

**LE « MIEUX LÉGIFÉRER » AU CHEVET DE LA POLITIQUE COMMERCIALE
COMMUNE DE L'UNION EUROPÉENNE
POTENTIELS ET LIMITES D'UNE RECHERCHE DE LÉGITIMITÉ
PAR LA PROCÉDURE**

Gael LE ROUX¹

Résumé

Cet article examine de quelle manière le programme « Mieux légiférer » est susceptible de favoriser la poursuite des objectifs mis en avant par la Commission dans sa stratégie « Commerce pour tous » de 2015. Une analyse des initiatives récentes en matière de négociations commerciales permet de constater que les principes et instruments du programme sont abondamment utilisés par l'Union dans l'élaboration de sa politique mais que le recours à ceux-ci ne semble pas en mesure d'enrayer la crise de légitimité sans précédent que connaît l'une des plus anciennes politiques communes de l'Union.

Abstract

This article assesses how the « better regulation » program may contribute to reaching the objectives set by the European Commission in its 2015 “Trade for all strategy”. An analysis of recent trade negotiation initiatives allows to observe that the principles and instruments promoted in the program are fully exploited by the European Union when conducting its trade policy. Yet those seem to have a limited impact as to answering the legitimacy crisis faced by one of the most ancient European common policies.

La politique commerciale (PCC) est l'une des plus anciennes politiques communes de l'Union². Elle est également devenue aujourd'hui l'une des plus contestées³. Cela peut globalement s'expliquer du fait des spécificités du processus décisionnel inhérent à la négociation internationale. C'est également une conséquence du vaste spectre d'enjeux que la PCC recouvre et donc des intérêts, souvent contradictoires,

1 Doctorant contractuel, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

2 Préambule du Traité de Rome 1957 : « Désireux de contribuer, grâce à une politique commerciale commune, à la suppression progressive des restrictions aux échanges internationaux ».

3 R. HIAULT, « TTIP : la politique commerciale de l'Union sous le feu des critiques », *Les Echos*, 10 juillet 2016, https://www.lesechos.fr/10/07/2016/lesechos.fr/0211115315573_ttip--la-politique-commerciale-de-l-union-sous-le-feu-des-critiques.htm, consulté le 12 mai 2017.

qu'elle met en jeu⁴. Il semble globalement que, à l'instar de bien d'autres politiques de l'Union européenne, sa modernisation soit une condition *sine qua non* de sa pérennisation. La clé des réformes de la PCC se situe sans aucun doute dans sa légitimation⁵. Celle-ci implique la recherche d'un équilibre subtil entre l'efficacité de ses instruments⁶, complexifiée par le caractère polymorphe de la matière commerciale, et son appropriation par la société civile, qui perçoit les enjeux commerciaux comme étant de plus en plus directement importants pour les citoyens⁷. Dans sa nécessaire quête de légitimité la PCC est particulièrement tiraillée entre une volonté d'efficacité ('*output legitimacy*') qu'elle souhaite faire perdurer et un besoin de représentativité ('*input legitimacy*') qu'elle se doit de renforcer⁸.

Dans sa nouvelle stratégie commerciale publiée en octobre 2015, la commissaire Cecilia Malmström évoque certaines des pistes de modernisation de la PCC envisagées par la Commission⁹. Tout d'abord, il est important de souligner que la Commission maintient inchangé son objectif fondamental d'efficacité, qui se traduit par l'accroissement des échanges internationaux pour soutenir la croissance économique¹⁰. Elle met néanmoins un accent particulier sur la dimension inclusive qu'elle entend donner à cette politique, comme l'illustre son intitulé « le commerce pour tous »¹¹. À cette fin, il est envisagé d'associer plus largement à l'élaboration et à la mise en œuvre des instruments de la PCC différents acteurs qui considèrent leurs intérêts comme étant insuffisamment pris en compte. Cette stratégie peut donc d'une manière générale être perçue comme une initiative visant à renforcer la légitimité de l'action de l'Union en donnant davantage de place à la participation et à la transparence. Enfin, un troisième élément qui ressort de cette stratégie est l'accent mis par la Commission sur les valeurs que l'Union entend défendre au travers de ses actions commerciales, et que la commissaire place au même niveau que la poursuite de ses intérêts¹². Parmi ces valeurs figure « au premier rang » la promotion de « son modèle réglementaire »¹³. Cette allusion fait écho à un autre vecteur de légitimité, qui trouve sa source dans la qualité des processus décisionnels de l'Union ('*throughput legitimacy*')¹⁴. Celui-ci repose principalement sur la probité de la procédure, la responsabilité de ceux qui y participent vis-à-vis des bénéficiaires, la transparence et l'ouverture¹⁵.

4 Plusieurs facteurs complexes, internes et externes à l'Union, peuvent être identifiés comme étant à l'origine de cette contestation. Ce travail n'entrera pas dans le détail de l'analyse de ceux-ci mais se contentera de mentionner la multiplicité des critiques concernant autant le processus de négociation et de conclusion de ces accords que le contenu des traités commerciaux « complets et approfondis » négociés depuis une dizaine d'années.

5 La notion de légitimité est utilisée dans cet article au sens « Weberien », c'est-à-dire comme se traduisant par une acceptation générale par les sujets d'un régime politique, des actions et décisions de celui-ci, y compris celles qui vont à l'encontre de leurs intérêts particulier, M. WEBER, *Économie et société*, Pocket, 2003, 424 p.

