HAL
open science

Les principes du “ mieux légiférer ” dans les domaines de l’environnement et de la santé : quel bilan ? quelles perspectives

Estelle Brosset

▶ To cite this version:

Estelle Brosset. Les principes du “ mieux légiférer ” dans les domaines de l’environnement et de la santé : quel bilan ? quelles perspectives. N. Rubio (Dir.), La fabrication du droit de l’Union européenne dans le contexte du mieux légiférer, pp.157-173, 2018. hal-01790733

HAL Id: hal-01790733
https://hal.science/hal-01790733v1

Submitted on 12 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les principes du « Mieux légiférer » dans le domaine de l'environnement et de la santé Quel bilan ? Quelles perspectives ?

Estelle Brosset[1]

Résumé

Si les contours conceptuels du « Mieux légiférer » sont souvent décryptés, ses conséquences pratiques le sont moins souvent alors même que d'une telle analyse est essentielle, voire plus importante que la première. Y répondre exige de dresser le bilan de l'application des principes du « Mieux légiférer » dans les différents pans du droit de l'Union. Dans cette contribution, il s'agira de dresser le bilan dans les domaines du droit de l'environnement et de la santé. À l'analyse, la conclusion ne fait pas de doute : la mise en application desdits principes a été et est importante dans ces matières ce qui peut aisément s'expliquer par la correspondance forte entre les exigences du Mieux légiférer et un grand nombre des principes structurants de ces domaines. Logiquement, eu égard à cette généreuse application, des débats, parfois cruciaux, à propos du programme « Mieux légiférer », de ses outils comme de ses logiques ont été, dans ces deux domaines, révélés et un certain nombre de réponses éprouvées. Les domaines de l'environnement et de la santé font donc tout à la fois apparaître une mise en application (1) et une mise en tension (2) des principes du « Mieux légiférer ».

Abstract

If the abstract outlines of the "Better regulation Initiative" are often analysed, its practical consequences are it less often even though such an analysis is essential, even more important than the first one. To answer, it require to evaluate the implementation of the "Better regulation" principles in the various pieces of the European Union Law. In this contribution, an overview of the implementation in the environmental and health fields will be given. The conclusion is the following one: the implementation in this fields was and will be important what can be easily explained by a high degree of compatibility between this principles and the structural principles in these fields. Logically, number of questions, sometimes crucial, about the "Better regulation Initiative", its tools, its rationality, were, in the environmental and health fields, revealed and some answers given. In brief, in these fields, an application (1) and, at the same time, a "tensionning" (2) of the "Better regulation" principles can be observed.

1 Professeure de droit public, Chaire Jean Monnet, Aix Marseille Univ, Université de Toulon, Univ Pau & Pays Adour, CNRS, DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France.

> « Promis, juré, on ne l'y reprendra plus. La main sur le cœur, la Commission européenne assure qu'elle a rompu avec ses vieux démons, le trop-plein de réglementations. Fini le temps où elle décidait de la taille et du poids que devaient avoir toutes les cucurbitacées d'Europe, elle veut désormais alléger le fardeau administratif. Qu'on ne compte plus sur elle pour tendre le concombre pour se faire battre ! Le maître mot de sa nouvelle approche […] : « rendre la législation européenne plus légère, plus simple et moins chère[2]. »

« En parallèle de sujets prééminents sur les questions économiques, migratoires ou internationales, d'autres initiatives publiques liées à la politique européenne quotidienne et son processus décisionnel ordinaire […] ont été enclenchées de manière relativement inaperçue »[3]. C'est le cas de l'initiative en faveur du « Mieux légiférer » et dès lors, on ne peut que se féliciter que des ouvrages lui sont consacrés[4]. Pourtant, une telle initiative est loin d'être nouvelle. Certes, il y a peu, à l'occasion du discours du président Juncker sur l'état de l'Union en 2016, la Commission présentait les progrès déjà réalisés et les mesures à prendre[5] dans le cadre de l'application du programme « Améliorer la réglementation » présenté un an plus tôt[6]. Et quelques mois plus tôt, était adopté, le 13 avril 2016, entre le Parlement, le Commission et le Conseil, l'accord interinstitutionnel précisément intitulé « Mieux légiférer »[7]. Toutefois, depuis plus de dix années, le « Mieux légiférer » est clairement un objectif politique affiché dans l'Union, particulièrement, mais pas seulement, du côté de la Commission européenne. Pour s'en convaincre, il suffit de citer le Livre blanc sur la gouvernance de 2001[8], la Communication de la Commission sur la « Gouvernance européenne : Mieux légiférer »[9] ou encore l'accord institutionnel « Mieux légiférer » de 2003 entre le Parlement, le Conseil et la Commission[10].

Reconnaissons-le, *in abstracto*, l'initiative a de quoi intriguer, l'adjectif « mieux » étant pour le moins minimaliste, indiquant simplement que la réglementation doit être meilleure, plus convenable. La formule devait donc être définie. Parmi plusieurs définitions, dans le dernier accord interinstitutionnel, les trois institutions conviennent, pour mieux légiférer, « de promouvoir la simplicité, la clarté et la cohérence dans la rédaction de la législation de l'Union, ainsi que la plus grande transparence du processus législatif […] (et) prévoir des exigences appropriées en matière d'information, de suivi et d'évaluation, (et) d'éviter la réglementation excessive et les lourdeurs administratives ». Les objectifs

2 R. Honoré, « L'Europe et le complexe du concombre », *Les Echos*, 03.10.2003.
3 C. De Marcilly, M. Touillon, « Programme "Mieux légiférer" : l'expertise surpasse-t-elle le politique ? » *Question d'Europe* n° 370, 9.11.2015.
4 Comme celui-ci mais voir également : F. Peraldi-Leneuf, S. De la Rosa (éd.), *L'Union européenne et l'idéal de meilleure législation*, Cahiers européens, Pedone, 2013, 246 p.
5 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, *Améliorer la réglementation: de meilleurs résultats pour une Union plus forte*, COM (2016) 0615 final.
6 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – Un enjeu prioritaire pour l'UE,* COM (2015) 215 final.
7 Accord interinstitutionnel entre le Parlement européen, le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne « Mieux légiférer », *JO* L 123 du 12.05.2016, p. 1–14.
8 COM (2001) 428 final.
9 COM (2002) 275 final/2.
10 Accord interinstitutionnel, « Mieux légiférer », *JO* n° C 321 du 31.12.2003, p. 1-5.

sont finalement assez classiques, dépassant de loin l'Union et son droit[11] : il s'agit en effet « tout à la fois de réduire le poids des réglementations – réglementer moins (*smart regulation)* – et d'améliorer leur contenu – réglementer mieux (*better regulation*) »[12]. Le « mieux » renvoie clairement à ces deux aspects. On doit d'ailleurs toutefois admettre que le premier aspect a été, depuis quelques années, nettement valorisé dans les documents de la Commission en le reliant à un objectif particulier, celui de la croissance et des emplois[13]. « Le programme d'action sur la réduction des charges administratives, lancé en 2007 par la Commission Barroso I, a initié une forme de rupture […] dans la mesure où il établit un lien de causalité entre charge réglementaire et compétitivité. L'objectif de qualité cédait alors sa place à un objectif utilitariste de la réglementation : aider les entreprises à se positionner dans la compétitivité internationale en diminuant les coûts de conformité »[14]. En 2012, le lancement du programme REFIT[15] pour une réglementation affûtée et performante[16] confirme la nouvelle configuration puisque le programme vise de manière affichée à supprimer les coûts inutiles générés par la réglementation (c'est-à-dire les charges). Le Mieux légiférer se confond donc de plus en plus souvent à du « moins » légiférer avec toutes les critiques que ce glissement peut susciter tant du point de vue de son principe que de son résultat. En effet, il n'est pas anodin, au plan du principe, de considérer la réglementation comme une charge et en tous les cas, cette assimilation mérite d'être discutée. Surtout, du point de vue de ses résultats, cette assimilation ne produit pas mécaniquement l'effet escompté puisque « tout passage d'un état A du cadre juridique à un état B présentant moins de complexité et de textes nécessite de nouveaux textes et arbitrages et donc produit finalement un volume supérieur de textes »[17].

