

## PROPOS INTRODUCTIFS

Fabienne PÉRALDI LENEUF<sup>1</sup>

Le thème de cet ouvrage et des deux journées d'études qui lui ont été consacrées en octobre 2016 à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-en-Provence manifeste une préoccupation grandissante en Europe depuis plusieurs années déjà et plusieurs colloques et études lui ont été ainsi consacrés depuis le milieu des années 2000<sup>2</sup>. Dès lors, il ne serait pas illogique de se demander ce qui peut justifier de nouveaux travaux aujourd'hui. Que pourrait-on dire qui n'ait déjà été traité ?

Justement, l'intérêt du sujet relatif à l'action européenne « Mieux légiférer » est que celle-ci est en perpétuel renouvellement. Si cette politique de l'Union européenne existe officiellement depuis presque 17 ans maintenant, inaugurée avec le Livre blanc sur la gouvernance de 2001<sup>3</sup>, elle a été engagée bien avant, dès les années 1970, par des initiatives de simplification et de codification éparses, de plus ou moins grande envergure<sup>4</sup>. Elle a ensuite connu une évolution remarquable, qui s'est manifestée par l'adoption d'une multitude de textes de *soft law* tels que communications<sup>5</sup>, lignes directrices, guides de légistique, accords inter-institutionnels<sup>6</sup>, dont les intitulés parfois retentissants étaient destinés à marquer les esprits, à transmettre un message au public, toujours critique face à la prolifération et à la technicité des réglementations européennes. Évoquons les communications relatives à l'élaboration d'une « réglementation intelligente »<sup>7</sup> « affûtée »<sup>8</sup>, créant le programme puis la plateforme « REFIT (*Fitness regulatory*) »<sup>9</sup>, destinés comme le nom l'indique, à imposer une cure d'amincissement à la loi, grâce à l'évaluation de la législation passée, en vigueur et à venir... Ces textes ont proposé par conséquent des outils, plateformes, principes qui contribuent aujourd'hui à la formation de la science légistique européenne.

1 Professeure à l'École de droit de la Sorbonne.

2 P. ALBERTINI, *La qualité de la loi – Expériences française et européenne*, Mare&Martin, 2015 ; F. PÉRALDI LENEUF, S. DE LA ROSA (éd.), *L'Union européenne ou l'idéal de la meilleure législation*, Collection des cahiers de l'IREDIÉS Pédone, 2013 ; F. PÉRALDI LENEUF (éd.), *La légistique dans le système de l'Union européenne*, Bruylant, 2012.

3 Commission européenne : *Gouvernance européenne – Un livre blanc*, COM/2001/0428 final du 25 juill. 2001.

4 G. ISAAC, « La codification du droit communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1977, p. 77.

5 Communications de la Commission : *Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire*, COM(2002)278 final ; *Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne*, COM(2005)97 final.

6 Accord interinstitutionnel *Mieux légiférer*, JOCE 321 du 31.12.2003, p. 1.

7 Communication de la Commission : *Une réglementation intelligente au sein de l'UE*, COM(2010)543 final.

8 Communication de la Commission : *Pour une réglementation de l'UE bien affûtée*, COM(2012)746 final.

9 Communication de la Commission : *Programme pour une réglementation affûtée et performante (REFIT) : résultats et prochaines étapes*, COM(2013)685 final du 2.10.2013 ; Décision de la Commission du 19.5.2015 établissant la Plateforme REFIT, C(2015)3261 final.

Mais si l'action « Mieux légiférer » est déjà une histoire presque ancienne, elle n'en est peut-être aussi qu'à ses balbutiements. En effet, le dernier paquet « Mieux légiférer » publié en 2015<sup>10</sup>, conçu par la Commission Junker, relance la discussion sur l'opportunité, la mise en œuvre, la légitimité de la politique de l'Union destinée à favoriser une meilleure qualité des lois, le terme « Loi » devant être d'ailleurs appréhendé dans un sens générique puisque la légistique européenne s'applique indifféremment aux actes législatifs et d'exécution, ainsi bien entendu qu'aux actes délégués et ceux adoptés par les États membres. Ici se trouve la nouveauté du sujet et donc la pertinence de son traitement, à laquelle s'ajoute la nécessité de réfléchir à son application comparée en droit interne et international ainsi qu'à sa mise en œuvre au sein de certaines politiques sectorielles de l'Union européenne.

Afin de ne pas empiéter sur les propos qui sont développés dans l'ouvrage, deux catégories de remarques introductives peuvent être formulées : l'une est relative à l'évolution de la finalité de l'action « Mieux légiférer » (1), l'autre est relative à ses implications institutionnelles et politiques (2).