6 Sur les rapports entre efficacité et légitimité sur le plan du droit voir notamment : M. FATIN-ROUGE STEFANINI, L. GAY, A. VIDAL-NAQUET (éd.), *L'efficacité de la norme juridique : nouveau vecteur de légitimité?*, Bruylant, 2012, 352 p.

7 Sur l'inclusion de la société civile au processus décisionnel comme vecteur de légitimité, voir J. HABERMAS *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, 1996, 560 p.

8 Sur les notions d'« input legitimacy » et d'« output legitimacy », voir: F.W. SHARPF, *Governing in Europe*, Oxford University Press, 1999.

9 Commission européenne, *Commerce pour tous : vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable*, octobre 2015.

10 Commission européenne, *Commerce pour tous : vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable*, octobre 2015, partie I.

11 Pour un commentaire sur ce point voir notamment : S. GSTÖHL, « Trade for all – all for trade ? : the EU's new strategy », *College of Europe Policy Brief*, n° 3.16, Janvier 2016.

12 Commission européenne, *Commerce pour tous : vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable*, octobre 2015, propos introductif de Cecilia Malmström.

13 Commission européenne, *Commerce pour tous : vers une politique de commerce et d'investissement plus responsable*, octobre 2015, propos introductifs et p. 23

14 V. SCHMIDT « Democracy and legitimacy in the European Union revisited : input, output and 'throughput' » *Political Studies*. Vol. 61, 2013, p. 2. La Professeure Vivien SCHMIDT, qui a théorisé cette forme de légitimation par la procédure et son importance pour l'Union européenne, a souligné qu'elle permettait de concilier les éléments parfois contradictoires qui pouvaient exister entre la poursuite d'une légitimité acquise par l'efficacité et celle garantie par la mise en place de processus participatifs et délibératifs garantissant la représentativité.

15 V. SCHMIDT, « Democracy and legitimacy in the European Union revisited: input, output and 'throughput' » *Political Studies*. Vol. 61, 2013, p. 6.

Dans l'accord interinstitutionnel du 13 avril 2016¹⁶, le Parlement, le Conseil et la Commission rappellent leur attachement à ces trois vecteurs de légitimité : la légitimité démocratique de l'Union¹⁷ (*input legitimacy*), la méthode communautaire¹⁸ (*throughput legitimacy*), une législation simple, claire et cohérente et transparente¹⁹ (*output legitimacy*). Les initiatives récentes de la Commission en matière de « Mieux légiférer » apparaissent, quant à elles, comme le principal outil de légitimation de l'action de l'Union fondé sur la qualité de son processus décisionnel. Dans la communication « Mieux légiférer » adoptée par la Commission le 19 mai 2015²⁰, celle-ci s'engage à « ouvrir davantage (le) processus d'élaboration des politiques, ainsi que mieux écouter et mieux interagir avec ceux qui mettent la législation de l'UE en œuvre et qui en bénéficient »²¹. La Commission reconnaît également qu'elle ne devrait pas « imposer les politiques, mais bien ouvrir leur processus d'élaboration, dans un esprit de transparence totale et de pleine coopération, en tenant compte de l'avis de ceux qui sont concernés par la législation, de sorte que celle-ci soit facile à mettre en œuvre »²². Il s'agit bien là de gages de légitimité, que la Commission entend donner par le biais d'une plus grande ouverture des processus décisionnels, et qui renvoie directement aux principes mis en avant dans la théorie sur la légitimité procédurale évoquée ci-dessus.

Les initiatives promues par l'Union dans le contexte du « Mieux légiférer » semblent donc aisément transposables à la PCC qui paraît déjà évoluer dans cette direction en faisant sienne les objectifs évoqués dans ces différents documents. Plus spécifiquement, la légitimité procédurale, que le programme « Mieux légiférer » de la Commission promeut, paraît être une voie particulièrement intéressante pour la modernisation de la PCC.

Au-delà des *objectifs* qu'elles poursuivent et des *principes* sur lesquels elles sont fondées, les initiatives en matière de « Mieux légiférer » s'appuient également dans la pratique sur un certain nombre *d'instruments* dont la fonction principale est d'améliorer les procédures décisionnelles. Les plus importants d'entre eux sont les études d'impact, les consultations publiques et les évaluations *ex post*²³. Ce sont ces outils et leur usage dans le cadre de la PCC qui feront l'objet de cette étude. Plus précisément, nous analyserons dans quelle mesure ceux-ci permettent à l'Union de recouvrer la légitimité qu'elle recherche dans le domaine de la politique commerciale commune.

Dans cette optique, nous procéderons à une évaluation de la teneur, de l'usage et de la portée des outils du programme « Mieux légiférer » sollicités dans le cadre des négociations commerciales internationales. Nous opérerons cette analyse à la lumière des théories sur la légitimité évoquées en

16 Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » 13 avril 2016, I.2. *JOUE*, L 123/2. Cet accord entre le Parlement, la Commission et le Conseil de l'Union est une révision d'un accord du même type adopté en 2003 et dans lequel les trois institutions adoptent une ligne de conduite commune en matière de Mieux légiférer.

17 Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » 13 avril 2016, I.2. *JOUE*, L 123/2, article 2.

18 Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » 13 avril 2016, I.2. *JOUE*, L 123/2, article 2.

