

## LE « MIEUX LÉGIFÉRER » ET LA LIMITATION DU RECOURS AUX ACTES LÉGISLATIFS EN DROIT DE L'UNION

Stéphane DE LA ROSA<sup>1</sup>

### Résumé

Les évolutions récentes du « Mieux légiférer » font ressortir, de manière encore plus évidente, un impératif de limitation législative, entendu comme la nécessité non seulement, en amont, de réduire les propositions d'actes législatifs, mais également, en aval, de retirer des propositions pendantes. En outre, cet impératif de limitation emporte des conséquences sur le terrain des équilibres institutionnels, avec en toile de fond un renforcement de l'influence de la Commission sur le déroulement des procédures législatives.

### Abstract

*The recent evolutions of « Better regulation » highlight an imperative of legislative limitation, understood as the necessity not only to reduce the proposals of legislative acts, but also, to remove hanging proposals. Besides, this imperative of limitation takes consequences on the ground of the institutional balances, with in the background a strengthening of the influence of the European Commission on the legislative procedures.*

Depuis près de deux décennies, l'exigence de « Mieux légiférer » s'est imposée comme un incontournable sur la scène européenne. Bien que de nombreuses études aient déjà été conduites sur la légistique et sur les évolutions qui traversent la production législative en droit de l'Union<sup>2</sup>, l'adoption d'un énième accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » le 13 avril 2016<sup>3</sup>, ainsi que la

<sup>1</sup> Professeur de droit public, Université de Paris Est Créteil, MIL EA 7382.

<sup>2</sup> Parmi plusieurs ouvrages : L. VOGEL, *Better regulation: perspectives critiques*, Bruxelles, ETUI Report, 2010, F. PÉRALDI-LENEUF, S. DE LA ROSA (éd.), *L'Union européenne et l'idéal de la meilleure législation*, Paris, Pedone, coll. Cahiers européens, 2013 ; également les études de R. MEHDI, « L'élaboration des normes communautaires et l'exigence de qualité », in M. FATIN-ROUGE, L. GAY, J. PINI (éd.), *Autour de la qualité des normes*, Bruxelles, Bruylant, coll. À la croisée des droits, p. 177-194 ; O. RENAUDIE, « Le « mieux légiférer » communautaire. Généalogie et mutation d'un discours institutionnel », in P. MBONGO (éd.), *Le phénomène bureaucratique européen : interprétation européenne et « technophobie »*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 111-129.

<sup>3</sup> Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union et la Commission « Mieux légiférer », 13 avril 2016, *JOUE* du 12.05.2016, n° L 123/1.

présentation par la Commission d'une nouvelle communication sur ce sujet<sup>4</sup>, justifient de poursuivre les réflexions, de dépasser la permanence des discours pour s'attacher à ce que révèle cet impératif d'une meilleure législation.

Le dernier accord « Mieux légiférer », qui lui-même fait suite à d'autres accords antérieurs portant sur des objets similaires, fait état de la volonté des trois institutions « de poursuivre l'action en vue de mieux légiférer au moyen d'une série d'initiatives et de procédures établies dans le présent accord »<sup>5</sup>. « Poursuivre l'action » : l'expression n'est pas neutre, elle révèle la récurrence d'une problématique inscrite à l'agenda des institutions depuis plus de vingt ans. Un rapide regard rétrospectif permet de prendre la mesure non seulement de la place grandissante de l'exigence de mieux légiférer, mais également de l'extension des significations et des implications qui lui sont associées.

### **Les différents « temps » du programme « Mieux légiférer »**

Il est possible d'identifier trois temps dans la succession des mesures et des prises de position relatives au « Mieux légiférer ».

Dans les années 1990, une série de mesures furent adoptées consécutivement à l'accord interinstitutionnel de 1993 sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité<sup>6</sup>. Il s'agissait de concrétiser les exigences procédurales qui découlent de ces principes, en systématisant la méthode suivie par la Commission pour justifier l'exercice d'une compétence partagée et le contenu de l'acte législatif. De ceci découlent l'attention portée à la motivation de l'acte, le début du recours aux études d'impact pour justifier la valeur ajoutée de l'action communautaire ou encore la justification du degré d'harmonisation retenu, en lien avec le principe de proportionnalité. D'autres considérations ont également été intégrées, telle que la qualité rédactionnelle de la législation, la codification ou encore la refonte des textes législatifs existants<sup>7</sup>. À travers elles, il s'agissait de mettre en œuvre les exigences inhérentes au principe général de sécurité juridique, telles que la lisibilité, l'accessibilité et la clarté de la norme.

À partir du début des années 2000, les orientations et les mesures associées au « Mieux légiférer » s'inscrivent dans une nouvelle orientation, qui fait écho aux débats et aux prises de position sur la nouvelle gouvernance de l'Union. En inscrivant à l'agenda la refonte de la gouvernance de l'Union, expression au demeurant très générale, la Commission, lors de la présentation du Livre blanc sur la gouvernance<sup>8</sup>, a contribué à renouveler la perception de l'action normative de l'Union. À travers la recherche d'une meilleure ou d'une nouvelle gouvernance, il s'est agi d'envisager de nouvelles méthodes de production normative, telles que l'autorégulation, la corégulation, la méthode ouverte de coordination, considérées comme plus souples et moins rigides qu'une méthode communautaire,

4 COM (2016) 615 final du 14.09.2016, *Améliorer la réglementation : de meilleurs résultats pour une Union plus forte*.

5 Accord du 13 avril 2016, *op. cit.*, pt. 1.

6 Accord interinstitutionnel du 25 octobre 1993 sur les procédures pour la mise en œuvre du principe de subsidiarité, *JOCE*, n° C 329 du 6.12.1993.