Quoique discutables, les contours conceptuels du « Mieux légiférer » apparaissent donc avec une relative netteté. Tel n'est pas le cas des conséquences pratiques, empiriques alors même que cette question est tout autant, voire sans doute plus, importante que la première. Y répondre exige de dresser le bilan de l'application du programme dans les différents pans du droit de l'Union ce qui est ambitieux. Dans cette contribution, il s'agira de dresser le bilan dans les domaines du droit de l'environnement et de la santé. *A priori*, de tels domaines pouvaient pourtant paraître « contre-intuitifs » pour une réflexion sur le « Mieux légiférer ». Il faut dire que, dans une vue générale, l'émergence d'une prise en compte par les pouvoirs publics d'une préoccupation en termes de rationalisation de l'action publique, d'une part, et de prise en compte de la protection de l'environnement et de la santé d'autre part, se fait à peu près à la même période[18] à tel point que « moderniser un

11 M. Fatin-Rouge Stefanini, L. Gay, J. Pini (éd.), *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, coll. À la croisée des droits, 2010, 328 p.

12 On les retrouve, sous des formes diverses, dans la plupart des droits nationaux : J. Chevallier, « La simplification de l'action publique et la question du droit », *Revue française d'administration publique*, 1/2016 (N° 157), p. 205-214.

13 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne*, COM/2005/0097 final.

14 E. Van den Abeele, « The better regulation agenda : a 'new deal' in the building of Europe? European social policy », *Policy Brief*, 1/2009, Bruxelles, ETUI.

15 Communication de la Commission, *Pour une réglementation de l'UE bien affûtée,* COM/2012/0746 final.

16 « REFIT» pour « *Regulatory Fitness and Performance Programme*».

17 B. Du Marais, « Simplifier le droit : du mythe de Sisyphe à l'horticulture juridique ? », *Revue française d'administration publique*, 1/2016 (N° 157), p. 183-204.

18 C. Blatrix, « Moderniser un droit moderne ? Origines et significations de la simplification de l'action publique environnementale », *Revue française d'administration publique*, 1/2016 (N° 157), p. 67-82.

droit moderne »[19] pouvait paraître quelque peu incongru. Toutefois, en regardant plus finement, on constate sans difficulté que la modernité des droits de l'environnement et de la santé, notamment (mais pas seulement) de l'Union européenne, doit être sérieusement relativisée. C'est en 1985 puis 1992 qu'ont été attribuées à l'Union des compétence en ces matières. Or, 1985, 1992, ce n'est plus hier ! Et surtout, bien avant ces dates, existait dans l'Union européenne un acquis notable en ces matières rendu possible par le recours important à d'autres compétences, particulièrement la compétence en matière de marché intérieur (article 114 TFUE)[20]. Il n'est dès lors pas surprenant de repérer également des exemples d'application du programme « Mieux légiférer » en ces matières, l'exemple le plus médiatisé ayant été l'annonce par la Commission dans le cadre de son programme de travail pour l'année 2015[21] de son intention de retirer de son programme de travail les paquets « air pur » et « déchets » (soit l'instrument législatif du paquet « économie circulaire »). Cette proposition de retrait a été rapidement et vivement critiquée[22]. Et pourtant[23], le paquet sur l'économie circulaire a été tout de même retiré par la Commission, sauf quelques éléments[24]. Or, la Commission justifia un tel retrait précisément par l'approche « Mieux légiférer », soulignant qu'un tel retrait « réduit la bureaucratie et supprime des charges réglementaires, contribuant de la sorte à la mise en place d'un environnement propice aux investissements », tout en promettant une approche plus « ciblée » qui la conduirait à faire de nouvelles propositions[25]. Certes, le pouvoir d'initiative revient à la Commission et de ce fait, il est logique qu'elle dispose également du droit de retirer sa proposition ce que la Cour a elle-même confirmé. Il n'en demeure pas moins, qu'un tel retrait a marqué les esprits. Dans ce contexte, que les critiques[26] et la vigilance[27] à l'endroit du Mieux légiférer soient, dans ces matières, devenues fortes n'étonne guère.

Il convenait toutefois, au-delà de cet exemple fortement médiatisé, d'examiner, dans une perspective d'ensemble, si et comment le « Mieux légiférer » a été mis en œuvre dans ces domaines. À l'examen, la conclusion ne fait pas de doute : la mise en application a été et est importante dans ces matières ce qui, de notre point de vue, peut aisément s'expliquer par la correspondance forte entre

19 C. Blatrix, « Moderniser un droit moderne ? Origines et significations de la simplification de l'action publique environnementale », *ibidem.*

20 V. michel, « Les objectifs à caractère transversal », in E. neframi (éd.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 113.

21 Voir l'annexe de la Communication de la Commission, *Programme de travail pour l'année 2015*, COM (2014) 910 final.

22 Lors du Conseil (Environnement) du 17 décembre 2014, les délégations nationales se sont majoritairement opposées au retrait. Du côté du Parlement européen, l'ensemble des groupes politiques a été également très critique par rapport au retrait. Le Parlement européen n'a pas cependant réussi à rassembler la majorité nécessaire en séance plénière pour adopter une résolution sur l'ensemble des intentions annoncées par la Commission pour son programme de travail. Cependant, le président de la commission ENVI, Giovanni LaVia (PPE – IT) a envoyé une lettre très claire au vice-Président Timmermans le 18 décembre 2014.

23 E. Van den Abeele, « *Mieux légiférer » : une simplification bureaucratique à visée politique*, Working Paper, 2015.04, p. 52-53.

24 Pour ce qui concerne le paquet « air pur », il dut toutefois renoncer à retirer la directive sur les plafonds d'émissions nationaux (NEC), la Commission annonçant qu'elle serait susceptible de l'amender à un stade ultérieur. Il dut également renoncer à retirer la proposition de directive sur les émissions des installations de combustion de taille moyenne.

25 Il faut signaler que, comme annoncé par la Commission au moment du retrait, un plan d'action et des nouvelles propositions législatives en faveur d'une économie circulaire ont été publiés le 2 décembre 2015 : Voir la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 2 décembre 2015 : *Boucler la boucle – Un plan d'action de l'Union européenne en faveur de l'économie circulaire* (COM (2015) 614 final).

26 Les rapports, études et prises de position des parties intéressées sont nombreux et leur titre évocateur : voir pour exemple le rapport de l'Institut pour la politique européenne environnementale : « *For Better or for Worse ? The EU's 'Better Regulation' Agenda and the Environment* » disponible à l'adresse : http://www.ieeplondon.org.uk/assets/476/FinalReport_pdf10.pdf.

27 On pense à la création, en réponse à la présentation par la Commission de son programme, par les organisations de la société civile d'une plateforme de surveillance nommée « Better regulation Watchdog » visant à s'assurer que l'agenda ne serait pas mis au service d'un affaiblissement des législations européennes notamment en matière de droit des consommateurs et des citoyens ainsi qu'en matière d'environnement : http://www.betterregwatch.eu/.

les exigences du Mieux légiférer et un grand nombre des principes structurants de ces domaines. Logiquement, eu égard à cette généreuse application, des débats, parfois cruciaux, à propos du programme « Mieux légiférer », de ses outils comme de ses logiques ont été révélés, parfois même ces secteurs ont permis de fournir quelques réponses. Les domaines de l'environnement et de la santé font donc tout à la fois apparaître une mise en application (1) et une mise en tension (2) des principes du Mieux légiférer.