19 Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » 13 avril 2016, I.2. *JOUE*, L 123/2, considérant 2.

20 Commission européenne, *Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – enjeu prioritaire pour l'UE*, COM (2015) 215 final, 19 mai 2015. L'adoption de cette communication marque la dernière étape majeure d'une politique en faveur de l'amélioration de la législation européenne, initiée au début des années 2000.

21 *Ibid.*, p. 3.

22 *Ibid.* p. 4.

23 Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » 13 avril 2016, I.2. *JOUE*, L 123/2, considérant 6, et partie III

introduction. Nous nous concentrerons dans cette étude uniquement sur l'usage de ces instruments dans le cadre du volet externe de la politique commerciale, c'est-à-dire les négociations de traités commerciaux conduites par la Commission en vertu des règles édictées à l'article 207 § 3 et l'article 218 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne²⁴. C'est en effet dans la négociation des traités commerciaux que l'Union fait face aujourd'hui aux plus grandes difficultés. C'est donc sur ce point qu'il nous paraît le plus pertinent de nous concentrer.

Dans un premier temps, nous analyserons comment la Commission utilise en matière de politique commerciale tous les outils mis en avant dans le programme « Mieux légiférer » (1). Nous verrons ensuite comment l'Union fait également un usage original de ces outils dans le cadre de la PCC, en en faisant la promotion auprès de ses partenaires (2).

1) Le « Mieux légiférer » dans les négociations commerciales de l'Union

Bien que la politique commerciale ne soit pas citée comme une priorité de la Commission dans ses principales communications récentes sur le « Mieux légiférer »²⁵, celle-ci en utilise les outils lorsqu'elle ouvre, négocie et conclut des accords. D'une manière générale, on constate le basculement d'une politique fondée sur des considérations macroéconomiques, soutenues par des études d'impact et des évaluations (1.1), à une politique qui cherche à asseoir son action sur une meilleure prise en compte des intérêts des différentes parties prenantes (1.2).

1.1 La prépondérance des études d'impact : garanties d'efficacité

Sur son site internet, la Direction générale du commerce de la Commission met en avant les trois types d'outils d'évaluation de sa politique commerciale dont elle fait usage lors de négociations internationales : les études d'impact, les *sustainability impact assessment (SIA)*, et les évaluations *ex post*²⁶. Ces études ont des objectifs proches mais interviennent à différentes phases du processus de négociation. Traditionnellement, les négociations commerciales s'ouvrent sur la base d'une ou plusieurs études d'impact réalisées au préalable (*ex ante*) et qui servent de base à l'élaboration des lignes directrices qui constituent le mandat confié par le Conseil à la Commission européenne. On retrouve cette pratique dans les initiatives récentes de la Commission, qui s'est appuyée sur des études économiques multiples pour justifier l'ouverture de nombreux fronts de négociations simultanées²⁷. Des études conduites pendant les négociations, appelées « *sustainability impact assessment* » sont

24 Cela signifie que nous ne nous attarderons pas sur le volet interne de la PCC qui correspond à l'adoption d'actes législatifs en matière commerciale adoptés unilatéralement par l'Union, par exemple concernant les modalités de fonctionnement de ses instruments de défense commerciale.

25 Commission européenne, *Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – enjeu prioritaire pour l'UE*, COM(2015) 215 final, 19 mai 2015; *Améliorer les résultats pour une Union plus forte*, COM (2016) 615 final, 14 septembre 2016.

26 Commission européenne – Direction générale du commerce, “Policy evaluation” <http://ec.europa.eu/trade/policy/policy-making/analysis/policy-evaluation>, consulté le 15 mai 2017.

27 On peut citer à titre d'exemple, l'étude d'impact réalisée pour le compte de la Commission par le *Centre for Economic Policy Research* et qui a conduit à l'ouverture des négociations du TTIP : CEPR, “Reducing transatlantic barriers to trade and investment”, Final project report prepared under framework contract TRADE10/A2/A16, 2013, J. FRANÇOIS (éd.).

également commanditées par la Commission²⁸. Elles ont pour but d'orienter et d'éclairer les choix des négociateurs européens au cours des négociations²⁹. Enfin, les évaluations sont également conduites pour analyser les effets de ces accords, après leur conclusion et pendant leur mise en œuvre³⁰. Le tout conduit à l'élaboration d'une politique commerciale assez classique, car fondée sur des perspectives de croissance économique générée par l'accroissement des échanges commerciaux et calculée sur la base de modèles économiques empruntant pour la plupart aux théories des écoles de pensée dominantes.

Ces études sont réalisées dans la pratique par des sous-traitants mandatés par la Direction générale du commerce de la Commission européenne. Récemment, et sans doute en partie sous l'influence du nouvel accord interinstitutionnel adopté en 2016³¹, le Parlement a également diligenté ses propres études, ce qui n'est pas encore le cas du Conseil³². La marche vers une plus grande variété des commanditaires de ces travaux (et donc potentiellement des méthodologies qui les sous-tendent) qu'encourage le programme « Mieux légiférer » va dans le sens d'une meilleure analyse de l'impact réel de ces accords commerciaux. Il en est de même de la prise en compte accrue des facteurs sociaux et environnementaux, qui affine cette démarche d'évaluation sans toutefois modifier sa logique fondamentale. Les conclusions auxquelles arrivent ces études d'impact demeurent en effet, dans la pratique, assez homogènes et globalement favorables aux initiatives envisagées par la Commission. Cela conduit de plus en plus de voix à réclamer une plus grande diversité dans ces études et à repenser leur utilisation³³.