7 Accord interinstitutionnel du 22 septembre 1998 sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire, *JOCE* 73/1 du 22.12.1998. Cet accord fait suite à l'adoption de la déclaration n° 39, lors du traité d'Amsterdam, relative à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire.

8 COM (2001) 428 final, *Gouvernance européenne : un livre blanc*, 25.07.2001.

considérée, avec un excès de simplification, comme le cadre de référence pour concevoir la production des actes législatifs. C'est à cette période que l'expression « Mieux légiférer » se généralise véritablement. L'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » de 2003<sup>9</sup> soulignait en ce sens que les trois institutions « ne légifèrent que dans la mesure nécessaire, conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Elles reconnaissent l'utilité de recourir, dans les cas appropriés, lorsque le traité CE n'impose pas spécifiquement le recours à un instrument juridique, à des mécanismes de régulation alternatifs » (pt. 17). Cette mise en avant d'instruments qualifiés d'alternatifs, relativement mal définis<sup>10</sup>, coexiste avec la recherche d'une plus grande qualité de la norme, avec la généralisation de mesures de simplification, telles que la codification, la refonte, ou encore le recours à la législation consolidée. Ainsi que cela a été justement souligné, cet accord de 2003 ne se limite plus à l'amélioration formelle et technique (légistique formelle), il prend également en compte l'ensemble du processus d'édiction des normes et, notamment, leurs effets sur la réalité sociale (légistique matérielle)<sup>11</sup>.

À partir de 2007, le « Mieux légiférer » fait l'objet d'un enrichissement de ses finalités et d'un renouvellement de son utilisation, avec une insistance croissante sur la réduction des charges administratives. Cette évolution est engagée par la présentation, en janvier 2007, d'un programme relatif à la réduction des charges administratives<sup>12</sup>. Le programme part du postulat que la réduction des charges, couvrant les charges administratives liées à la mise en œuvre du droit de l'Union et les coûts techniques associés à la mise en conformité, aura des effets positifs sur l'amélioration de la productivité et de la compétitivité globale<sup>13</sup>. La Commission, avec l'insistance de certains États, se fixe un objectif de diminution de la charge administrative de 25 % et, à cette fin, propose une réorientation de l'évaluation d'impact dans un sens plus favorable aux entreprises, ou encore la multiplication d'une série de structures intermédiaires chargées de passer au crible les initiatives de la Commission<sup>14</sup>. Treize domaines prioritaires sont identifiés pour donner lieu à ce travail de réduction des charges administratives<sup>15</sup>. Ainsi que cela est souligné ci-après, cette orientation du « Mieux légiférer » sera poursuivie et amplifiée avec l'adoption, à partir de 2010, du programme REFIT.

9 Accord interinstitutionnel « *Mieux légiférer* », JOCE C 321/1 du 31.12.2003.

10 Le Livre blanc définissait l'autorégulation comme « un grand nombre de pratiques, de règles communes, de codes de conduite et d'accords volontaires que les acteurs économiques, sociaux, les ONG et les groupes organisés définissent eux-mêmes, sur une base volontaire, pour régir et organiser leurs activités. À la différence de la co-régulation, l'autorégulation n'implique pas nécessairement un acte législatif ». Pour sa part, la co-régulation était définie comme la mise en œuvre « des objectifs définis par le législateur grâce à des mesures arrêtées par les parties actives et reconnues dans le domaine en question ».

11 O. RENAUDIE, *op. cit.*, p. 122.

12 COM (2007), *Programme d'action pour la réduction des charges administratives dans l'Union européenne*, 24.01.2007.

13 Dans la présentation de son programme, la Commission avance que si la réduction de 25% des charges administratives pour les entreprises est effective dès 2012, elle amènerait une augmentation du PIB de 150 milliards d'euros.

14 Certains États, parmi lesquels, le Royaume-Uni, l'Allemagne, les Pays-Bas et le Danemark plaident pour que la réduction des charges administratives devienne un objectif net. V. l'étude très complète de E. VAN DEN ABEELE, « Le programme Mieux légiférer : une nouvelle religion en quête de fidèles ? », in *Better Regulation : perspectives critiques*, Institut syndical européen, Rapport 113, p. 59.

15 À savoir, le droit des entreprises, législation pharmaceutique, conditions de travail, droit fiscal, statistiques, agriculture et subventions globales, sécurité alimentaire, transport, pêche, services financiers, environnement, politique de cohésion, marchés publics, in *Programme d'action*, *op. cit.*

## La pluralité de sens du « Mieux légiférer »

Cette rapide présentation rétrospective du « Mieux légiférer » met en évidence la pluralité des significations qui s'y attache et l'ambivalence de positionnement par rapport à la légistique.

Initialement centrée sur la qualité législative, la simplification, la codification, l'expression « Mieux légiférer » a progressivement fait l'objet d'une montée en généralité. Il est désormais opportun de l'envisager plus comme un concept valise, voire un slogan, a « *catchword* »<sup>16</sup>, tant il renvoie à des considérations très diverses, liées au déroulement de la procédure législative, à la consultation des parties prenantes, à la pratique des actes délégués par le biais d'une convention d'entente entre les institutions<sup>17</sup> ou encore à la recherche d'une limitation contre les charges administratives et les lourdeurs, souvent supposées, du droit existant.