1) La mise en application des principes du « Mieux légiférer »

Il n'est pas utile, eu égard aux déjà nombreuses contributions sur ce thème, de revenir sur ce qu'implique précisément le « Mieux légiférer », simplement rappeler qu'il est, en règle générale, associé à au moins quatre grands principes : la réduction des charges réglementaires et administratives, l'évaluation de l'impact *ex-ante*, l'évaluation *ex-post* d'une législation et la consultation des parties prenantes. Or pour ces quatre grands principes, la mise en application est tout à fait importante et à cet égard, les domaines de l'environnement et de la santé fournissent des exemples emblématiques (1.1). Cela n'est guère surprenant. En effet, les principes du « Mieux légiférer » croisent souvent les principes structurants des droits de l'environnement et de la santé au point que la mise en application était en quelque sorte attendue, naturelle (1.2).

1.1 Une importante mise en application

Suivant les principes du « Mieux légiférer » cités juste avant, il est possible de trouver, pour chacun, de nombreux exemples d'application dans le domaine de l'environnement et de la santé. Pour des raisons bien compréhensibles dans le cadre d'une simple contribution à un ouvrage, nous n'en citerons que quelques uns.

S'agissant du premier principe, de réduction des charges règlementaires et administratives, les exemples sont en effet tout à fait nombreux car plusieurs révisions de textes de l'Union en matière de santé ou d'environnement ont été animées, entre autres, par un tel objectif. Pour ne prendre qu'un exemple, l'adoption en 2006 du règlement REACH relatif à l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques[28] est tout à fait évocateur. L'adoption d'un tel règlement avait en effet pour objectif de rassembler en un texte, sous la forme d'un règlement, un vaste *corpus* règlementaire (près de 40 textes) auparavant quasiment exclusivement constitué de directives[29]. Il avait également pour objectif d'en modifier, de manière assez radicale, les obligations principales avec pour souci premier de ne pas faire peser sur l'industrie chimique de charges réglementaires excessives, notamment en substituant au dispositif précédent d'autorisation de mise sur le marché

28 Règlement (CE) n° 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 *concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH) et instituant une agence européenne des produits chimiques*, *JO* n° L 396, 30.12.2006, p. 1–850.

29 D'ailleurs, l'une des toutes premières réglementations en matière de protection de l'environnement, alors même que les traités ne reconnaissaient aucune compétence à la Communauté dans ce domaine, couvre cette matière et prenait la forme d'une directive : Directive 67/548/CEE, 27 juin 1967 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives *relatives à la classification, l'emballage et l'étiquetage des substances dangereuses* (*JO* 196 du 16.08.1967, p. 1–98).

un système d'enregistrement (et donc de communication des données par l'industriel) gradué en fonction des quantités produites[30]. On notera d'ailleurs que ce règlement continue à fournir une illustration de l'application du « Mieux légiférer ». En effet, dans son programme pour 2016[31], la Commission a fait apparaître parmi ses initiatives dites REFIT, une initiative relative au règlement REACH qui vise l'adoption d'un règlement d'exécution de la Commission relatif à la simplification de la procédure d'autorisation prévue par exception dans le cadre dudit règlement…[32].

Le principe de l'évaluation *ex-ante* et *ex-post* qui fait partie du noyau dur du « Mieux légiférer » connaît également des applications nombreuses dans les domaines de l'environnement et de la santé. D'abord, le domaine de l'environnement et de la santé fournit quelques exemples pour le moins précurseurs tout autant qu'archétypales de la pratique de l'analyse d'impact, instrument central de l'évaluation *ex ante*. Pour reprendre l'exemple précédent, cela a été par exemple le cas des analyses d'impact réalisées préalablement à l'adoption du règlement REACH[33]. Et pour cause, outre l'analyse d'impact – déjà très détaillée – de la Commission, le secteur industriel a obtenu, de façon tout à fait exceptionnelle, le feu vert de la Commission pour la réalisation de deux études d'impact supplémentaires afin de pronostiquer non seulement les coûts mais aussi les gains attendus par cette nouvelle réglementation. En outre, de telles analyses ont clairement joué un rôle clef dans l'adoption du règlement[34]. S'agissant du principe de l'évaluation *ex-post*, les domaines de l'environnement et de la santé offrent également plusieurs exemples. Et pour cause, un grand nombre de bilans de qualité – outils de l'évaluation *ex post* – ont été lancés dans les domaines de l'environnement et de la santé. Le *fitness check* des directives Habitats et oiseaux a ainsi été particulièrement remarqué tant les craintes ont été nombreuses à son endroit[35]. Toutefois, le rapport d'évaluation rendu en mars 2016[36] conclut à l'efficacité des directives non seulement du point de vue de leur mise en œuvre juridique, mais également du point de vue de l'efficacité réelle de ces dernières sur la protection des oiseaux sauvages et des habitats. En effet, 52 % des espèces d'oiseaux sont en sécurité pour 17 % menacées et

30 L'enregistrement n'est en effet obligatoire que si la substance est présente dans les produits dans des quantités supérieures au total à 1 tonne par producteur ou importateur par an. Le volume détermine en outre les obligations afférentes à l'enregistrement pour l'industriel puisqu'entre 1 et 10 tonnes par an et par producteur et importateur, elles sont singulièrement allégées et le délai pour s'y conformer est allongé. Au-delà de cette condition de volume, il est nécessaire que la substance réponde aux critères de classification des substances dangereuses et qu'elle soit destinée à être rejetée dans des conditions normales et raisonnablement prévisibles d'utilisation. Si la libération d'une substance dangereuse n'est pas intentionnelle et si la quantité rejetée peut avoir des effets nocifs sur la santé, un dispositif minimal est prévu : les substances doivent être notifiées et, à la suite de la notification, il est possible de décider de soumettre celles-ci aux obligations du règlement.

31 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Programme de travail de la Commission pour 2016 : L'heure n'est plus à une gestion conventionnelle*, COM/2015/0610 final.

32 Rappelons qu'une procédure d'autorisation est prévue pour certaines substances considérées comme des substances extrêmement préoccupantes même celles non enregistrées, notamment les substances produites en quantité inférieure à une tonne par an. Il s'agit d'abord des substances cancérigènes, mutagènes et toxiques pour la reproduction (CMR) de catégorie 1 (toxicité avérée) et 2 (forte présomption de toxicité) et des substances persistantes, bio-cumulatives et toxiques (dites PBT ou vPvB). Or, le dossier de demande d'autorisation est substantiel puisque la procédure est prévue pour des substances très risquées. Les coûts afférents sont donc importants. La simplification programmée vise à les diminuer en réduisant les obligations relatives notamment aux demandes d'autorisation pour la production de substances en faibles quantités.

33 P. Schuseil, *Les études d'impact du règlement Reach*, Direction général du Trésor, 2013, disponible à l'adresse : http://www.tresor.economie.gouv.fr/File/396955.

34 Pour une étude précise : voir P. Schuseil, *Les études d'impact du règlement Reach*, *ibidem*.

35 Il faut dire que ce qui est demandé suscite des interrogations. Dans la lettre de mission de J-C. Juncker au Commissaire de l'environnement Karmenu Vella il est dit : « *I would like you to focus on…continuing to overhaul the existing environmental legislative framework…and assess the potential for merging them* [the Birds and Habitats Directives] *into a more modern piece of legislation ». « Le spectre d'un assouplissement des directives sous couvert de leur « modernisation » a suscité une forte mobilisation tant des ONG que du public en faveur d'un maintien des directives – pas moins de 520 000 citoyens ayant participé à la consultation organisée par la Commission dans le cadre de cette procédure* » : C-H. Born, « Chronique de droit européen de la biodiversité – 2014-2015 », *Revue juridique de l'environnement*, 4/2016 (Volume 41), p. 745-786.

36 *Evaluation Study to support the Fitness Check of the Birds and Habitats Directives*, Final Report, March 2016.