Si ces études, comme elles le prétendent, permettent d'orienter en amont, et d'évaluer en aval les initiatives en matière commerciale, elles sont un outil précieux pour des négociateurs confrontés à des choix stratégiques complexes lors de discussions avec les partenaires de l'Union. Elles peuvent à ce titre constituer un vecteur important d'efficacité de la politique commerciale commune. Elles ne semblent plus, en revanche, bénéficier de beaucoup de crédibilité aux yeux du grand public, et ne suffisent pas à elles seules à procurer à la Commission la légitimité recherchée.

28 Toujours concernant le TTIP, on peut citer l'étude réalisée par le cabinet ECORYS « SIA in support of the negotiations on a Transatlantic Trade and Investment Partnership », 30 mars 2017.

29 Voir à ce sujet: Commission européenne – Direction générale du commerce, “Handbook for trade sustainability impact assessments” second edition, 2016.

30 Ainsi, l'accord avec la Corée du Sud conclu en 2011 a fait l'objet d'un rapport d'évaluation initial (mais pas encore d'un rapport final) publié en 2016. Seules ont été finalisées à ce jour les évaluations de l'accord préférentiel UE-CARIFORUM en 2014, et UE-Chili en 2012. Détails sur : <http://ec.europa.eu/trade/policy/policy-making/analysis/policy-evaluation/ex-post-evaluations/>, consulté le 15 mai 2017.

31 Accord interinstitutionnel du 13 avril 2016, point 17 « il appartient à chacune des trois institutions de déterminer comment elle organise son travail d'analyse d'impact, y compris ses ressources organisationnelles internes et le contrôle de la qualité ».

32 Voir une analyse de l'étude d'impact du TTIP conduite pour le compte du Parlement européen par le CEPS, “The impact of TTP : the underlying economic model and comparison » J. PELKMANS (éd.), *TTIP series* Vol.1, No. 93, octobre 2014.

33 Voir par exemple la Déclaration de Namur, présentée en 2016 par 40 universitaires (à l'initiative du Ministre-Président de la Wallonie, Paul Magnette), dans laquelle est demandée la conduite « d'analyses contradictoires et publiques des effets potentiels d'un nouveau traité », p. 1 ; Voir également un document publié fin 2016 par le gouvernement de la République française: « propositions françaises de réforme de la politique commerciale européenne », dans lequel il est réclame à la Commission la publication d'au moins « trois études socio-économiques, sur une base scientifique pluraliste en mobilisant des écoles de pensée économique clairement distinctes » p. 3.

1.2 La consultation des parties prenantes : gages de représentativité

D'une politique commerciale très axée sur l'analyse prospective des résultats macro-économiques (fondée sur les différents types d'études précitées), la Commission passe peu à peu à une politique davantage orientée vers la prise en compte d'intérêts différenciés. Ceci témoigne d'une certaine prise de conscience s'agissant des dynamiques complexes de redistribution des gains et coûts économiques engendrés par la conclusion de ces accords³⁴. Cette transition reflète également de manière beaucoup plus évidente, le changement d'orientation stratégique vers une valorisation d'un processus décisionnel plus inclusif, soutenu par la Commission dans sa communication « Commerce pour tous » de 2015. En matière d'accords commerciaux, on retrouve ainsi un usage classique de la consultation des parties prenantes avant l'ouverture des accords³⁵. On relèvera également l'institutionnalisation d'un cadre de consultation propre à la négociation commerciale, les *civil society dialogues*, dont l'objet est de permettre un échange régulier entre les fonctionnaires de la Direction générale du commerce et les représentants d'intérêts de la société civile (entreprises, ONGs, organisations publiques) sur divers sujets concernant la politique commerciale, parmi lesquels les négociations en cours³⁶. On notera finalement la fusion progressive entre cet instrument et les études d'impact, puisque ces dernières s'appuient de plus en plus souvent sur des consultations qui font parfois partie intégrante de leur méthodologie³⁷.

Malgré ces initiatives et les efforts sans précédents déployés par la Commission en matière de transparence dans le cadre des négociations du TTIP, on ne peut que constater l'insuffisance pour une partie de la société civile, de la multiplication de ces procédés de consultation comme vecteurs de légitimation. Ceci est sans doute dû à l'usage historiquement inégal des différents instruments du « Mieux légiférer » dans les phases successives du processus de conclusion d'accords commerciaux qui vont de la préparation du mandat à la mise en œuvre, en passant par la négociation. Les études d'impact semblaient globalement privilégiées pour les étapes les plus importantes, alors que les consultations paraissaient plutôt confirmer des orientations stratégiques déjà actées. Les variations d'usage de ces outils ont néanmoins elles-mêmes évolué pour des raisons tenant aux nouvelles orientations du programme « Mieux légiférer » et de la stratégie commerciale de l'Union. Si le tournant en faveur d'une plus grande ouverture aux parties prenantes renforce la légitimation de l'action de l'Union, celle-ci semble toujours insuffisante tant l'impact réel des consultations sur les procédures de négociation et de conclusion des accords est difficilement perçu par la plupart des citoyens.