### 1) L'évolution de la finalité technique de l'action « Mieux légiférer »

Si l'on centre le propos sur son objet, la réglementation, la vocation originelle de « Mieux légiférer » à l'échelon de l'Union est de redonner du sens à celle-ci, dans le mouvement de la réforme plus globale de la gouvernance de l'Union européenne de 2001. Il est nécessaire de rappeler que celle-ci ciblait entre autres outils, les modes de prise de décision et que l'un des groupes de travail avait bien défini la « gouvernance » comme « l'ensemble des règles, processus et comportements touchant la qualité de l'exercice des pouvoirs publics, en particulier, la responsabilité, la lisibilité, la transparence, la cohérence, l'efficience et l'effectivité »<sup>11</sup>. Appliquée à l'écriture des textes, cette formule suggère qu'ils soient clairs et accessibles à tous, ce qui impose effort de rédaction, d'intelligibilité, de cohérence.

Cette préoccupation n'est évidemment pas propre au droit de l'Union. Le débat sur la qualité de la législation existe depuis toujours. Portalis fustigeait déjà « *les lois inutiles qui affaiblissent les lois nécessaires* »<sup>12</sup>, Jacques Ellul a, lui, toute sa carrière contesté « Les lois techniques »<sup>13</sup>. En droit constitutionnel français, sont contestées aujourd'hui, au-delà des impératifs traditionnels de clarté, d'accessibilité, les lois « non normatives », celles qui ne commandent plus, mais qui sont « bavardes » au détriment de leur capacité à se faire entendre/comprendre par le citoyen, comme l'analyse Véronique Champeil Desplats dans un ouvrage sur « La qualité de la loi »<sup>14</sup>. L'ensemble des droits européens est concerné, et même sans aucun doute, la conception du droit international.

10 Communication sur l'amélioration de la réglementation COM (2015), 215 final ; Proposition d'accord inter-institutionnel relatif à « Mieux Légiférer », incluant un projet d'« Accord Commun » COM (2015) 216 final.

11 *Livre blanc sur la gouvernance européen, op. cit.*

12 J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, présenté le 1<sup>er</sup> pluviôse an IX, Collection : Voix de la Cité, Éditions Confluences, 2004, 78 p.

13 J. ELLUL, *La technique ou l'enjeu du siècle*, A. Colin, 1954, réédition Économica, 1990 ; *Le système technicien*, Calman Lévy, 1977 ; *Le bluff technologique*, Hachette, 1988 ; *L'illusion politique*, R. Laffont, 1965. V. aussi le Cahier spécial consacré aux « Lois techniques », *Les petites affiches*, 05 juillet 2007 n° 134, p. 19.

14 V. CHAMPEIL DESPLATS, « La normativité de la loi », in P. ALBERTINI (éd.), *La qualité de la Loi, op. cit.*



De façon commune, la responsabilité, tant des failles de la loi que de son amélioration, revient à l'ensemble des acteurs impliqués, puisqu'elle est un terrain d'affrontement entre l'autorité à l'origine du projet et les législateurs, représentants des intérêts divergents, ou s'il s'agit de textes d'application, entre l'Institution exécutive et les acteurs de la mise en œuvre. La tâche, quoi qu'il en soit est complexe, ses enjeux énormes, institutionnels, politiques, mais plus fondamentalement tournés vers la conception de la démocratie, le modèle de société et donc la conception du droit que l'on veut promouvoir.

Mieux légiférer s'oppose en effet à moins légiférer. Moins légiférer consiste à alléger la tâche du législateur, à contribuer à réduire quantitativement les textes, à restreindre le poids de l'État afin de laisser intervenir d'autres voies de régulation et d'autres acteurs, privés notamment, mais plus difficilement contrôlables et sanctionnables. Cette approche est influencée par l'idéologie libérale britannique de *better regulation* proposée à la fin des années 1990<sup>15</sup>, qui poursuit avant tout une finalité d'efficacité économique.