15 % en régression ou appauvries[37]. En outre, le rapport conclut que les coûts (5,8 milliards d'euros par an à travers l'Union) des directives sont raisonnables au regard des objectifs poursuivis et des résultats obtenus (bénéfices[38]). Au final, sur cette base, aucune suggestion de changement majeur n'est évoquée dans le rapport.

S'agissant enfin de la consultation des parties prenantes en vue du « Mieux légiférer », là encore les domaines de l'environnement et de la santé offrent des exemples nombreux. Et pour cause, le nombre de consultations du public y est substantiel : par exemple, dans le domaine de l'environnement, il est possible d'en dénombrer 168 closes entre 2000 et 2016 et 4 sont en cours. De plus, dans ce domaine, les consultations donnent souvent lieu à de nombreuses contributions. Un nombre record de 500 000 personnes a ainsi formulé des observations dans le cadre de la révision des directives «Oiseaux» et «Habitats» dont on vient de parler. Notons également que, dans certains cas, la consultation a joué un rôle déterminant dans la formation de la règle. L'exemple du règlement REACH peut être ici à nouveau utilisé. À la suite de son Livre blanc sur le sujet, la Commission avait en effet organisé une consultation par internet sur un avant-projet de règlement. La participation à la consultation a été importante puisque 6 000 contributions ont été recueillies, en provenance de gouvernements européens, de partenaires commerciaux de l'Union, de l'industrie, des ONG. Or, les principales préoccupations exprimées dans ces contributions concernaient en partie les coûts du système d'enregistrement des substances chimiques[39]. Suite à ces réactions, la Commission a adopté en 2003 une nouvelle proposition fortement amendée avec pour objectif une diminution des coûts (notamment par la modulation des obligations en fonction d'un tonnage révisé). Depuis l'adoption du règlement REACH, les parties prenantes continuent d'ailleurs à participer à sa mise en application[40].

1.2 Une naturelle mise en application

L'application importante des principes du « Mieux légiférer » dans ces domaines peut s'expliquer sans grande difficulté. Elle est reliée au fait que de tels principes, particulièrement celui de l'évaluation et celui de la consultation, se combinent idéalement avec les principes propres au domaine de l'environnement et de la santé.

37 Les espèces d'oiseaux communs présents en zone rurale, plus particulièrement dans les zones agricoles, sont les plus susceptibles de voir leur population décliner. Seuls 16% des habitats montrent un statut de conservation favorable, tandis que la plupart des autres un statut seulement défavorable, inadéquat (47%) ou défavorable, médiocre (30%) : *Evaluation Study to support the Fitness Check of the Birds and Habitats Directives*, Final Report, March 2016, p. 23.

38 La protection et l'amélioration des statuts des habitats et des espèces constituent les bénéfices essentiels de la mise en œuvre des directives mais ils contribuent également à l'amélioration des prestations des services écosystémiques, estimées à 200 à 300 milliards d'euros par an ainsi qu'à des bénéfices aux économies locales, par la création d'emplois et le tourisme.

39 J-N. Jouzel, P. Lascoumes, « Le règlement REACH, une politique européenne de l'incertain », *Politiques européennes,* 2011, 33 (1), p.185-214.

40 Elles ont un rôle au sein de l'*ECHA Management Board (*Le conseil d'administration) composé comme suit : 28 membres des États membres de l'UE ; 3 représentants de la Commission ; 2 représentants du Parlement européen et observateurs représentant les parties intéressées. Elles ont également un rôle *via* les comités techniques (comité d'analyse socio-économique ou le comité d'évaluation des risques). Les parties prenantes apportent également leur contribution à l'évaluation socio-économique grâce aux périodes de commentaires. Elles sont également impliquées dans la révision régulière des annexes de REACH. En effet, par exemple, une procédure de consultation est prévue pour les propositions réglementaires de restriction d'utilisation.

Le premier exemple concerne l'évaluation *ex ante* et le mécanisme de l'analyse d'impact qui coïncident parfaitement avec un principe d'importance pour ces domaines, le principe d'intégration des considérations environnementales et sanitaires dans toutes les politiques de l'Union. Ce principe fait en effet partie des principes premiers d'exercice de la compétence dans le domaine de l'environnement et de la santé[41]. Il ne s'agit pas simplement d'« une déclaration d'intention, (d')un engagement politique destiné à assurer que le développement d'une politique sectorielle ne se fera pas au détriment des principes directeurs d'une autre politique sectorielle »[42]. C'est une obligation juridique de tenir compte des exigences sanitaires et environnementales dans toutes les politiques et actions. « Finalement, ladite politique sectorielle devient, par la clause d'intégration, un objectif de l'Union auquel le législateur européen doit avoir égard en plus des objectifs généraux énoncés à l'article 3 TUE »[43]. Or, aux côtés d'autres instruments[44], l'analyse de l'impact des initiatives législatives de la Commission prises en dehors des domaines de l'environnement et de la santé permet clairement de concrétiser ledit principe. En effet, parmi les impacts envisagés, les incidences positives et négatives associées à l'évolution de l'environnement (telles que l'évolution climatique, la pollution de l'air, de l'eau et du sol, le changement d'affectation des sols, la perte de biodiversité…) sont partie de l'analyse d'impact[45]. Parmi les incidences sociales, les effets sur la santé et la sécurité des individus/populations, y compris sur leur espérance de vie et leur mortalité sont aussi mesurés. Il faut d'ailleurs relever que les impacts sur la santé et l'environnement ont été évalués de manière de plus en plus fréquente, même si l'augmentation[46] a été très progressive[47]. Par exemple, en 2005, un peu plus de 30 % des études d'impact avaient évalué l'incidence environnementale. En 2011, les conséquences environnementales ont été évaluées dans presque 70 % des études d'impact[48]. Ajoutons que le principe de l'évaluation *ex post* dans le cadre du « Mieux légiférer » s'imbrique aussi à un principe ancien et important en matière d'environnement, celui du suivi de l'application des obligations en matière d'environnement. Il faut dire que parmi les dossiers qui ont donné lieu à des procédures formelles d'infraction, l'environnement arrive depuis longtemps en tête[49]. Il n'est dès lors pas étonnant que l'obligation de suivi de l'application des textes adoptés dans ce domaine soit particulièrement développée et depuis longtemps. En 1990, le Conseil européen de Dublin invitait déjà la Commission à utiliser le système des rapports périodiques en vue d'assurer une mise en œuvre effective de l'acquis communautaire en matière de

41 Voir l'article 11 TFUE selon lequel « *Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de l'Union* ». Voir également l'article 37 de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne. Il est énoncé dans une forme très similaire en matière de santé à l'article 168 § 1 TFUE, à l'article 35 de la Charte et à l'article 9 TFUE : « *Dans la définition et la mise en oeuvre de ses politiques et actions, l'Union prend en compte les exigences liées à […] la protection de la santé humaine* »

42 V. Michel, « Les objectifs à caractère transversal », in E. Neframi (éd.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 175.

43 *Ibidem.*

44 Voir les exemples donnés par S. Guigner, *La santé : un enjeu vital pour l'Europe*, Notre Europe, Études et recherches n° 68, 2009, 52 p.

