infondé des matières juridiques plus récentes, telles que le droit communautaire ou le droit du travail. Mais il s'agit plutôt de regretter le phénomène qui peut affecter toutes ces matières, quelle que soit leur ancienneté et leur assise. Ainsi, la réglementation consumériste défigure le droit civil des obligations aussi sûrement que l'activisme réglementaire déforme le droit financier. Il y a donc bien enjeu de méthode avant d'y avoir bataille hiérarchique entre matières.

Cet envenimement du droit classique par la dérive réglementaire est aujourd'hui particulièrement préoccupant concernant le droit pénal : des milliers d'infractions sont juxtaposées, visant simplement à obtenir que les acteurs économiques se conforment à des prescriptions administratives de détail. Il y a là dénaturation et l'on doit dénoncer cette perte de juridicité, qui finit par affaiblir les libertés fondamentales.

Une autre ambiguïté doit également être écartée : la distinction ici opérée entre le juridique et le réglementaire ne recouvre pas celle de l'Etat libéral et de l'Etat-providence. Certes, l'Etat libéral, par le seul fait du cantonnement de son action à l'égard de l'activité économique, court moins le risque d'une dérive réglementaire, laquelle suppose un certain activisme normatif. Mais, d'une part, poser l'exigence d'un droit de l'économie, c'est ne pas embrasser les thèses néo-libérales qui affirment l'autosuffisance de la loi économique du marché, ni prédire l'effondrement de l'Etat, ou sa réduction à une modestie douteuse.

En réalité, s'il faut dégager l'expression qu'il convient, c'est de l'Etat de droit qu'il faut parler et de sa possibilité d'advenir, à travers un pouvoir politique qui s'allie avec le juridique, en dehors d'une relation de force ou de violence. C'est pourquoi l'amour de l'Etat que M. Jean Picq a mis heureusement à l'ordre du jour passe par l'amour du juridique.

Pour établir davantage cette distinction entre le droit et la réglementation, on peut encore dire, selon le même critère de la tendance, que le droit s'apprend et se comprend afin de s'appliquer, car sa généralité ne peut se décliner au particulier qu'en ce qu'elle est comprise par la personne visée, ou par le juge en cas de conflit ; tandis que la réglementation, tel un horaire de chemin de fer, s'applique sans un tel détour de système, sans besoin de comprendre ni impératif de justification d'ensemble, l'hypothèse d'une situation nouvelle appelant alors l'élaboration d'un nouveau règlement qui vient s'ajouter aux autres. La réglementation fiscale est de cet ordre, par une course poursuite contre la Fraude, dans laquelle la réglementation s'essouffle. Ainsi la réglementation ressort paradoxalement d'une sorte de volonté pure, sans source rationnelle contraignante, ce qui la rend l'instrument naturel du politique frappant quand cela lui chante, tandis que le droit relève du proprement juridique, c'est-à-dire du général qui ne peut se poser qu'autant qu'il est fondé, ce qui le rend moins maniable, moins corvéable à merci.

Un rapport du Conseil d'Etat et, d'une façon plus générale, le Parlement français se soucient de la dégénérescence de la législation qui s'est dégradée en réglementation, comme on tombe en capilotade, c'est-à-dire en pléthore de textes pointilleux, illisibles, contradictoires et d'ailleurs inappliqués. On ne sait si ce dernier

aspect vaut consolation. Les législations fiscales ou le *corpus* de règles administratives en matière de concurrence en sont des exemples familiers. Mais il faut aujourd'hui que le droit redresse la barre, la restauration de la loi étant à ce prix. La restauration du politique aussi car précisément si le politique entend fonder les lignes de force d'une nation, c'est par la loi qu'il le fera ; la réglementation ne l'ayant conduit qu'à harceler la réalité d'autant de ces petites piqûres que sont les textes proliférants, sans qu'il soit naturellement possible de fonder un quelconque ensemble clair.

La réglementation est certes volontariste mais peu éclairée et sans conscience d'un « effet papillon » tel que la théorie du chaos nous l'a rendu familier. Ainsi, ce sont deux conceptions du politique qui s'opposent à travers la distinction du droit et de la réglementation, la première acception étant systématique et rationnelle, la seconde pointilliste et incontrôlable.