Une telle diversité de sens doit être interrogée car elle mobilise deux dimensions distinctes de la légistique. En effet, tel qu'il est présenté par la Commission, le « Mieux légiférer » renvoie, d'une part, à de la légistique formelle, entendue comme l'amélioration rédactionnelle et textuelle, incluant les techniques rédactionnelles destinées à permettre la compréhension de norme énoncée par le texte et, d'autre part, à la légistique matérielle ou substantielle, conçue comme la capacité de la norme à agir sur la réalité, comme les instruments qui permettent de produire le sens de la norme établie par l'énoncé du texte<sup>18</sup>.

## Évolutions récentes du « Mieux légiférer »

Les mesures récentes en faveur du « Mieux légiférer » s'inscrivent tout à fait dans cette dualité de significations. Depuis 2012, la Commission promeut une réglementation « affûtée » (ou *fit regulation*), qui entend poursuivre le programme de réduction des charges engagé en 2007. Un programme baptisé « REFIT » (pour *Regulatory Fitness and Performance Program*) est alors conçu et mis en place afin « de supprimer les coûts inutiles générés par la réglementation (c'est-à-dire les charges) et faire en sorte que l'ensemble de la législation de l'Union reste adaptée à sa finalité »<sup>19</sup>. Un tel programme généralise les orientations du « Mieux légiférer » centrées sur la limitation du recours aux actes législatifs et l'appréciation systématique de leurs coûts.

L'accord interinstitutionnel adopté en 2016 amplifie ce mouvement, en envisageant « un rafraîchissement du corpus législatif existant »<sup>20</sup>. Il s'agit là d'une expression très générale, excessivement

16 Comme le souligne justement S. WEATHERILL, « *As a slogan 'Better Regulation' invites neither contradiction nor even debate. Who would promote 'Worse Regulation' ? Accordingly, the 'Better Regulation' mantra has gathered prolific support in the political debate about the shaping of regulatory environment that is apt to meet the challenges of modern governance* », in S. WEATHERILL (éd.), *Better regulation*, Oxford, Hart publishing, 2007, p. 3

17 V. la contribution de Laetitia GUILLOUD-COLLIAT.

18 Voir A. FLÜCKIGER, « Qu'est-ce que « mieux légiférer ? Enjeux et instrumentalisation de la notion de qualité législative », in A. FLÜCKIGER, C. GUY-ECABERT (éd.), *Guider les parlements et les gouvernements pour mieux légiférer*, Genève, Schulthess, 2008, p. 11-32 ; sur la distinction entre légistique formelle et légistique matérielle, C-A MORAND, *Légistique formelle et matérielle*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1999.

19 COM (2012) 476 final du 12.12.2012, *Pour une réglementation de l'Union bien affûtée*.

20 L'expression figure dans la communication de la Commission qui a préparé l'accord interinstitutionnel, COM (2015) 215 final, *Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats. Un enjeu prioritaire pour l'Union*.

imprécise, qui englobe tout à la fois l'évaluation des charges qui pèsent sur les PME, la planification pluriannuelle des évaluations de la législation et, surtout, l'institutionnalisation d'échanges annuels entre la Commission et les deux colégislateurs que sont le Conseil et le Parlement sur le retrait de propositions pendantes de la Commission, à savoir des propositions en cours de discussion au titre de la procédure législative. Ce sont précisément de telles évolutions qui nous paraissent devoir être interrogées et décryptées. En effet, à côté de considérations relativement classiques, telles l'identification de la bonne base juridique, la simplification du droit existant, la codification, le contenu de l'accord interinstitutionnel et de la communication de la Commission qui lui est consécutive fait ressortir des changements substantiels dans le processus décisionnel. Pour en rendre compte, deux perspectives peuvent être envisagées :

En premier lieu, les évolutions récentes du « Mieux légiférer » font ressortir, de manière encore plus évidente, un impératif de limitation législative, entendu comme la nécessité non seulement, en amont, de réduire les propositions d'actes législatifs, mais également, en aval, de retirer des propositions pendantes (1).

En second lieu, cet impératif de limitation emporte des conséquences sur le terrain des équilibres institutionnels, avec en toile de fond un renforcement de l'influence de la Commission sur le déroulement des procédures législatives (2).

## **1) Le « Mieux légiférer » et la limitation du périmètre des actes législatifs**

À l'abord, il n'y a rien de véritablement nouveau à ce que la Commission souligne la nécessité de limiter le recours aux actes législatifs à ce qui est essentiel. Ce discours figurait déjà dans le Livre blanc de 1985 sur l'achèvement du marché intérieur ; par ailleurs, les protocoles sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité qui se sont succédés ont veillé à systématiser un cadre de justification pour l'édiction des actes de droit dérivé<sup>21</sup>.

Mais les orientations récentes du « Mieux légiférer », dont le Président Jean-Claude Juncker a fait siennes dans son discours d'investiture, vont au-delà de cette approche initiale. La limitation du recours aux actes législatifs est envisagée non plus tant comme une donnée à prendre en compte dans l'action normative de l'Union, mais plutôt comme une fin en soi<sup>22</sup>. Réduire le « *regulatory burden* » est conçu comme allant de pair avec la réforme de la Commission elle-même et, au-delà, de la volonté de rapprocher l'Union de ses citoyens. On peut en prendre la mesure non seulement dans le programme travail de la Commission présenté en 2015, mais également dans les prises de position du premier

21 V. par exemple le protocole n° 7 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité résultant du traité d'Amsterdam, dont il ressortait que « la Communauté ne légifère que dans la mesure nécessaire. Toutes choses égales par ailleurs, il convient de donner la préférence à des directives plutôt qu'à des règlements, et à des directives-cadres plutôt qu'à des mesures détaillées [...] en ce qui concerne la nature et la portée de l'action communautaire, les mesures de la Communauté doivent laisser une marge de décision aussi grande que possible au plan national ».