Mieux légiférer à l'inverse signifie légiférer autrement : réorganiser le travail parlementaire, restreindre ou encadrer le pouvoir d'amendements, veiller à une meilleure mise en application des textes, œuvrer sur la rédaction, mais aussi réviser les dispositifs obsolètes ou inutiles, procéder à des refontes, codification, renforcer les évaluations des projets ou en vérifier la nécessité, l'utilité au regard de principes économiques et sociaux ou sociétaux. Mieux légiférer est avant tout une opération de légistique dont l'effort consiste à associer étroitement travail sur la forme et sur le fond comme l'ont démontré depuis de nombreuses années les travaux de l'école de Genève, portés notamment par Charles-Albert Morand<sup>16</sup>. L'on accorde une place nouvelle à la préparation technique des lois car leur production implique la connaissance, la remontée d'informations, l'établissement d'un diagnostic pour réduire la marge d'incertitude, éviter le « bavardage ». Ce qui rend inévitable le développement d'études ou d'analyses d'impact, *ex ante*, *ex post*, la consultation d'experts, la prise d'informations auprès de la société civile.

Si ces préoccupations sont communes à tout ordre juridique, ce qui caractérise l'Union européenne par rapport aux systèmes nationaux, est, selon la Cour des comptes européenne, dans un rapport de 2010<sup>17</sup>, qu'au niveau national, la plupart se contentent d'appréhender la législation en préparation et non les actes d'application, les projets de l'exécutif et non ceux du Parlement. Ils s'intéressent en outre à l'évaluation des charges administratives sans se prononcer, ou rarement, sur les enjeux, objectifs, meilleures options et incidences économiques, sociales, environnementales ou liées aux droits fondamentaux. Le droit de l'Union conçoit au contraire l'approche légistique comme une démarche plus large qui appréhende la législation d'amont en aval, de sa production à sa mise en œuvre de façon à la rendre inclusive, représentative de l'ensemble des intérêts et donc plus légitime *a priori*. C'est le sens de la « réglementation intelligente ».

15 Les travaux de la « *Better regulation Task Force* » ont été publiés sur [http://www.cabinetoffice.gov.uk/regulation/economic\\_analysis/index.asp](http://www.cabinetoffice.gov.uk/regulation/economic_analysis/index.asp).

16 Ch.-A. MORAND, « L'Obligation d'évaluer l'effet des lois », in Ch.-A. MORAND (éd.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1993; *Légistique formelle et matérielle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

17 Cour des comptes européenne, *L'analyse d'impact dans les institutions européennes : soutient-elle la prise de décision ?*, Rapport spécial n° 3, octobre 2010.

Toutefois, cet enjeu de perfectionnement technique de la production de la réglementation a cédé le pas, à partir de 2008, à celui économique de l'allègement des charges et de la réduction des coûts en faveur des entreprises. L'orientation des évaluations, consultations et autres outils ou instruments de légistique ont été mobilisés à cette fin<sup>18</sup>. Le programme REFIT proposé partir de 2011 énonce par exemple le « top 10 » des législations les plus entravantes : et l'on y trouve bien évidemment des textes sur des sujets sensibles en matière sociale, environnementale, ou relatifs à la sécurité des aliments ou des produits industriels. Il s'agit d'en évaluer l'efficacité afin de les modifier ou supprimer. Et sans aucun doute ici, le terme « *fitness* » se trouve tout à fait approprié. Cette évolution du sens de « Mieux légiférer » participe à ce moment-là à un changement de système de valeur dans l'Union européenne et de conception des normes, sous influence britannique, qui met l'accent sur le résultat ou la performance au profit du marché, plutôt que prioritairement sur l'intérêt général.

Cette orientation a conduit rapidement à de vives critiques de la part des syndicats et des ONG qui se sont coordonnés afin de veiller à la mise en œuvre du programme REFIT. Ainsi le 18 mai 2015, plus de cinquante organisations de la société civile ont créé un « Observatoire du mieux légiférer » (« *Better regulation watchdog* »), composé notamment du Bureau européen des consommateurs, de *Finance Watch* et des Amis de la terre<sup>19</sup>, ce qui conduit à observer que la légistique européenne, plus que jamais, contient un enjeu politique et institutionnel.

## 2) Les implications politiques de « Mieux légiférer »

Le paquet publié en 2015 par la Commission européenne actualise donc l'action « Mieux légiférer » mais aussi le débat qui l'entoure. Il consiste en plusieurs textes : une nouvelle communication, un nouvel accord inter-institutionnel<sup>20</sup>, de nouvelles lignes directrices<sup>21</sup> qui reprennent les outils existants en les sophistiquant, en les approfondissant, voire pour certains aspects, en réorientant la philosophie sous-jacente.

Il ne fait pas de doute que ce nouvel acte reflète le changement de Commission. Il manifeste la volonté de la Présidence Junker, qui a nommé un Vice-président chargé du « Mieux légiférer »<sup>22</sup>, de se réappropriier le dossier mené pendant dix ans tambours battant par Manuel Barroso. Forte de sa nouvelle légitimité politique, l'Institution entend laisser sans conteste son empreinte.