Mais la question se pose d'une façon plus particulière concernant les rapports que l'économie entretient actuellement de force avec la réglementation et ceux qu'elle a vocation à entretenir avec le droit. Fondamentalement, il s'agit de savoir si l'économie, à supposer qu'elle ait besoin d'une norme exogène, la trouve plus heureusement dans une conception journalistique de la politique, c'est-à-dire dans la réglementation administrative prolifique et sans corrélation interne, ou dans le proprement juridique, ce dernier étant allié à une vision plus altière et dogmatique mais aussi plus respectueuse de la fonction du politique : il s'agit en effet d'établir un lien entre deux généralités fondées, celle de l'échange marchand et celle de la règle de droit générale. Les difficultés très concrètes que la France rencontre actuellement tiennent entre autres à ces principes fondamentaux du droit économique encore à définir et sur lequel la théorie politique doit poser sa patte.

La réglementation comme balance entre l'économie et le social

La France a établi jusqu'à aujourd'hui un lien entre économie et réglementation, sans grande considération pour le juridique. En opposant les ordres, pour reprendre l'expression pascalienne,

ou les mondes, pour verser davantage dans le vocabulaire sociologique, que constitueraient l'économique et le social, on a cru bon de hiérarchiser ce qui était pourtant complémentaire, dès l'instant que l'économique et le social avaient été pensés en termes d'opposition. Le mouvement a été alors d'inverser ce qui paraissait une domination naturelle mais perverse de l'économique sur le social.

Ainsi, avec une certaine illusion quant à la puissance des législations, les gouvernants successifs ont contraint ce qui paraissait spontané et dominant dans l'esprit humain, mais relevant de la satisfaction des intérêts privés, à savoir l'échange spontané des biens et des services pour un prix acceptable et convenu, pour maintenir, voire développer, ce qui paraissait menacé, alors que relevant de l'intérêt général, à savoir le respect et le service de tout individu et, par conséquent, la cohésion sociale.

Le pouvoir de la réglementation a permis d'imposer ce renversement de pouvoirs au nom d'une hiérarchie de valeurs. Le cordon sanitaire constitué après la guerre autour des services publics par une organisation a-concurrentielle en est la marque la plus éclatante. Statut de la fonction publique pour des milliers de travailleurs ; disponibilité de prestations essentielles pour un montant accessible à tous ; report sur la collectivité du coût financier de l'ensemble. Seule la puissance réglementaire pouvait ainsi imposer cette organisation vertueuse, à rebours de la méchanceté inhérente à l'homme que postule la théorie du marché.

Mais toute l'économie a été soumise à cette suspicion d'une domination tout à la fois naturelle, excessive et dangereuse du libéralisme économique sur tout autre chose que lui-même, le marché étant en outre par nature destructeur d'emplois. L'effet de mode y a contribué et l'on se devait de préférer le social à l'économique, postulant leur opposition et agréant l'utilisation des aiguillons réglementaires contre la grosse bête sauvage incarnée par le capitalisme libéral. La réglementation fut la digue bienfaitrice contre le marché. On utilisa alors le terme d'économie mixte pour désigner une économie française belle et bien réglementée, même si le modèle marxiste ne fut jamais adopté. Le marché ne fut pas récusé ; il dut simplement subir le poids de mouvements et

d'impératifs contraires, supportant en outre une certaine opprobre. En est-il toujours ainsi ?

Maintien larvé d'une réglementation de l'économie française

Il est vrai que l'état de la France dans l'après-guerre avait nécessité une telle réglementation, notamment des prix, mise en place par l'ordonnance de 1945: en situation de pénurie, le marché laissé à lui-même adopte effectivement sa face noire. Certes, l'ordonnance de 1986 libéra par principe les prix et prétendit établir un nouveau corps de règles de l'économie libérale. En cela, on passait de la réglementation au droit. Ainsi, la réglementation aurait été une transition nécessaire, d'intérêt aujourd'hui historique. Le marché aurait repris le dessus, si ce n'est « ses droits ».

Mais il suffit de prendre quelques exemples pour douter de la réalité de cette adéquation nouvelle. Ainsi, on mesure aujourd'hui les difficultés d'adaptation des services publics marchands, tels ceux qui concernent l'électricité, le téléphone ou le rail, en forte résistance face au libéralisme. Mais il n'est pas besoin d'aller chercher dans un secteur technique spécial pour observer le pouvoir de l'administration et de ses textes sur l'économie dans l'application et dans les interstices de l'ordonnance de 1986 ; c'est d'une façon tout à fait ordinaire que l'économie française continue d'être réglementée. Ainsi, on constate la complexité grandissante des règles que les entreprises doivent respecter pour établir leurs factures, faute de quoi des infractions pénales sont constituées. Cela résulte de textes mais surtout d'un *corpus* d'origine administrative. Dans un mouvement wébérien, la bureaucratisation des entreprises s'ensuit, afin de pouvoir se mouvoir dans ce carcan administratif et en réchapper.