22 Significatif est à cet égard le fait que le programme de travail de la Commission pour 2015 contenait une liste des retraits ou des modifications de propositions en attente, COM (2014) 910 final du 16.12.2014, annexe II.

vice-Président Timmermans, qui a annoncé, dès la prise de fonction de la nouvelle Commission, sa volonté de renégocier l'accord interinstitutionnel de 2003<sup>23</sup>.

Pour concrétiser cette volonté de limiter le recours aux actes législatifs, deux grandes orientations sont suivies ; l'une, qui n'est pas nouvelle, consiste à limiter *ex ante* l'initiative législative par la densification des études d'impact (1.1), l'autre, plus novatrice, entend organiser le retrait de propositions législatives pendantes (1.2).

### 1.1 La limitation par la densification des études d'impact

Les analyses d'impact sont désormais une étape essentielle du processus de production législative. Elles poursuivent plusieurs finalités : justifier le bien-fondé d'une initiative législative, garantir la transparence de la procédure, mettre en avant un degré souhaitable d'harmonisation (optionnel, minimal, maximal), légitimer la norme à venir par l'accueil *a priori* positif de ses destinataires. Cette diversité de considérations justifie que la pratique des études d'impact se soit progressivement amplifiée et complexifiée<sup>24</sup>. Plus largement, les études d'impact ne servent pas seulement à justifier une proposition législative, mais également à prendre la mesure d'une réception favorable par le Conseil et le Parlement<sup>25</sup>.

Dans la nouvelle mouture du programme « Mieux légiférer », les études d'impact connaissent deux évolutions significatives, qui vont dans le sens de l'élargissement des critères d'appréciation qu'elles mobilisent et de l'accentuation des contraintes de justification avant la proposition législative.

En premier lieu, l'accord interinstitutionnel de 2016 et la communication présentée en septembre de la même année envisagent un accroissement des critères qui doivent être pris en compte dans les analyses d'impact. En l'état actuel, celles-ci sont élaborées par les services de la Commission (concrètement par la DG qui pilote une proposition législative) au regard de lignes directrices adoptées en 2009<sup>26</sup>. Le cadre de confection qui résulte des lignes directrices est d'ores et déjà passablement complexe. Pas moins de six étapes, correspondant chacune à plusieurs critères<sup>27</sup>, doivent être développées dans la réalisation de l'étude d'impact, laquelle incombe en premier lieu à la direction chef de file (à savoir la direction porteuse du projet d'acte) au sein de la DG de la Commission compétente. Une étude

23 V. le discours prononcé par le vice président le 19 mai 2015 : « La Commission est déterminée à modifier à la fois ce que fait l'Union et la façon dont elle le fait. L'amélioration de la réglementation est dès lors l'une de nos priorités essentielles. Nous sommes à l'écoute des préoccupations des citoyens et des entreprises – en particulier des PME – qui s'inquiètent de ce que Bruxelles et ses institutions établissent des règles qu'ils ne sont pas toujours en mesure de comprendre ou d'appliquer. Nous voulons restaurer leur confiance dans la capacité de l'UE à élaborer une législation de qualité. Il ne s'agit pas d'augmenter ou de réduire la quantité de règles de l'UE, ni de revoir à la baisse nos normes sociales et environnementales, de compromettre notre santé ou de mettre en péril nos droits fondamentaux. Il s'agit de veiller à réaliser de la manière la plus efficiente possible les objectifs ambitieux que nous nous sommes fixés », disponible sur [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-4988\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4988_fr.htm).

24 Th. DELILLE, *L'analyse d'impact des réglementations dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, coll. Faculté du Luxembourg, 2013.

25 Ce phénomène d'extension des critères entrant en ligne de compte dans l'analyse d'impact est parfaitement mis en lumière dans l'étude d'Alberto ALEMANNI, « *Quis Custodet Custodes* dans le cadre de l'initiative "Mieux légiférer" ? : une analyse des mécanismes de surveillance de la qualité réglementaire au sein de la Commission européenne et la création du Comité d'évaluation des analyses d'impact », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2008, n° 1, p. 43-86, spec. p. 51.

26 Commission européenne, *Impact Assessment Guidelines*, 15 janvier 2009, SEC (2009) 92. Ces lignes directrices élargissent celles définies dans COM (2002) 276 final, Communication de la Commission sur l'analyse d'impact.

27 Les lignes directrices identifient six « *key analytical steps* », comprenant : « *identifying the problem* », « *define the objectives* », « *develop main policy options* », « *analyse the impacts of the options* », « *compare the options* », « *outline policy monitoring and evaluation* », SEC (2009) 92, *op. cit.*

approfondie des lignes directrices souligne la faible marge de manœuvre dont disposent les agents de la Commission pour réaliser les études d'impact : l'appréciation des impacts économiques, sociaux et environnementaux d'une législation envisagée doit être passée au crible de tout un ensemble de questions et de critères préalablement définis. Pareille formalisation présente deux inconvénients majeurs ; d'une part, elle conduit à transformer l'analyse d'impact en un exercice de style qui obéit à des règles pré-définies, d'autre part, elle favorise le recours à des expertises extérieures, réalisées par des consultants indépendants, lorsqu'il s'avère que la matière est excessivement complexe.