45 Commission européenne, *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact,* 15.01.2009, SEC (2009) 92 p.

46 A. Renda, « Les études d'impact des réglementations de l'Union européenne : état des lieux et pistes de réforme », *Revue française d'administration publique* 1/2014 (N° 149), pp. 79-103

47 C'est ainsi le cas de l'évaluation de l'impact sur la santé : un examen des analyses d'impact réalisées par la Commission pendant deux années (2005-2006) a permis de conclure que plus de la moitié ne mentionnait même pas le mot « santé ». T. Stahl, Is Health Recognised in the EU's Policy Process ? An analysis of the European Commission's impact assessments. European Journal of Public Health, Advance Access Published Online 23 June 2009. https://academic.oup.com/eurpub/article/20/2/176/533636/Is-health-recognized-in-the-EU-s-policy-process-An

48 A. Renda, « Les études d'impact des réglementations de l'Union européenne : état des lieux et pistes de réforme », *op.cit.*

49 C'est encore le cas en 2015 avec 276 procédures d'infraction lancées : Rapport de la Commission, *Le contrôle de l'application du droit de l'Union européenne*, Rapport annuel 2015, le 15.07.2016, COM(2016) 463 final.

protection de l'environnement [50]. Depuis, la plupart des directives prévoient l'obligation pour les États membres de rendre un rapport sur l'application du texte. La directive « Habitats » [51] organise par exemple, un suivi systématique de la mise en œuvre de ses dispositions en imposant, en son article 17, aux États de remettre tous les 6 ans un rapport sur l'application des dispositions prises, les rapports nationaux étant ensuite synthétisés par la Commission dans un rapport soumis aux États membres, au Parlement européen et au Conseil[52]. Il est d'ailleurs révélateur qu'une directive[53] visant, spécifiquement en matière environnementale, à harmoniser et à rationaliser les procédures d'adoption des rapports, ait été adoptée. La création, dès 1992, d'un « réseau pour la mise en œuvre et le contrôle de l'application du droit de l'environnement de l'Union européenne »[54], appelé IMPEL témoigne également de l'importance de la réflexion relative au suivi du droit de l'environnement dans l'Union et d'ailleurs il n'est pas surprenant que IMPEL participe désormais à l'objectif du « Mieux légiférer »[55]. Ajoutons qu'en 2016, année de conclusion de l'accord « Mieux légiférer », la Commission a lancé l'examen de la mise en œuvre de la politique environnementale (Environmental Implementation Review « EIR »), un cycle de deux ans fondé sur l'analyse et le dialogue, dans le but d'améliorer l'application de la politique et de la législation européennes existantes en matière d'environnement dans le cadre duquel elle a publié sa première communication[56].

Second exemple, la consultation des parties prenantes rejoint un principe général d'ouverture et de participation du public qui, dans les domaines de l'environnement et de la santé, est nettement valorisé. La conclusion par la Communauté[57] de la Convention sur l'accès à l'information, à la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement (dite « Convention d'Aarhus ») a, de ce point de vue, représenté un moment décisif dans l'énonciation de ce principe et surtout dans sa transcription sous la forme d'obligations. Un règlement, le règlement n° 1367/2006, a en effet été adopté précisément pour l'application aux institutions et organes de la

50 Conclusions de la Présidence, 25-26 juin 1990, http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-90-2_fr.htm.

51 Directive 92/43 du 21 mai 1992 *concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages*, *JOCE* du 22.07.1992, n° L 206.

52 Rapport de la Commission sur *l'état de conservation des types d'habitats et des espèces conformément à l'article 17 de la directive «Habitats»*, 13 juillet 2009, COM (2009) 358 final – Non publié au *Journal officiel*. Voir plus récemment la Communication au Conseil et au Parlement européen accompagnée d'un rapport technique de l'Agence européenne pour l'environnement faisant le point sur l'évolution de l'état de conservation des centaines d'espèces et de types d'habitats naturels d'intérêt communautaire entre 2007 et 2012, ainsi que sur la contribution du réseau Natura 2000 à la réalisation des objectifs de la directive, COM (2015) 219 final.

53 Directive 91/692 du 23 décembre 1991, *visant à la standardisation et à la rationalisation des rapports relatifs à la mise en œuvre de certaines directives concernant l'environnement*, *JOCE* du 31.12.1991, n° L 377.

54 IMPEL est une structure informelle composée de représentants d'organismes environnementaux ou d'agences de tous les États de l'Union (et de la Norvège, ainsi que de représentants des autorités publiques équivalentes dans les pays candidat). Ce réseau a vocation à permettre l'échange d'informations relatives à l'application et au contrôle du respect des législations sur l'environnement, et également le développement d'approches communes concrètes.

55 Par exemple, dans le cadre d'IMPEL, a été publié un rapport : M. Pallemaerts, P. Ten Brink, A. Farmer, D. Wilkinson, *Developing a checklist for assessing legislation on practicability and enforceability*, IMPEL, Brussels, 2007. Ce rapport a été utilisé pour examiner certaines propositions de révision de directives, par exemple la Directive 96/61/CE du Conseil du 24 septembre 1996 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution ou la Directive 2002/96/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 janvier 2003 relative aux déchets d'équipements électriques et électroniques.

56 Communication, *L'examen de la mise en œuvre de la politique environnementale de l'UE: défis communs et comment conjuguer nos efforts pour produire de meilleurs résultats*, COM (2017) 63 final, le 3.02.2017 : « La présente communication s'accompagne d'une annexe et de 28 rapports EIR par pays. Ceux-ci décrivent les principaux défis et opportunités recensés par chaque État membre dans la mise en œuvre de la politique environnementale et se concentrent sur l'écart qui sépare les obligations juridiques et les accords politiques européens de la réalité du terrain. Les informations factuelles contenues dans les rapports ont été vérifiées par les États membres ».

57 Décision 2005/370/CE du Conseil, du 17 février 2005, *relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, de la convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*, *JO* L 124 du 17.05.2005, p. 1–3.

Communauté des dispositions de la convention d'Aarhus[58]. Or, ce texte prévoit des obligations substantielles qui permettent tout autant de répondre à l'objectif de démocratie environnementale qu'à celui du « Mieux légiférer ». Son article 9 prévoit ainsi que « les institutions ou organes communautaires donnent au public, lorsque toutes les options sont encore possibles, une réelle possibilité de participer au plus tôt à l'élaboration, à la modification ou au réexamen des plans et programmes relatifs à l'environnement par le biais de dispositions pratiques et/ou autres voulues. » L'information du public se fait par des avis au public ou par d'autres moyens appropriés tels que les moyens de communication électroniques et doit porter notamment sur : le projet de proposition, les informations ou de l'évaluation environnementales disponibles relatives au plan ou programme en cours d'élaboration, les détails relatifs aux modalités de participation. Sauf circonstance particulière, un délai de huit semaines au moins doit être laissé pour la présentation d'observations. Il est évidemment prévu que les institutions et organes de l'Union tiennent dûment compte du résultat de la participation du public qui doit être informé des motifs et des considérations fondant la décision. On fera d'ailleurs remarquer la parenté entre ce processus et celui prévu dans le nouveau programme[59] sur le « Mieux légiférer » puisque l'une[60] des nouveautés est qu'une consultation publique de… 8… semaines sera désormais mise en œuvre lorsqu'une proposition aura été adoptée par la Commission ; les contributions recueillies au cours de cette consultation seront transmises au Parlement et au Conseil qui pourront, dès lors, les intégrer dans leurs travaux.

Les domaines de l'environnement et de la santé ne se contentent pas toutefois d'offrir des exemples (dont nous n'avons donné qu'un aperçu non exhaustif) d'une mise en application des principes du «mieux légiférer». Ils permettent, et c'est sans doute ce qui est le plus intéressant, d'« éprouver » ces principes dans la mesure où, en ces matières, ils sont clairement mis en tension.

2) La mise en tension des principes du « Mieux légiférer »

À première vue, « le programme « *Better regulation* » propose des mesures qu'il est en apparence difficile de blâmer. Il est légitime de soutenir l'ajout de processus de consultation publique, la simplification […] ou encore la prise en compte de la faisabilité d'une action publique dans sa conception, s'il est prouvé qu'*in fine* ces mesures permettront d'améliorer l'efficacité des politiques européennes »[61]. Cela l'est d'autant plus lorsque ces mesures s'imbriquent facilement aux principes structurants comme c'est le cas en matière d'environnement et de santé.