La prospérité économique relative, la mondialisation des échanges, mais surtout l'idée que l'économique et le social entretiennent des rapports dialectiques et non alternatifs imposent aujourd'hui un mouvement normatif contraire celui de la déréglementation.

Déréglementation et dérégulation : l'économie a besoin d'être normée

Le terme usuellement retenu, issu d'un anglicisme, est celui de « dérégulation ». Il est particulièrement utilisé concernant le sort des services publics, de manière tout à fait malheureuse, le terme évoquant irrésistiblement le démantèlement et l'abandon des secteurs considérés, bref et littéralement le retour à une absence de règles, sauf celle de la jungle. La dérégulation est ainsi perçue sous un angle purement négatif parce qu'en premier lieu elle consisterait à détruire tout cadre législatif sans rien construire de spécifique, qu'en deuxième lieu elle entraînerait avec elle destruction – destruction d'emplois notamment –, qu'en troisième lieu elle engendrerait l'incertitude. La loi de la jungle, en effet, si elle a le mérite de la simplicité, n'est pas pour autant gage de certitude, car nul ne sait s'il sera encore le plus fort dans la prochaine bataille.

Or, l'économie a besoin d'être normée sauf à s'étouffer elle-même. Indépendamment des thèses marxistes, aujourd'hui désacralisées, d'un écroulement du colosse dont le temps aurait rongé les pieds notamment par le développement des tendances monopolistiques, on peut penser que l'économie ne contient pas en elle-même des règles générales qui suffisent à son fonctionnement et à sa perdurance. Ce n'est pas le temps qui peut affaiblir le capitalisme et le libéralisme, mais bien leur négligence du droit.

On peut certes avoir une conception minimaliste et considérer, tel Hayek, que le droit n'a vocation qu'à préserver l'individu de l'oppression par l'autre, le marché faisant son affaire du reste. Cette thèse néo-libérale a au moins le mérite de distinguer le droit, dont l'économie a besoin, comme garant d'une simple liberté négative de l'individu, et l'administration, dont les ambitions réglementaires sont *a priori* dangereuses et néfastes. Mais si l'on doit considérer que le droit doit sortir de sa réserve et pénétrer plus avant dans l'économie, sans qu'il soit pour autant question de permettre la réglementation de cette dernière, on observera que l'échange économique présuppose l'échange juridique des consentements. En effet, les parties contractantes s'astreignent à l'exécution de leurs obligations, ainsi que le droit des contrats et le droit de la responsabilité le prescrivent. Les éléments constitutifs de l'économie

seraient impuissants à engendrer cet effet obligatoire sans lequel le système ne peut perdurer et qui puise dans le plus classique droit civil.

C'est pourquoi l'expression la plus adéquate pour décrire le mouvement souhaitable et susceptible de se réaliser est celle de « déréglementation », qui n'évoque plus le retour à l'absence de règles, mais le passage de la réglementation au droit. Occasion est ainsi donnée de passer d'une économie sous surveillance de l'administration, produisant des monceaux de règlements pour obtenir les effets qu'elle souhaite sur tel ou tel phénomène économique, à une économie globalement juridicisée, à un droit de l'économie, place étant alors faite à un droit, si ce n'est endogène ou tout le moins adapté à l'économie, contre laquelle il ne lutte pas mais dont il forme puissamment l'ossature.

Le droit comme ossature de l'économie

Il faut distinguer la règle, d'une part, et celui qui a en charge son effectivité, d'autre part. En ce qui concerne la règle elle-même, c'est du droit commun dont l'économie a besoin. Droit des contrats tout d'abord, parce que l'échange marchand utilise le mécanisme civil de la rencontre des volontés, requiert la liberté contractuelle, implique le droit de conclure, le droit de ne pas conclure, le droit de choisir les termes de son engagement, et repose sur la puissance de l'effet obligatoire.