Dans les orientations récentes du « Mieux légiférer », la Commission propose une révision de ces lignes directrices et l'institutionnalisation d'un comité, au sein de la Commission, pour évaluer leur qualité. Telle est désormais la fonction du « *Regulatory Scrutiny Board* », institué en 2015<sup>28</sup>, qui fait suite au comité interne d'études d'impact. Sa mise en place a pour le moins été discrète, puisqu'elle résulte d'une décision du Président de la Commission prise sur le fondement du règlement intérieur de celle-ci. Son champ d'intervention est en revanche relativement étendu, dans la mesure où il apprécie l'ébauche d'étude d'impact réalisée par la DG tête de file d'une proposition législative au regard de tout un ensemble de critères : standards des études d'impact, exigence de consultation, « *fitness check* ! » ; bien au-delà des seules exigences formelles d'adoption de l'acte<sup>29</sup>. En accroissant les contraintes d'évaluation en amont de la proposition législative, l'institution d'un comité de ce type permet de justifier une forme d'autolimitation de l'initiative, au demeurant voulue, de la Commission et de présenter des propositions déjà « évaluées » au regard d'exigences et de critères qui devraient être pris en compte par les deux co-législateurs.

En second lieu, outre la densification des études d'impact préalables aux propositions législatives, les évolutions récentes du « Mieux légiférer » envisagent également la possibilité pour le Parlement et le Conseil de procéder à des modifications substantielles des analyses menées par la Commission. En ce sens, l'accord « Mieux légiférer » de 2016 souligne que « lorsqu'ils le jugeront approprié et nécessaire aux fins du processus législatif, le Parlement européen et le Conseil effectueront des analyses d'impact des modifications substantielles qu'ils apportent à la proposition de la Commission. En règle générale, le Parlement européen et le Conseil prendront comme point de départ de leurs travaux complémentaires l'analyse d'impact de la Commission. Il appartient à chaque institution concernée de déterminer ce qui constitue une modification substantielle ». Cette possibilité de modification doit se faire en veillant à la cohérence du travail d'analyse d'impact « dans son ensemble »<sup>30</sup>. S'il est encore trop tôt pour apprécier l'effectivité de telles études d'impact « modificatives », il est certain qu'elles auront pour conséquence d'ajouter encore de la complexité au processus législatif.

28 C (2015) 3263 final du 19.05.2015, *Décision of the President of the European Commission on the establishment of an independent Regulatory Scrutiny Board*. Notons que ce comité est présenté comme indépendant mais administrativement rattaché au secrétariat général de la Commission. V. la présentation sur le lien : [https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board\\_en#documents](https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/regulatory-scrutiny-board_en#documents)

29 V. ainsi les règles de procédures définies par le Scrutiny Board, ref. ARES (2016) 5764766, 5.10.2016, art. 6 : « *The Board shall assess the quality of draft impact assessment reports, fitness check reports and major evaluation reports [...] it shall deliver its opinions, recommendations and advice in accordance with the Commission's policy on better regulation, as laid down in the Better Regulation Guidelines, and other relevant instructions to the services on agreed standards for impact assessment, evaluation, fitness checks and public consultation* ».

30 Accord interinstitutionnel du 13 avril 2016, pt. 15 et 16.

## 1.2 La généralisation du retrait de propositions pendantes

En lien avec le programme REFIT, une nouvelle orientation du « Mieux légiférer » – sûrement la plus significative – consiste à encourager l’abrogation de législations qui seraient obsolètes ou qui seraient excessivement contraignantes. En ce sens, l’accord interinstitutionnel de 2016 prévoit explicitement que le programme de travail de la Commission doit comporter une liste d’abrogations. Il y est par ailleurs précisé que, « conformément aux principes de coopération loyale et d’équilibre institutionnel, si la Commission prévoit de retirer une proposition législative, qu’il soit ou non envisagé de la remplacer par une proposition révisée à la suite du retrait, elle communiquera les raisons de ce retrait et, le cas échéant, indiquera les étapes ultérieures prévues ainsi qu’un calendrier précis, et elle mènera des consultations interinstitutionnelles appropriées sur cette base »<sup>31</sup>.

Avant même que l’accord ne procède à la systématisation du retrait de propositions pendantes, la Commission, dans son programme de 2015, a présenté une typologie des différents cas de retrait. Elles sont justifiées par le défaut d’utilité de la proposition, par l’enlisement des négociations entre le Conseil et le Parlement, ou encore par obsolescence. Dans cette perspective, les programmes de travail adoptés pour 2015, 2016 et 2017 ont chacun envisagé une série de retraits (respectivement, 80, 28 et 19 retraits). Peuvent être distingués :

- d’un côté, des retraits justifiés par l’obsolescence de la proposition, les plus nombreux, qui correspondent à des propositions d’actes qui sont retirées en raison de leur caducité du fait de l’entrée en vigueur d’un autre acte avant un objet similaire. Pour 2017, les 19 retraits sont ainsi justifiés sur le terrain de l’obsolescence. Cette hypothèse se vérifie pour des mesures liées à la PAC, à l’environnement, voire pour certains accords d’association. Si ces retraits sont justifiables d’un point de vue pratique, ils peuvent également marquer l’abandon d’une proposition cohérente et lisible par rapport à son objet<sup>32</sup>.
- d’un autre côté, des retraits de proposition législation qui reposent sur des considérations d’opportunité, pour trois motifs principaux :
  - L’absence d’un accord prévisible entre les deux co-législateurs, dans des matières très diverses, par exemple une proposition sur l’enregistrement des transporteurs de matières radioactives, une proposition sur les taxes des voitures particulières, une proposition sur la fixation des prix des médicaments et leur inclusion dans les systèmes publics d’assurance maladie, ou encore la proposition de règlement du Conseil relatif au statut de la fondation européenne<sup>33</sup>. Dans ce cas de figure, c’est l’enlisement de la proposition, pendant parfois depuis plus de 10 ans, comme par exemple la proposition de règlement sur la fiscalité des véhicules à moteur, qui remonte à 1998. Mais le recours à cette justification par la Commission peut prêter

31 *Op. cit.*, pt. 9.