Des pistes d'amélioration peuvent néanmoins être mentionnées. Le développement du recours aux études d'impact par d'autres acteurs que la Commission (Parlement européen, Conseil, États

34 Cette évolution progressive de la prise en compte des effets contrastés de la conclusion de ces accords est confirmée par la publication récente par la Commission européenne d'un « Document de réflexion sur la maîtrise de la mondialisation », 10 mai 2017.

35 À titre d'exemple, cinq nouvelles consultations publiques ont été lancées depuis le début de l'année 2017 : <http://trade.ec.europa.eu/consultations/>

36 Voir sur le site de la Direction générale du commerce de la Commission européenne la page consacrée au *Civil society dialogues* : <http://trade.ec.europa.eu/civilsoc/>

37 Commission européenne – Direction Générale du Commerce «Handbook for trade sustainability impact assessment» second edition, 2016, p. 10.

membres, parlements nationaux) constitue peut-être une solution pour renforcer la légitimation de l'action de l'Union, à travers l'association d'une expertise sinon plus objective, du moins diverse dans son origine. D'une certaine manière, la fusion entre la consultation et l'étude d'impact consolide aussi la légitimation par l'amélioration des procédures. Ces outils méritent d'être testés, car ils présentent une alternative intéressante entre un basculement total vers une politique commerciale excessivement politisée qui risquerait de perdre complètement en efficacité et une politique commerciale exclusivement fondée sur l'expertise, dont la légitimité serait indéniablement contestée.

2) Le « Mieux légiférer » comme vecteur d'affirmation de l'identité de l'Union

Une des originalités de la politique commerciale est qu'elle participe à la projection du modèle réglementaire de l'Union au plan international³⁸, aussi bien en matière de contenu des normes qu'en matière de pratiques législatives et réglementaires.

Sur le site internet dédié à l'amélioration de la législation européenne, la Commission évoque explicitement le rôle des accords commerciaux comme pendant externe de son initiative interne en matière de « Mieux légiférer »³⁹. Dans la pratique, cette logique l'a notamment conduite à intégrer au sein de ses accords commerciaux les principes et objectifs du « Mieux légiférer » dans les chapitres portant sur la « coopération réglementaire ». C'est notamment le cas dans le CETA et le TTIP, premiers traités commerciaux de l'Union à prévoir un chapitre détaillé de ce type⁴⁰. La logique qui sous-tend cette démarche est double. D'une part, elle doit permettre de renforcer l'efficacité de ces traités dont l'objectif principal est de surmonter les barrières au commerce liées aux contraintes réglementaires issues des divergences de normes entre l'Union et ses partenaires⁴¹. D'autre part, ce type de chapitre doit renforcer la légitimité de l'Union dont la qualité du système normatif est présentée comme un modèle à suivre, au-delà de ses frontières⁴².

Concrètement, nous pouvons distinguer deux volets dans la démarche de la Commission dans les deux accords précités. Un premier concerne le rapprochement du contenu des normes entre les partenaires commerciaux, et fait écho à la gestion du stock réglementaire interne de l'Union qui répond aux exigences de réduction des coûts induits par la législation (2.1). Un second concerne les bonnes pratiques législatives et réglementaires, et s'adresse au flux législatif traité par les institutions en faisant la promotion d'un processus décisionnel de qualité, calqué sur celui de l'Union européenne (2.2).

38 A. R. YOUNG, "The European Union as a global regulator: context and comparison" *Journal of European Public Policy*, Vol 22, n° 9, juin 2015.

39 Commission européenne, « Améliorer la réglementation : pourquoi et comment ? » https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/better-regulation-why-and-how_fr#objectives

40 Des cadres de coopération réglementaire plus ou moins sophistiqués ont précédé ces accords, notamment créés sous l'impulsion de l'OCDE, (voir notamment « Recommandations du Conseil concernant la politique et la gouvernance réglementaires » (2012), p. 20) mais leur intégration dans un traité commercial est apparue pour la première fois avec le CETA : Pour un compte rendu général de cette évolution, voir : Bernard Hoekman – « Fostering transatlantic regulatory cooperation and gradual multilateralization » *Journal of International Economic Law*, Vol. 18 n° 3, 2015, pp. 609-624.

41 Voir à ce sujet le discours de Cecilia Malmström, « Trade in the 21st century : the challenge of regulatory convergence », 19 mars 2015 http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/march/tradoc_153260.pdf.

42 I. MANNERS, « Normative power Europe: a contradiction in terms? » *Journal of Common Market Studies*, Vol 40, n° 2. p. 235-58.

2.1 Rapprochement du contenu des normes : la gestion du stock

La communication « Mieux légiférer » de 2015 souligne la nécessité d'une « gestion dynamique » de la législation de l'UE⁴³. Pour ce faire, elle associe à ses initiatives sur l'amélioration de la législation, le programme REFIT qui a été lancé en 2012⁴⁴. L'accord interinstitutionnel reprend également à son compte le programme REFIT présenté comme moyen « d'actualiser et de simplifier la législation »⁴⁵. L'objectif central du programme REFIT est la réduction « des coûts de la législation » liés à une réglementation inadaptée⁴⁶. Il est reflété dans certaines dispositions des chapitres sur la coopération réglementaire, inclus dans les accords de libre-échange les plus récents de l'Union européenne, et dont l'objectif général est aussi de réduire les coûts de la législation existante⁴⁷.