58 Règlement (CE) n° 1367/2006 du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 *concernant l'application aux institutions et organes de la Communauté européenne des dispositions de la convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*, *JO* L 264 du 25.09.2006, p. 13–19.

59 Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil, *Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – Un enjeu prioritaire pour l'UE,* COM (2015) 215 final.

60 Une autre nouveauté est que « toutes les parties intéressées pourront fournir des informations en retour sur les actes qui fixent les éléments spécifiques ou techniques nécessaires pour mettre en oeuvre la législation adoptée par le Parlement européen et le Conseil », soit les actes délégués et actes d'exécution qui seront accessibles au grand public pendant quatre semaines ce qui permettra aux parties intéressées de formuler leurs observations.

61 C. De Marcilly, M. Touillon, « Programme «Mieux légiférer» : l'expertise surpasse-t-elle le politique ? » *Question d'Europe* n° 370, 9.11.2015.

Toutefois, à y regarder de plus près, le programme « Mieux légiférer » n'est pas totalement insusceptible d'interrogations, voire de critiques. Et pour cause, les rationalités ou logiques à l'œuvre dans le cadre de ce programme – la logique simplificatrice (2.1) tout autant que la logique expertale (2.2) peuvent susciter des interrogations (et parfois même des critiques) quant aux risques qui y sont associés. Les domaines de l'environnement et de la santé ont ceci de particulier qu'ils révèlent de manière vive de telles interrogations et qu'ils permettent d'en éprouver les risques (et les réponses possibles).

2.1 La mise en tension de la logique simplificatrice

La logique simplificatrice du « Mieux légiférer » peut être résumée de la façon suivante en reprenant une formule de la Commission : « Une réglementation bien ciblée, fondée sur des données probantes et rédigée de manière simple aura plus de chances d'être correctement mise en œuvre et d'atteindre ses objectifs sur le terrain, qu'ils soient d'ordre économique, social ou environnemental »[62]. *A priori* non critiquable, une telle logique se heurte pourtant à des objections importantes que les domaines qui nous occupent permettent d'illustrer. Parfois, les objections concernent les outils mobilisés en ce but qui, sur le plan de la méthode, peuvent susciter des questions non négligeables. Parfois les objections sont d'ensemble, relatives directement à l'objectif de simplification de la réglementation.

S'agissant des outils mobilisés, il faut admettre que l'outil qu'est l'analyse d'impact suscite des interrogations substantielles. L'une d'entre elle, majeure, concerne la méthode pertinente à retenir pour effectuer telle analyse. La Commission souligne, dans sa Communication fondatrice sur l'analyse d'impact, que « plusieurs méthodes d'analyse peuvent être utilisées pour évaluer l'impact. Elles diffèrent au niveau du concept et du champ d'application (par exemple : analyse coûts-avantages, analyse coût-efficacité, analyse des coûts de mise en conformité, analyse multicritères et évaluation des risques). Mais elle rappelle que, quelle que soit la méthode, « pour faciliter la comparaison entre les différents impacts et identifier les compromis et les situations avantageuses pour tous de manière transparente, il est souhaitable de quantifier l'impact en termes matériels et, le cas échéant, en termes monétaires (en plus de l'appréciation qualitative) » [63]. Dans ses lignes directrices pour l'analyse d'impact, la Commission réitère la même exigence considérant que, pour permettre des analyses approfondies, il convient « de produire une estimation quantitative/monétaire des coûts et bénéfices escomptés » ajoutant même de manière pour le moins abrupte : « si la quantification/monétisation est impossible, justifier »[64] ! Certes, dans ces documents, il est admis que les effets puissent être « non traduisibles en termes quantitatifs ou monétaires » et que pour cette raison, « ils ne doivent pas être jugés moins importants étant donné qu'ils peuvent contenir des aspects intéressants pour la décision politique »[65]. D'ailleurs, dans les lignes directrices, la Commission prévoit que

62 Communication de la Commission, *Améliorer la réglementation : de meilleurs résultats pour une Union plus forte*, 14 septembre 2016, COM 2016 (615) final.
63 Communication de la Commission sur *l'analyse d'impact*, COM (2002) 0276 final, annexe 1, pt 4-2.
64 Commission européenne, *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact*, SEC (2009) 92, p. 43.
65 Communication de la Commission sur *l'analyse d'impact*, COM (2002) 0276 final, annexe 1, pt 4-2.

pourra être réalisée une « analyse multicritère » « lorsque l'on traite des cas nécessitant de présenter des incidences mêlant données qualitatives, quantitatives et monétaires et présentant divers degrés de certitude »[66]. Toutefois, la quantification notamment monétarisée des impacts demeure, du point de vue de la Commission, centrale dans l'analyse d'impact. Et d'ailleurs, elle a souvent procédé ainsi y compris dans les domaines de l'environnement et de la santé[67].

La difficulté est pourtant que certains impacts sont rétifs à une telle logique de la quantification et de la monétarisation. C'est le cas de nombre d'impacts environnementaux et sanitaires. Les débats[68] autour de la possibilité d'attribuer un coût à la biodiversité et de mener une évaluation économique des services de la biodiversité en témoignent. Ils portent tout autant sur la légitimité d'attribuer un coût à la biodiversité[69] que sur sa faisabilité[70]. On retrouve de telles objections s'agissant des impacts sur la santé puisqu'il s'agit *in fine* de mesurer la réduction de la morbidité et de la mortalité ce qui impose d'attribuer une « valeur de la vie humaine »[71]. Or, outre la difficulté théorique[72], une telle attribution a pu faire débat d'un point de vue empirique notamment car le critère de la réduction de la mortalité paraît insuffisant pour intégrer correctement dans les évaluations socio-économiques l'ensemble des enjeux relatifs au risque santé[73]. La conséquence est qu'il est parfois extrêmement difficile, dans ces domaines, d'estimer les impacts des règlementations envisagées. La Commission fait preuve d'ailleurs parfois d'une grande transparence en ce qui concerne les incertitudes et du coup les limites associées à la méthodologie utilisée dans l'analyse d'impact[74]. L'analyse d'impact accompagnant la proposition de directive concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables en atteste. La Commission reconnaît que l'estimation des impacts de la réglementation envisagée (en faveur

66 Commission européenne, *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact,* SEC (2009) 92, p. 44.

67 L'exemple de la Recommandation du Conseil de 2009 relative aux environnements sans tabac et de l'analyse d'impact réalisé par la Commission au soutien de sa proposition de recommandation (Document de travail des services de la Commission accompagnant la proposition de Recommandation du Conseil relative aux environnements sans tabac, *Résumé de l'analyse d'impact*, COM (2008) 328 final) est emblématique car dans cette analyse, l'effort de quantification est tout à fait manifeste. L'analyse d'impact est structurée autour de la comparaison d'options du point de vue du niveau d'exposition à la fumée de cigarette dans certains lieux (comme les bars, les restaurants, les bureaux et les lieux publics). Or, le raisonnement de la Commission est clairement de « calculer » l'impact des options politiques sur la réduction de la mortalité, en y faisant correspondre, pour la monétiser, des coûts médicaux et des coûts non médicaux associés à ces maladies.

68 M. Hautereau-Boutonnet et E. Truilhé-Marengo, « Recherche interdisciplinaire sur les valeurs de la biodiversité – Acte 1 », in S. Lacour, O. Leclerc, L. Dumoulin (éd.), *Regards croisés sur les objets et les pratiques scientifiques et techniques*, *Cahiers Droit Sciences & technologies* , n° 6 (2016), PUAM, p. 145-163.

69 La question est la suivante : la biodiversité n'est-elle pas protégeable en soi pour ce qu'elle est, en dehors de toute évaluation monétaire ? Les critiques bien évidemment dépassent le cadre économique et sont philosophiques (la biodiversité est-elle commensurable ?) ou éthiques (est-il légitime de donner un prix à la nature ?) et finalement idéologiques.