32 Par exemple, l’annonce du retrait en 2017 d’une proposition de règlement sur les substances psychoactives, justifiée par le fait que certains éléments de celle-ci ont été repris dans plusieurs textes...qui lui sont antérieurs ! (notamment la décision cadre du Conseil du 25 octobre 2004 sur l’harmonisation des infractions pénales dans le domaine du trafic de drogue).

33 Voir les propositions de retrait qui figuraient dans le programme de travail de la Commission de 2015, COM (2014) 910 final du 16.12.2014.



à discussion, notamment lorsque l'argument temporel est combiné à des considérations telles que le risque de dénaturation de la proposition de la Commission, pourtant déjà examinée par le Conseil (argument pour justifier le retrait d'une proposition de directive (COM 2011, 0169) relative à la taxation des produits énergétiques de l'électricité).

– La nécessité d'introduire une proposition qui serait plus ambitieuse que celle qui est pendante. C'est sur ce terrain que la Commission justifie, dans son programme de travail de 2017, le retrait d'une proposition de directive concernant une assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés, censée être remplacée par une approche plus progressive qui privilégie une assiette fiscale commune obligatoire.

– La mise en œuvre du programme REFIT, qui justifierait le retrait de propositions excessivement lourdes et associées à des coûts administratifs jugés excessifs. Peu étayé dans les documents de la Commission, ce fondement permet de justifier le retrait de propositions symboliquement importantes, telles la proposition de directive sur la santé et la sécurité des femmes enceintes ou encore la proposition d'un fonds d'indemnisation pour les dommages causés par la pollution par les hydrocarbures<sup>34</sup>.

En tout état de cause, ces annonces de retrait, outre le fait qu'elles reflètent une extension des conceptions associées au « Mieux légiférer », emportent des conséquences tangibles à l'échelle institutionnelle.

## 2) Le « Mieux légiférer » et la reconfiguration des équilibres institutionnels

Depuis plus de deux décennies, il est courant de constater que le pouvoir d'initiative de la Commission fasse l'objet d'un affaiblissement substantiel<sup>35</sup>. Ce pouvoir est, au plan des principes, consacré par le traité, d'une part, par l'article 289 TFUE, qui prévoit que le Conseil et le Parlement statuent sur proposition de la Commission, d'autre part, par l'article 293 TFUE qui reconnaît que ladite proposition peut être modifiée tant que le Conseil ne l'a pas, le cas échéant, modifiée à l'unanimité. Cette dernière disposition permet de garantir que le texte examiné et soumis à la discussion est, presque systématiquement, celui de la Commission.

Sous l'influence de plusieurs facteurs, tels que l'accroissement du rôle du Conseil européen, le transfert de nouvelles compétences à des agences, le besoin croissant d'appuis techniques et opérationnels plutôt que de normes législatives (par exemple dans le champ de l'ELSJ), l'adoption de cadres d'orientation sous forme de cycles d'évaluation (par exemple le semestre européen dans le champ de la gouvernance économique) ou encore la complexification de la hiérarchie du droit dérivé avec les actes délégués, le schéma traditionnel d'une Commission dont l'activité se concentrerait sur l'élaboration des propositions législatives est sensiblement remis en cause. La réalité d'une initiative

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> V. par exemple l'étude proposée par P. PONZANO, C. HERMANIN, D. CORONA, « Le pouvoir d'initiative de la Commission européenne : une érosion progressive ? », Institut Notre Europe, coll. Études et recherches, n° 89, 2012.

véritablement autonome de la Commission peut également être discutée, dès lors que la quasi-totalité des propositions sont issues d'engagements internationaux ratifiés par l'Union ou de demandes d'États membres. À travers l'évolution de son rôle, ce sont certaines conceptualisations classiques de l'intégration européenne (on pense par exemple à la méthode communautaire) qui ne sont plus systématiquement opératoires.

Néanmoins, la place croissante du « Mieux légiférer » conduit à proposer une autre lecture de ces évolutions. Les différentes dimensions de ce programme sont peut-être plus illustratives d'un « changement de paradigme » du rôle de la Commission que l'expression d'un déclin trop rapidement constaté<sup>36</sup>. L'ensemble des mesures et des instruments associés au « Mieux légiférer » est plutôt significatif d'un renforcement du contrôle exercé par la Commission (2.1) et d'une complexification de la procédure législative (2.2).

## 2.1 Le renforcement du contrôle de la Commission par la pratique du retrait

Une fois que la proposition législative est présentée devant le Conseil et le Parlement, la Commission exerce essentiellement une mission d'intermédiaire, « d'honnête courtier », pour rapprocher la position des deux co-législateurs<sup>37</sup>. Cette position repose sur une double justification, d'une part, éviter que la négociation ne conduise à dénaturer sensiblement la proposition initiale, d'autre part, permettre un accord rapide, de préférence en première lecture.