Les similitudes relatives à l'objectif commun de réduction des coûts se traduisent par l'inclusion de mécanismes de mise en œuvre de nature très proche. Tout d'abord, les « bilans de qualité » prévus dans la communication de 2012, qui permettent de « dresser l'inventaire des domaines de la réglementation et des textes législatifs pour lesquels le potentiel de simplification des règles et de réduction des coûts réglementaires pour les entreprises et les citoyens est le plus important »⁴⁸, sont assimilables aux examens de la législation existante prévus dans le CETA⁴⁹ ou dans le projet de TTIP⁵⁰. Ces accords prévoient en effet des moyens de passer au crible les législations internes de chaque partenaire afin d'identifier celles qui sont susceptibles de faire l'objet d'une convergence par le biais de « méthodes approfondies de coopération telles que la recherche de reconnaissance mutuelle, voire l'harmonisation »⁵¹. Une autre similarité réside dans l'existence de la « plateforme REFIT », créée au moment de l'adoption du paquet « Mieux légiférer » de 2015⁵². Elle est quant à elle assimilable au « programme conjoint annuel en matière de coopération réglementaire entre l'Union européenne et les États-Unis »⁵³ dont l'objectif est de permettre une gestion transparente et inclusive des initiatives en matière législative et réglementaire. Dans la pratique, il s'agit dans les deux cas d'un site internet dans lequel sont recensés les textes existants et les initiatives en cours de préparation afin que celles-ci puissent être analysées et commentées par les parties prenantes concernées⁵⁴.

43 Commission européenne, *Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – enjeu prioritaire pour l'UE*, COM (2015) 215 final, 19 mai 2015, p. 11.

44 Commission européenne, *Pour une réglementation de l'Union européenne bien affûtée*, COM (2012), 746 final, 12 décembre 2012.

45 Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » 13 avril 2016, I.2. JOUE, L 123/2, point 48.

46 Commission européenne, *Pour une réglementation de l'Union européenne bien affûtée*, COM (2012), 746 final, 12 décembre 2012, p. 2.

47 On retrouve explicitement cette idée de réduction des coûts dans les dispositions suivantes de chapitres sur la coopération réglementaire: CETA, article 21.3 (b) vi ; et (c) ii, (d) i ; TTIP, projet d'article X1 (1) d.

48 Commission européenne, *REFIT: pour une réglementation de l'UE bien affûtée*, 12 décembre 2012 p. 4.

49 CETA, article 21.4 (o) : « conducting post-implementation reviews of regulations or policies »; CETA article 21.4 (r) : « identifying the appropriate approach to reduce adverse effects of existing regulatory differences on bilateral trade and investment in sectors identified by a party »

50 Draft TTIP chapter on good regulatory practices, article 7, 21 mars 2016 : « Each party shall offer the opportunity for any natural or legal person to submit view to the relevant regulatory authority on improvements to existing regulatory frameworks »

51 L. GUILLENTGUY, « les structures institutionnelles de coopération réglementaire dans les nouveaux accords commerciaux de l'UE », Présentation lors du colloque « Partenariats transpacifique et transatlantique à l'ère de l'interconnexion », UQUAM-Université de Rennes, Université d'Ottawa, 16-17-18 novembre 2016.

52 Commission européenne, Plateforme REFIT < https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/overview-law-making-process/evaluating-and-improving-existing-laws/reducing-burdens-and-simplifying-law/refit-platform/role-structure-and-working-methods-refit-platform_fr > consulté le 18 mai 2017.

53 TTIP, « EU proposal for chapter : regulatory cooperation » X.6 §2.

54 TTIP, « EU proposal for chapter : regulatory cooperation » X.6 §3; Commission européenne, Plateforme REFIT: <http://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/lighten-load_fr >, consulté le 18 mai 2017

Enfin, le « forum de coopération réglementaire » instauré par le CETA,⁵⁵ et le mécanisme institutionnel du même type (initialement dénommé « organe/conseil de coopération réglementaire » dans les premières propositions de la Commission sur lesquelles elle est depuis revenue) envisagé dans le TTIP⁵⁶ sont des structures dont la composition et le rôle transversal et consultatif s'apparentent fortement à celui du « comité d'examen de la réglementation » instauré au moment de l'adoption du paquet « Mieux légiférer » de 2015⁵⁷.

Les outils de cette gestion dynamique du stock législatif portés par l'Union sur la scène globale présentent une différence importante avec ceux utilisés au niveau interne liée à la différence de nature des coûts visés par ces mécanismes. Alors qu'au niveau interne, il s'agira de ceux qui sont induits par l'existence de dispositions législatives ou réglementaires inadaptées ou obsolètes, il s'agira au niveau international de ceux qui pèsent sur les échanges de biens, de services et d'investissements du fait des divergences substantielles de réglementation entre l'Union et ses partenaires commerciaux⁵⁸. Cette différence entraîne une crainte liée à la remise en question de normes valides et équilibrées sur le simple fondement de leur incompatibilité avec une norme étrangère. De nombreuses critiques liées à cette crainte ont été exprimées dans le contexte des négociations du TTIP, dont les ambitions annoncées en matière de coopération réglementaire étaient les plus poussées, notamment sur le plan de leur institutionnalisation. La Commission a insisté sur le fait que ces mécanismes ne pourront pas remettre en question la poursuite par les parties d'objectifs internes de politiques publiques et le choix les moyens les plus appropriés pour y parvenir⁵⁹. Malgré ces garanties affichées par la Commission, les critiques quant à la légitimité de ces mécanismes restent vives. Ils pourraient, selon certains auteurs, sinon court-circuiter, du moins sensiblement affecter les pouvoirs décisionnels des garants institutionnels de la représentativité démocratique⁶⁰. Pour d'autres commentateurs, les contraintes que les parties acceptent volontairement de s'imposer dans le cadre de la coopération réglementaire, sont largement compensées par les gains en matière d'efficacité de la réglementation et de la législation adoptée dans un contexte global⁶¹.