70 La principale difficulté rencontrée par ces évaluations est de pouvoir mesurer les bénéfices environnementaux associés aux usages non marchands tels que les activités récréatives en rapport avec la biodiversité, ou le simple fait de bénéficier d'un paysage naturel à proximité de chez soi, ce qui peut conduire à sous-évaluer les bénéfices globaux.

71 La référence d'une valeur de la vie humaine (valeur de la vie statistique (VVS)) est régulièrement utilisée dès lors qu'on cherche à apprécier l'impact d'une dépense, d'une réglementation ou encore d'un investissement sur le risque santé. Elle traduit l'effort que la collectivité est prête à consentir pour réduire le risque de décès de la population et permet de comparer les coûts de la réduction du risque aux avantages attendus en termes de vies sauvées.

72 L'idée d'associer une valeur monétaire à la vie humaine est par principe et philosophiquement discutable car, la vie n'a pas de prix, au moins du point de vue complexe qui est celui de l'individu.

73 Le référentiel permet en effet uniquement d'appréhender les années de vie gagnées sans prendre en compte la qualité de vie. C'est la raison pour laquelle ont été développés d'autres indicateurs tels que « QALY » ou « DALY » qui peuvent agréger de façon consensuelle la quantification des années de vies perdues ou altérées par une qualité de vie dégradée.

74 Première évaluation dans le cadre du Parlement européen d'une analyse d'impact de la Commission européenne – Proposition de la Commission européenne d'une directive sur les changements indirects d'affectation des sols liés aux biocarburants et aux bioliquides. Analyse d'impact [SWD (2012) 343 final, SWD (2012) 344 final (résumé)] portant sur une proposition de la Commission d'une directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 98/70/CE concernant la qualité de l'essence et des carburants diesel et modifiant la directive 2009/28/CE relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables (COM (2012) 595 final).

des biocarburants) est affectée d'un niveau élevé d'incertitude[75] et que dans ce contexte, elle ne peut être uniquement de nature qualitative. D'ailleurs, le comité d'analyse d'impact avait critiqué la démarche et avait demandé à la Commission de produire un effort supplémentaire pour quantifier les incidences escomptées… La conséquence associée est que, dans l'analyse d'impact, la prise en compte des différents impacts ou « piliers »[76] n'est pas assurée d'être toujours équivalente. Dans son rapport sur l'analyse d'impact, la Cour des comptes européenne a d'ailleurs souligné une telle asymétrie entre les trois « piliers », ainsi qu'entre les coûts et les avantages[77]. Nombre d'études de lobbies environnementaux ont également conclu à une « dé-prioritisation »[78] du « pilier environnemental » dans l'analyse d'impact et tenté de convaincre la Commission de ré-équilibrer l'évaluation des impacts.

Au-delà des objections sur les outils, une objection concerne l'objectif par lui-même : soit celui de la simplification de la règle de droit. Il peut en effet être reproché à un tel objectif d'être en partie illusoire. « La complexité des normes juridiques est le reflet de la complexité des rapports sociaux que le droit a pour fonction de réguler : comment imaginer que le droit puisse être simple alors que la société apparaît de plus en plus complexe ? Et la diversité des intérêts qu'il est appelé à concilier est inévitablement source de complexité »[79]. Dans le domaine de l'environnement et de la santé, l'illusion apparaît très franchement. Dans ces domaines souvent complexes (au plan scientifique et technique notamment), les règles en la matière doivent, pour être opérationnelles, l'être aussi ce qui ne satisfait pas dès lors à l'exigence de simplicité. À l'appui, on citera à nouveau le règlement REACH qui, avec ses 879 pages et ses libellés très techniques[80], est pour le moins éloigné de l'objectif de simplicité de la règle. On ajoutera, en plus, que la logique d'une réglementation simple *et* fondée sur des données probantes n'est pas plus adaptée en ces matières. Les dommages suspectés sont souvent incertains, leur réalisation est simplement plausible et il est donc difficile de collecter, au soutien de l'adoption d'une mesure de protection, des données « probantes »[81]. D'ailleurs, depuis

75 C'est le cas s'agissant des estimations relatives aux effets des changements indirects d'affectation des sols sur les émissions de gaz à effet de serre. Les émissions de gaz à effet de serre dues au changement indirect d'affectation des sols (CIAS) se produisent lorsque les cultures ou les terres qui, autrement, auraient été utilisées pour produire des denrées alimentaires ou des aliments pour animaux sont utilisées pour la culture de biocarburants et que la production agricole existante est déplacée géographiquement vers de nouvelles zones d'exploitation créées par conversion d'espaces naturels.

76 Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne* (COM (2005) 0097 final) : « Si l'outil d'évaluation d'impact fournit une base solide, la Commission estime que l'évaluation des répercussions économiques doit être renforcée de façon à contribuer aux objectifs de la nouvelle stratégie de Lisbonne. Le renforcement du pilier économique de l'évaluation d'impact ne compromet nullement l'importance du développement durable et de l'approche intégrée, qui reste le fondement de la stratégie de la Commission ».

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

78 Ragnar E. Lofstedt, The 'Plateau-ing' of the European Better Regulation Agenda: An analysis of activities carried out by the Barroso Commission, disponible à l'adresse : https://pdfs.semanticscholar.org/989d/8662c25fb7af3f482e50ba99a3a343a3727c.pdf.

79 J. Chevallier, « La simplification de l'action publique et la question du droit », *Revue française d'administration publique,* 1/2016 (N° 157), p. 205-214.

80 Pour donner un exemple précis, le champ d'application du règlement prévoit ce qui est couvert par l'obligation d'enregistrement et *a contrario* ce qui est exempté. Or, sont par exemple exemptés les « polymères ». Selon le règlement, les polymères sont des substances de masse molaire élevée dont la structure résulte essentiellement de la répétition d'unités de faible masse molaire (monomères). Étant donné que les polymères sont composés de monomères qui doivent être enregistrés, ils présentent un risque limité et sont donc exemptés d'enregistrement et d'évaluation. La question est toutefois de savoir ce qu'est un monomère ce que ne dit pas le texte. Il n'est d'ailleurs pas étonnant au vu de cette exemption que la Cour ait été sollicitée pour délimiter plus précisément ladite notion : CJCE, 7 juillet 2009, *The Queen, à la demande de S.P.C.M. SA, C.H. Erbslöh KG, Lake Chemicals and Minerals Ltd et Hercules Inc. c/ Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs*, aff. C-558/07, *Rec.* 2009 I-05783.

81 C. Noiville, N. De Sadeleer, « La gestion des risques écologiques et sanitaires à l'épreuve des chiffres, Le droit entre enjeux scientifiques et politiques », *RDUE*, 2/2001, p. 389-447.

longtemps, il est admis, par la Cour que, « lorsque des incertitudes subsistent quant à 1'existence ou à la portée des risques pour la santé des personnes, les institutions communautaires peuvent prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées »[82]. Une telle faculté a été également consacrée dans le traité dans le domaine de l'environnement[83].

2.2 La mise en tension de la logique expertale

La mise en tension concerne également une autre logique qui sous-tend clairement le « Mieux légiférer », soit la logique « expertale » c'est-à-dire le développement dans le processus décisionnel de la place des experts (et la dépolitisation subséquente). C'est notamment au travers des discussions sur la portée de l'analyse d'impact dans le processus décisionnel qu'une telle mise en tension s'est manifestée. Elle peut s'expliquer ainsi. Certes, à première vue, l'analyse d'impact est un processus interne et sous la responsabilité d'une autorité politique, la Commission, depuis sa planification[84] jusqu'à sa formalisation et son contrôle de sa qualité[85]. De plus, l'analyse réalisée a vocation uniquement à être « un outil d'aide à la décision et ne remplace pas l'appréciation politique »[86]. Toutefois, pour élaborer l'analyse d'impact, consciente des limites de ses ressources, la Commission organise souvent un recours à l'information extérieure et fait notamment appel à des contractants privés pour conduire des analyses et procéder à des consultations. En plus, pour répondre à des critiques de partialité, le contrôle de la qualité de ces analyses d'impact a été ouvert au-delà de la Commission[87]. Enfin, dans la pratique, l'analyse d'impact pèse parfois de manière tout à fait déterminante sur la décision finale.