Or, la pratique du retrait, telle qu'elle a été présentée ci-dessus, conduit à relativiser ce schéma traditionnel. Elle conduit, notamment, à s'interroger sur la portée et sur le respect du principe de l'équilibre institutionnel, notamment lorsque le retrait intervient des années après le dépôt de la proposition ou après que le Conseil et le Parlement aient déjà eu des échanges de vues. L'équilibre institutionnel étant intrinsèquement lié à une exigence de coopération loyale entre les institutions<sup>38</sup>, le recours non encadré au retrait des propositions par la Commission peut mal s'accommoder avec celle-ci.

Il ne s'agit pas là d'une hypothèse d'école, dès lors que cette problématique a été au centre de l'affaire dite de l'assistance macrofinancière, jugée par la Cour le 14 avril 2015<sup>39</sup>. Inédite, l'espèce met en cause le retrait par la Commission d'une proposition de règlement relative à l'assistance macrofinancière aux pays tiers, à savoir un instrument par lequel l'Union peut octroyer une aide exceptionnelle pour rétablir la viabilité des finances extérieures de pays confrontés à des difficultés de financement extérieur. Pour justifier son retrait, la Commission avance ici la dénaturation de la

36 V. l'analyse pertinente que propose J.-P. JACQUÉ, « La Commission européenne après Lisbonne: déclin ou changement de paradigme », in *Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruylant, 2015, p. 241-266.

37 La qualification de « courtier » ou « *honest broker* » a pu être retenue dans certains documents institutionnels, par ex. Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil et de la Commission sur les modalités pratiques de la procédure de codécision (article 251 du traité CE), *JOCE*, 2007, n° C 145/5.

38 Cette imbrication est régulièrement rappelée dans la jurisprudence, v. par exemple le contentieux sur l'intervention de l'Union devant le Tribunal international du droit de la mer, CJUE, 6 octobre 2015, *Conseil c./ Conseil*, aff. C-73/14, pt. 84.

39 CJUE, gr. ch., 14 avril 2015, *Conseil de l'Union c./ Commission*, aff. C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217.

proposition, dans la mesure où le Parlement et le Conseil l'ont modifiée pour prévoir que la décision d'assistance doit, au cas par cas, suivre la procédure législative ordinaire et non une procédure d'exécution proposée par la Commission. Pour appuyer son recours en annulation, le Conseil, appuyé par dix États membres, invoque en l'occurrence le principe de l'équilibre institutionnel, inhérent à l'article 13 du TUE et le principe de démocratie, énoncé à l'article 10 TUE.

L'argumentation suivie par la Cour est intéressante à plusieurs titres. Elle considère que si la Commission, en vertu même du traité, a le pouvoir de modifier voire de retirer sa proposition tant que le Conseil n'a pas formellement statué (ce qui était le cas ici) ; en revanche, l'exercice de ce droit de retrait ne peut conduire à lui conférer un droit de veto dans le déroulement du processus législatif<sup>40</sup>. Lorsque la Commission, après avoir présenté une proposition dans le cadre de la procédure législative ordinaire, décide de la retirer, elle doit exposer au Parlement et au Conseil les motifs du retrait. En cas de contestation, ceux-ci doivent être étayés par des éléments convaincants. La décision de retrait est dès lors conçue comme un acte faisant grief, susceptible d'un recours en annulation et tenu à une obligation générale de motivation.

Cette qualification est importante car elle conduit à déplacer le terrain contentieux : la question n'est pas tant celle de savoir si la Commission peut retirer, mais plutôt comment elle justifie le retrait. Pour la Cour, la dénaturation d'une proposition par les co-législateurs est un motif suffisant pour fonder une telle justification. La dénaturation ne peut être unilatéralement appréciée par la Commission, dès lors que « dans l'esprit de coopération loyale qui, en vertu de l'article 13, paragraphe 2, TUE, doit présider aux relations entre institutions de l'Union dans le cadre de la procédure législative ordinaire, elle doit dûment prendre en compte les préoccupations du Parlement et du Conseil sous-jacentes à leur volonté d'amender »<sup>41</sup>.

Bien que cette affaire n'ait pas été liée à un retrait justifié par le programme « Mieux légiférer », des liens peuvent être établis entre l'argumentation de la Cour et la pratique du retrait telle que présentée ci-dessus. On peut se demander quelle pourrait être la position du juge vis-à-vis de motifs de retrait distincts de la dénaturation. Par exemple, peut-on considérer que le risque d'un défaut d'accord entre le Conseil et le Parlement, qui a justifié le retrait par la Commission de plusieurs propositions (par exemple la directive sur les travailleuses enceintes ou le règlement sur la fondation européenne) peut valablement motiver un retrait ? À l'évidence, le motif du retrait sera plus délicat à apprécier dès lors qu'il renvoie à une appréciation subjective de la négociation (le défaut d'accord, nécessairement changeant au regard de la composition du Conseil et du Parlement) et non à une donnée plus objective (une différence substantielle entre contenu de l'acte amendé par rapport à celui qui était proposé).

40 Aff. C-409/13, *op. cit.*, pt. 75 : « Le pouvoir de retrait que la Commission tire des dispositions mentionnées [art. 17§2 TUE, art. 289 et 293 TFUE] ne saurait toutefois investir cette institution d'un droit de veto dans le déroulement du processus législatif, qui serait contraire aux principes d'attribution de compétences et de l'équilibre institutionnel ».

41 *Op. cit.*, pt. 83.