Droit de la responsabilité ensuite, parce que le libéralisme ne se conçoit pas sans une sanction, dans la mesure où la liberté se puise dans la responsabilité. Quiconque n'exécute pas ses engagements ou cause par sa faute un dommage à autrui doit en répondre. Les thèses postmodernes vont jusqu'à définir le droit comme cette obligation de répondre. Contrat et responsabilité sont tout à la fois le cœur du droit et les piliers de l'économie de marché.

Cette responsabilité est fondatrice de l'économie libérale y compris lorsqu'elle prend la forme de la responsabilité pénale. Mais c'est là où il faut s'entendre sur les mots, car le droit pénal n'est l'ossature du système économique que s'il ne subit pas de dérive réglementaire. Or, le droit pénal actuel a cessé d'être un ensemble

de prescriptions claires et rares, fondées sur des principes généraux. Le système juridique actuel souffre d'un véritable dévoiement du droit pénal. aujourd'hui ravalé à être l'instrument d'autres prescriptions que les siennes : ainsi, pour assurer l'effectivité d'une quelconque loi, on l'assortit de dispositions pénales. Le droit pénal n'est plus alors qu'une sorte de voie d'exécution, bref une norme inférieure sans sens propre, une manifestation réglementaire. C'est donc à une véritable responsabilité pénale, au sens classique d'obligation de rendre des comptes pour des agissements intentionnels et portant atteinte gravement aux intérêts fondamentaux de la société, et non à sa forme dévoyée de bras séculier de l'organisation administrée de l'économie, qu'il faut faire appel.

Enfin, le droit économique trouve naturellement son organe d'application dans le juge. Ce juge qu'on écarte systématiquement depuis trente ans des contentieux importants pour les confier toujours à des commissions administratives, Cob, conseil de la concurrence, etc. Au nom de l'incompétence technique du juge ou de l'évocation si rhétorique de la complexité du réel. Mais le juge comprend fort bien le droit et s'il se noie dans la réglementation, comme vous et moi, il faut en faire grief à l'état de la production normative et non au juge. Par définition, le juge examine une situation qui est composée de faits et s'il fallait lui reprocher de n'être pas maître en économie, l'on pourrait de façon analogue éradiquer le juge de tout le système social car, lorsqu'il prononce un divorce par exemple, il n'est pas plus expert dans les faits qui ont abouti à ce dernier, dans la science des conflits ou dans celle de la psychologie infantine, etc. S'il faut remonter la pente de la réglementation pour retrouver le droit, le juge est, à côté d'un législateur véritable, celui qui peut le mieux manier la manivelle.

L'enjeu social de la déréglementation économique

Le retour de l'organisation économique dans le giron du droit, dans sa dimension la plus traditionnelle et la plus puissante qui soit, peut aider à réconcilier l'économie et le social. Tout d'abord, parce que la loi est la même pour tous alors que la réglementation traite tous les cas de façon différenciée avec l'effet pervers du vide

réglementaire pour l'individu ou la structure qui ne rentre pas dans un cadre précis préétabli ; ensuite, parce que le juge se définit comme l'organe qui a vocation de façon ordinaire à connaître de toutes les situations concrètes en leur trouvant un cadre, et ,a répondre à toutes les personnes contrairement aux commissions administratives *ad hoc*. Ainsi, le droit peut, par sa globalité et son unicité, proposer de nouveau une harmonie, à travers un droit commun exprimé par la règle générale et le juge ordinaire.

Il apparaît que le droit, par son abstraction, sert l'unité du corps social, tandis que la réglementation, par sa concrétude, le sillonne et l'émiette de toutes parts. On peut ainsi considérer que davantage d'égalité fiscale, qu'elle soit dans le sens dit rapprochement des taux d'imposition applicables ou dans le sens d'une soumission à l'impôt d'une part plus importante de la population, serait un retour à une généralité de la règle et à une appartenance de l'individu au corps social.

En outre, la division de ce dernier tient encore à la distinction ici opérée entre le proprement juridique et le réglementaire. En effet, parce que le réglementaire ne se justifie pas, il est facteur d'incompréhension des assujettis envers l'obligation qui leur est imposée. Ensuite, le réglementaire, qui tend vers le traitement particulier, a pour effet d'opposer les personnes entre elles parce qu'elles sont distinguées les unes des autres sans que la norme justifie la différence de traitement. Ainsi, la distinction non justifiée entre les personnes, entre leurs situations, engendre leur opposition.

Dans ces conditions, un souci nouveau du droit plutôt que le maniement du réglementaire pourrait être salué comme un progrès de l'unité sociale tout en étant un pivot de l'économie libérale.