On observe ainsi tout d'abord l'affirmation selon laquelle il s'agit non pas de *réglementer moins* mais *mieux*.

18 C'est le sens de la communication sur la « réglementation affûtée » de 2010.

19 <http://www.betterregwatch.eu>

20 *Op. cit.*

21 Commission, *Staff Working Document, Better Regulation Guidelines* {COM (2015) 215 final}{SWD(2015) 110 final SWD (2015) 111 final, 19.05. 2015.

22 Frans Timmermans.

On décèle ensuite, et ce n'est pas la moindre chose en termes de communication, un élargissement du vocabulaire utilisé pour qualifier une bonne législation : en plus des critères classiques de clarté, efficacité, de réduction des charges administratives, celle-ci doit désormais aussi être respectueuse de la subsidiarité, des droits fondamentaux, être de haute qualité.

On remarque également dans le nouvel Accord inter-institutionnel, l'évocation d'une législation qui doit se concentrer sur les domaines où sa valeur ajoutée « est la plus importante pour les citoyens européens », propos compensateurs par rapport aux objectifs antérieurs tournés exclusivement vers l'entreprise et le marché. Par ailleurs, il est créé une nouvelle plateforme intitulée : « *alléger la charge-ayez votre mot à dire* », canal ouvert à tous.

On constate enfin des éléments nouveaux non négligeables sur la consultation des parties prenantes (élargissement), le renforcement des études d'impact et notamment la valorisation de l'évaluation multi-niveaux, l'ouverture du comité d'examen de la réglementation à des membres extérieurs, le soutien de la Commission au Parlement et au Conseil en la matière, le traitement, enfin, des actes délégués de la Commission, des éléments de rationalisation de la procédure législative, la référence appuyée à l'harmonisation comme unique méthode de simplification, des références beaucoup moins appuyées à l'efficacité économique et aux besoins des entreprises, mais plutôt de façon plus générale : un objectif de renforcer la compétitivité et la viabilité de l'économie de l'Union.

À défaut peut-être d'une campagne de communication efficace, le diable étant toujours dans le détail, ces propositions font l'objet toutefois de critiques et même de suspicions. Il est reproché à la Commission en particulier :

- L'inconsistance juridique des principes de légistique et donc la pérennité d'un modèle de droit souple. Autrement dit, à quand un acte juridique, véritable code de légistique, obligatoire et liant juridiquement les institutions ?
- Un droit de retrait des propositions législatives par la Commission insuffisamment explicité ;
- L'insuffisante transparence des trilogues ;
- L'absence d'encadrement du lobbying ;
- L'insuffisance de moyens prévus pour le Parlement européen et le Conseil dans la mise en œuvre des études d'impact.

Du côté des suspicions, certains dénoncent la volonté de la Commission « d'édulcorer les réglementations essentielles » et de « subordonner l'intérêt public à celui des multinationales ». Mais l'un des reproches majeurs porte sur l'excès de sophistication globale qui valorise la force de frappe de la Commission au détriment du pouvoir politique. La procéduralisation étoufferait les débats démocratiques au sein du Parlement et du Conseil en détournant celui-ci au niveau de la relation entre la Commission et la société civile.



---

Les conséquences n'en seraient pas négligeables. Si la législation acquiert sa légitimité de l'adhésion *a priori* des acteurs et parties-prenantes, elle serait peut-être plus difficilement contestable *a posteriori*. Ce qui peut avoir pour effet d'orienter le rôle de la Cour de justice vers un nouveau contrôle de la légistique au détriment du contrôle de la légalité au fond des actes.

Faut-il s'en offusquer ? Compte tenu des failles de la représentation démocratique et de la capacité de blocage dont disposent les États aujourd'hui, la recherche d'une autre légitimité est un débat ouvert. Elle permet d'assurer l'acceptation des destinataires en avançant leur attente. Renforcer les consultations pendant l'élaboration de la norme relève par ailleurs des principes de la démocratie participative consacrés dans le TUE à l'article 11.

Quoi que l'on en puisse en penser aujourd'hui, l'on observera objectivement que le processus « Mieux légiférer » relève à la fois de la science, de la technique, de la programmation de l'action publique, de la politique et qu'au travers de ces différentes fonctions, il contribue certainement à un renforcement de la légitimation de l'action de l'exécutif européen avec la complicité de la société civile, plutôt que celui du poids des gouvernements nationaux. Ceci n'est-il pas inéluctable ? Un sujet à suivre de très près dans les années qui viennent.