De manière plus fondamentale, il est nécessaire de s'interroger sur les interférences entre la pratique du retrait et le principe de démocratie. Il s'agit sûrement là d'une faiblesse du raisonnement de la Cour, justement souligné par Dominique Ritleng<sup>42</sup>. L'arrêt écarte trop rapidement le moyen tiré du principe de démocratie, pour l'associer à celui de l'équilibre institutionnel. De jurisprudence constante, le principe de démocratie implique, en droit de l'Union, qu'une proposition soit dûment examinée par l'intermédiaire d'une assemblée représentative<sup>43</sup>. Ainsi que l'a souligné l'Avocat général Poiares Maduro, ce principe renvoie, à l'échelle de l'Union, à un équilibre délicat entre les dimensions nationales et européennes. Nécessairement imbriquées, elles conduisent à ce que le processus législatif soit partagé entre des parlements, nationaux et européen, qui ne disposent pas du même pouvoir<sup>44</sup>. La Cour, dans l'affaire en cause, ne fait pourtant guère de cas de ces exigences, pour privilégier une lecture trop classique des rapports entre les institutions et maintenir l'image, pourtant passablement écornée, d'un triangle institutionnel parfaitement représentatif des exigences démocratiques. La confrontation des pratiques associées au « Mieux légiférer » avec celles-ci ne peut être durablement évitée<sup>45</sup>, au risque de conforter la perception, déjà répandue, d'une conception par trop financière et utilitariste de la légistique.

## 2.2 La complexification de la procédure législative

Outre ses conséquences sur le terrain de l'équilibre institutionnel, la pratique du retrait conduit également à s'interroger sur le déroulement de la procédure législative. De fait, le discours sur le « Mieux légiférer » va de pair avec une recherche de rapidité de la procédure. Loin de la représentation selon laquelle l'acte législatif serait le fruit de trois lectures consécutives entre le Parlement et le Conseil (prévues à l'article 294 TFUE), la pratique des négociations directes entre le Parlement européen et le Conseil, dès les premières étapes de la procédure, a redéfini le rôle de la Commission. Au lieu de chercher à amender sa proposition auprès une première lecture, la Commission cherche à intervenir dès les premiers stades de l'examen.

Désormais, plus de 80 % des accords sur les propositions législatives s'établissent dans le cadre de réunions qui prennent la forme de trilogue, lesquelles interviennent, après l'appréciation de la proposition par la commission parlementaire compétente, entre l'adoption de la résolution législative en plénière du Parlement et le vote du Conseil<sup>46</sup>. Ces trilogues se tiennent pour l'essentiel à huis clos, hors du débat public. L'accroissement du recours à ces instances informelles est susceptible de justifier, aux yeux de la Commission, les orientations récentes du programme « Mieux légiférer ». Le retrait de la proposition peut, en effet, être envisagé comme une carte à jouer par la Commission dans les négociations, lorsqu'au sein du trilogue leur déroulement fait craindre une dénaturation

42 D. RITLENG, « *Does the European Court of Justice take democracy seriously ? Some thoughts about the Macro-Financial Assistance case* », *CMLR*, vol. 53, février 2016, p. 11-34.

43 Formulation issue de la célèbre jurisprudence *Roquette* (C-138/79) et rappelée plus récemment dans les contentieux relatifs à la participation du Parlement dans les mesures prises au titre de la PESC, CJUE, gr. ch., 19 juillet 2012, *Parlement c./ Conseil*, ECLI:EU:C:2012:472, pt. 81.

44 V. les conclusions de l'avocat général MADURO dans l'affaire dite du transfert de déchets, C-411/06, pt. 5.

45 F. PERALDI LENEUF, « Légistique et démocratie dans le système de l'Union européenne », in F. PERALDI LENEUF (éd.), *La légistique dans le système de l'Union européenne. Quelle nouvelle approche ?*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 111-125.

46 J.-P. JACQUÉ, *op. cit.*

excessive de celle-ci. En avançant le risque de retrait, la Commission exerce plus qu'une simple mission d'intermédiaire pour rapprocher les positions des législateurs.

Au-delà du retrait, on peut également s'interroger sur la portée des évaluations réalisées avant la proposition par la Commission (notamment les études d'impact) sur le déroulement de la procédure législative. Du fait de contraintes sans cesse croissantes de célérité et de réactivité, l'adoption des actes législatifs est menée suivant un calendrier plus serré qu'auparavant. Dans ce contexte, les appréciations techniques qui ont été menées par la Commission dans ses études d'impact, de même que l'appréciation des coûts administratifs de la proposition au titre du programme REFIT, peuvent être avancées comme des arguments d'autorité, présentées telle une vérité scientifique, durant le déroulement des négociations et la tenue des trilogues. Il y a toutefois là un risque de glissement dans la conception qui s'attache à la légitimité de l'acte. La mise en avant d'un discours sur les charges et les coûts générés par la proposition peut conduire à deux conséquences négatives, d'une part une mise à l'écart de débats de fond sur les options politiques à privilégier en vue de satisfaire l'intérêt général, d'autre part, une orientation du pouvoir d'amendement sur les dimensions financières de la proposition.

Le risque tient également à la multiplication des critères qui interviennent dans l'élaboration de l'acte législatif. Aux critères strictement juridiques, liés à la base juridique, à la formulation de l'acte, à sa motivation, s'ajoutent des considérations tirées de ses coûts et de sa capacité à réduire les charges administratives, le « *regulatory burden* ». À travers ces évolutions, se dessine un glissement de la négociation, qui ferait prévaloir des appréciations proprement techniques et financières, symptomatiques d'une gouvernance par les nombres<sup>47</sup>, et non une discussion des conceptions de l'intérêt général qui s'attachent à l'acte soumis à la délibération.

<sup>47</sup> Selon le titre retenu par Alain SUPIOT pour ces cours au Collège de France, A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015.