La coopération réglementaire, lorsqu'elle concerne la gestion du stock législatif, voit donc s'opposer presque frontalement les partisans d'une légitimité fondée principalement sur la représentativité et ceux pour qui la légitimité repose sur l'efficacité. C'est donc dans une logique de conciliation que l'Union a mis l'accent dans le TTIP sur la recherche d'une plus grande légitimité procédurale, en se penchant principalement pour cela sur des principes de gestion homogène des flux législatifs.

55 CETA, article 21.6 §1

56 TTIP, Annexe de la proposition révisée de chapitre sur la coopération réglementaire, 21 mars 2016.

57 Commission européenne, *Comité d'examen de la réglementation : mission, tâches et composition*, COM (2015), 3262 final, 19 mai 2015.

58 La commissaire Malmström les qualifie dans un discours prononcé le 19 mars 2015 de « unnecessary differences between different countries' regulations » (Trade in the 21st Century : the challenge of regulatory convergence) ; Dans le CETA l'article 21, 2 §4 mentionne: "unnecessary barriers to trade and investment".

59 Draft TTIP, « Proposal for a chapter on regulatory cooperation », préambule: "... does not reduce, undermine or otherwise compromise the level of protection in the relevant public policy areas", article 1, (b) "to contribute to the parties' activities pursuing public policy objectives ... Whilst facilitating trade and investment"; Annex – institutional set up for implementation: "All provisions of the regulatory cooperation chapter will be applied in full respect of the right to regulate to achieve public policy objectives".

60 S. LESTER et I. BARBEE, "The challenge of cooperation: Regulatory trade barriers in the Transatlantic Trade and Investment Partnership", *Journal of International Economic Law*, Vol. 16, n° 4, p. 847-867, 2013, p. 865

61 J. B. WIENER et A. ALEMANNI, "The future of international regulatory cooperation: TTIP as a learning process toward a global policy laboratory", *Law and Contemporary Problems*, Vol. 78, n° 4, p. 101-134, 2015

2.2 La promotion des bonnes pratiques législatives : la gestion du flux

C'est davantage sur le terrain du flux législatif, constitué des actes en cours d'adoption ou non encore formellement proposés, que l'Union va pouvoir exporter son modèle réglementaire en se basant sur une légitimité tenant à la qualité de son modèle décisionnel et de ses procédures réglementaires. De la même manière que nous avons pu déceler des similarités entre le programme REFIT et les mesures destinées à modifier le stock réglementaire de l'Union et de ses partenaires commerciaux, nous pouvons faire plusieurs parallèles entre les principes encadrant les pratiques législatives et réglementaires prévues dans la communication de 2015 et repris dans l'accord interinstitutionnel de 2016, et ceux intégrés dans les chapitres (ou projet de chapitres) concernant les « bonnes pratiques réglementaires » du TTIP et du CETA⁶². Le titre II de l'accord interinstitutionnel d'avril 2016 sur la « programmation annuelle et pluriannuelle » (articles 4 à 11) fait ainsi écho aux mécanismes d'échange d'information précoces prévus dans le CETA⁶³ et dans le projet de chapitre « *good regulatory practice* » du TTIP proposé par la Commission⁶⁴. Les dispositions sur les procédures de consultation de l'accord interinstitutionnel⁶⁵ se reflètent quant à elles dans celles du CETA⁶⁶ et du TTIP⁶⁷ qui prévoient l'ouverture du processus décisionnel aux parties prenantes. Les éléments du même accord interinstitutionnel concernant les études d'impact⁶⁸ correspondent en substance à ce qui est intégré dans le projet de chapitre du TTIP⁶⁹ et dans le CETA⁷⁰ s'agissant de l'évaluation des effets des mesures sur les acteurs à qui elles sont destinées. La Commission vise donc à faire des éléments de son programme « Mieux légiférer » des standards internationaux en matière de bonne pratique normative. Par-là, elle légitime son action interne en la présentant comme un modèle et influence également les procédures externes dans un sens qui lui est globalement favorable puisqu'elle favorise la convergence des normes dans le fond par le biais d'un rapprochement de leur mode d'élaboration.

Une réserve peut être apportée à cette démarche de transposition de ce type d'outil du programme « Mieux légiférer », du plan interne vers le plan externe. En effet, la critique générale adressée au chapitre sur la coopération réglementaire concerne leur manque de légitimité fondée sur la représentativité démocratique. En réponse à ce déficit structurel, des mesures procédurales

62 Dans le TTIP, cette distinction entre « coopération réglementaire » et « bonnes pratiques réglementaires » est clairement matérialisée (du moins dans les dernières propositions de mars 2016). Dans le CETA en revanche, ces deux aspects sont mélangés au sein d'un même chapitre (chapitre 21) dont l'objectif est mentionné à l'article 21, 4 §c « promote transparent, efficient and effective regulatory processes that support public policy objectives and fulfil the mandates of regulatory bodies, including through the promotion of information exchange and enhanced use of best practices ».

63 CETA article 21. 4. (b) ; (f – i et ii) ; article 21.6 ; et surtout article 21.7 « the parties shall periodically exchange information of ongoing or planned regulatory projects in their areas of responsibility »

64 TTIP, “EU proposal for chapter: good regulatory practices”, article 3 ‘Internal coordination’: “each party shall maintain internal coordination processes or mechanisms in order to foster good regulatory practices, including *transparent planning*, stakeholder consultation, impact assessments and retrospective evaluations of regulatory acts”. Article 5 § 1 : “each party shall make publicly available at least once a year a list of planned major regulatory acts. Such list shall provide information on the scope and objectives of the regulatory acts”

65 Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » 13 avril 2016, I.2. JOUE, L 123/2, partie III, article 19

66 CETA, article 21.8 « ... each Party or the Parties may consult, as appropriate, with stakeholders and interested parties ... »

67 TTIP, “EU proposal for chapter: good regulatory practices” article 6 (§1 à §4): “stakeholder consultation” et article 7 “feedback on the existing regulatory framework”.

68 Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » 13 avril 2016, I.2. JOUE, L 123/2, titre III articles 12 à 18

69 TTIP, “EU proposal for chapter: good regulatory practices”, article 8

70 CETA, « Chapter 21: Regulatory cooperation », article 21.4, a) § 4

visant à augmenter la transparence des processus législatifs et réglementaires et à associer aux processus décisionnels des représentants plus variés des différents intérêts qui seraient impactés par ces accords ont été proposées. Ce type de réponse procédurale, apportée à une question de légitimité démocratique, particulièrement prégnante dans le contexte de la politique commerciale, semble avoir un impact limité. Son degré devra être particulièrement avancé s'il veut pouvoir au moins partiellement compenser les problèmes de déficit de représentativité inhérents aux mécanismes de coopération réglementaire⁷¹.

La question de la légitimité de l'action de l'Union dans le domaine de la politique commerciale appelle une réponse globale. Celle-ci devra à la fois s'appuyer sur des ressorts classiques en misant sur la poursuite de résultats et une amélioration de la participation et de la représentation des citoyens, et à la fois innovante en se fondant sur des éléments de légitimation par une modernisation des procédures. Ce dernier vecteur de légitimité trouve des outils intéressants dans le contexte du programme « Mieux légiférer », utilisé de façon soutenue par l'Union en matière commerciale.

À l'heure actuelle, force est de constater que la légitimité de la PCC est toujours ébranlée en pratique. Des doutes peuvent donc être exprimés quant à l'efficacité de l'approche de légitimation par la procédure pour la renforcer. L'origine de ces doutes est déjà présente dans la théorie générale de la légitimité procédurale elle-même. En effet, il y est souligné un paradoxe inhérent à celle-ci : le respect et la qualité des procédures ne renforcent pas chez les citoyens le sentiment de légitimité, même si à l'inverse leur violation ou leurs défauts ont pour conséquence de faire disparaître cette légitimité quand elle existait⁷². La légitimité procédurale que les initiatives en matière de « Mieux légiférer » peut apporter à la PCC n'est donc pas la panacée.

La recherche de l'équilibre entre une politique commerciale, dans laquelle les citoyens se sentent suffisamment représentés, et où cette représentation ne se traduit pas par une perte trop importante d'efficacité, reste donc à trouver. Un acteur dont le rôle en la matière était jusqu'ici plutôt secondaire pourrait acquérir une influence considérable dans ce contexte. Il s'agit de la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci a en effet récemment pris deux décisions importantes concernant la politique commerciale commune, qui vont dans le sens de certaines demandes de la société civile en faveur d'une plus grande légitimation de l'action normative de l'Union dans ce domaine. La première concerne l'initiative citoyenne « stop TTIP »⁷³, la seconde l'accord commercial UE-Singapour⁷⁴. Dans la première affaire, le Tribunal sanctionne la Commission qui avait refusé d'examiner une initiative citoyenne visant à proposer au Conseil de revenir sur son mandat de négociation octroyé à la Commission au motif que cette demande sortait du cadre fixé par les règles

71 On peut par exemple imaginer faire participer des représentants du Parlement européen et/ou des Parlements nationaux au sein des forums de coopération réglementaire pour favoriser cette représentativité.

72 V. SCHMIDT « Democracy and legitimacy in the European Union revisited: input, output and 'throughput' » *Political Studies*. Vol.61, 2013, p.3.

73 Trib. UE, 10 mai 2017, *Michael Efler c./ Commission*, T-754/14.

74 CJUE, Avis 2/15, 16 mai 2017.

relatives à l'ICE. Dans la seconde, la Cour délimite le champ des compétences exclusives de l'Union dans le contexte des négociations d'accords commerciaux en excluant de celui-ci la protection des investissements. Ceci laisse entre les mains des États (et donc de leurs parlements nationaux), la charge de ratifier ce type de mécanisme dont la place dans les traités commerciaux internationaux est aujourd'hui incontournable. Dans les deux cas, les décisions du juge de l'Union octroient aux citoyens ou à leurs représentants un pouvoir plus important dans la conduite de la PCC, renforçant ainsi la légitimité fondée sur la représentativité au risque d'une certaine perte d'efficacité.