On soulignera que les domaines de l'environnement et de la santé ont permis de mettre en exergue ces discussions. Ils ont notamment permis au juge de l'Union de s'exprimer en la matière et de rappeler la portée limitée des analyses d'impact, énonçant qu'elles ne sont obligatoires ni pour les co-législateurs, ni pour la Commission elle-même, bref qu'elles ne « sauraient avoir un caractère d'automaticité et de prévalence sur l'appréciation politique »[88]. Ainsi, dans son arrêt du 16 décembre 2015, *Suède c/ Commission*[89], le Tribunal a considéré que la Commission avait manqué aux obligations

82 CJCE, 5 mai 1998, *Royaume-Uni c./ Commission, Rec.* 1998 I2265.

83 Voir l'article 191 § 2 TFUE qui prévoit que « la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement […] est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive ».

84 « La décision de conduire une étude d'impact des réglementations appartient à la Commission. Tout au plus, l'absence d'étude d'impact peut mettre la Commission dans la situation d'être confronté à un *a priori* négatif du juge et devrait se justifier sur les moyens mis en œuvre pour respecter le caractère proportionnel de la mesure envisagée […] Seul le Médiateur européen a contrôlé le comportement de la Commission dans la conduite des études d'impact, comme cas potentiel de mauvaise administration. Cependant, le contrôle est limité à l'erreur manifeste d'appréciation » : T. Delille, « La dimension interinstitutionnelle des études d'impact des réglementations dans l'Union européenne à l'ère de la « réglementation intelligente » », *Revue française d'administration publique*, 1/2014 (n° 149), p. 61-77.

85 Pour des détails : voir T. Delille, « La dimension interinstitutionnelle des études d'impact des réglementations dans l'Union européenne à l'ère de la « réglementation intelligente » », *ibidem.*

86 Communication de la Commission sur *l'analyse d'impact*, COM (2002) 0276 final, pt 1-2.

87 Le Comité d'analyse d'impact (CAI) a été remplacé par le comité d'examen de la réglementation constitué d'un président et de 6 membres dont 3 sont recrutés hors institutions de l'Union ce qui atteste de la volonté de la Commission d'ouvrir la «cuisine interne» pour reprendre la métaphore de Frans Timmermans et de réduire la perception que les services de la Commission chargés d'un projet sont également responsables de leur étude d'impact.

88 E. Van den Abeele, « *Mieux légiférer » : une simplification bureaucratique à visée politique*, Working Paper 2015. 04, p. 46.

89 Trib., 16 décembre 2015, *Royaume de Suède c./ Commission européenne*, aff. T-521/14, *ECLI:EU:T:2015:976.*

qui lui incombent en vertu du règlement (UE) n° 528/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, concernant la mise à disposition sur le marché et l'utilisation des produits biocides, en s'abstenant d'adopter des actes délégués en ce qui concerne la spécification des critères scientifiques pour la détermination des propriétés perturbant le système endocrinien[90]. Or, il faut noter que l'un des arguments avancés par la Commission afin de justifier la non-adoption de ceux-ci avait été précisément trouvé dans la nécessité de procéder à une analyse d'impact (analyse d'impact des critères scientifiques retenus et des différentes solutions de substitution à ces critères). Toutefois, le Tribunal considère qu'aucune disposition du droit de l'Union « n'exige une telle analyse d'impact »[91] et que, de surcroît, à supposer que la Commission doive procéder à une telle analyse d'impact, cela ne l'exonérait en rien de respecter la date fixée par le règlement. On notera que, à la suite de cet arrêt en carence, la Commission a publié sa proposition, en réalisant en amont une analyse d'impact qu'elle n'a d'ailleurs suivie qu'à moitié[92]. Dans l'affaire *Afton*[93] dans laquelle la Cour avait à connaître d'une question préjudicielle en appréciation de la validité des dispositions d'une directive fixant des limites quantitatives à l'utilisation d'additifs dans les carburants[94], la Cour avait précédemment et fermement affirmé que l'analyse d'impact réalisée par la Commission ne lie pas le Conseil et le Parlement qui sont, en tant que co-législateurs, également « en droit d'apporter des modifications à ladite proposition »[95] sous réserve de fonder leur délibération sur d'autres documents scientifiques avancés pendant la procédure législative[96].

Ces arrêts rejoignent d'ailleurs une abondante jurisprudence dans le domaine de l'environnement et de la santé relative au pouvoir d'appréciation qu'il convient, en ces domaines, de réserver aux autorités politiques. Il est en effet affirmé de façon constante, par le juge de l'Union, qu'il appartient aux autorités politiques, notamment aux institutions de l'Union de fixer librement le niveau de protection de l'environnement et de la santé qu'elles estiment approprié pour la société. C'est la raison pour laquelle, le juge de l'Union insiste bien sur le fait que les avis scientifiques rendus – s'ils doivent être bien et intégralement[97] pris en considération – ne lient pas les institutions qui ne sont en aucune manière tenues de suivre les conclusions exprimées[98] dont elles peuvent se départir lorsqu'elles considèrent que le seuil de l'acceptabilité des effets potentiels adverses est dépassé et que le recours à des mesures préventives est nécessaire. Selon le juge de l'Union, « cette conclusion se

90 Pts 53-54 de l'arrêt.

91 Pt 74 de l'arrêt.

92 Voir Communication de la Commission au Parlement et au Conseil sur *les perturbateurs endocriniens et les projets d'actes de la Commission visant à définir des critères scientifiques pour leur détermination dans le cadre de la législation de l'UE relative aux produits phytopharmaceutiques et aux produits biocides*, COM (2016) 350 final Bruxelles, 15.06.2016. L'une des questions qui se posait était celle de savoir si la puissance d'une substance chimique (soit sa capacité à produire un effet à une dose donnée) devait être intégrée pour définir de tels perturbateurs. Il est rappelé dans la Communication que le rapport d'analyse d'impact aborde les questions liées à la puissance et recense les arguments à l'appui de la prise en compte de ce facteur. Néanmoins, la Commission décide toutefois de suivre le large consensus scientifique selon lequel la puissance ne devrait pas être prise en compte lors de l'identification des perturbateurs endocriniens, mais qu'elle devrait l'être lors de l'évaluation du risque réel que les perturbateurs endocriniens pourraient représenter.

93 CJUE, 8 juillet 2010, *Afton,* aff. C-343/09, *Rec.* 2010 I-07027.

94 La société Afton arguait que le Parlement et le Conseil avait commis une erreur manifeste d'appréciation en fixant lesdites limites. À cette fin, Afton observait « que l'imposition de ces limites n'est pas appuyée par la conclusion de la Commission formalisée dans l'étude d'impact jointe à la proposition de directive et que lesdites limites sont impraticables et arbitraires » (Pt 29 de l'arrêt).

95 Pt 30 de l'arrêt.

96 Pts 36-37.

97 TPICE, ordonnance, 28 septembre 2007, *République Française c./ Commission,* aff. T-257/07, *Rec.* p. II-4153, pt 73.

98 Voir l'arrêt Trib., 9 décembre 2011, *Dow AgoSciences Ltd c. Commission*, aff. T-475/07, *Rec.* 2011 II-05937 qui reprend les jurisprudences passées.

justifie par des considérations de principe relatives à la responsabilité politique et à la légitimité démocratique de la Commission. « Alors que l'exercice de l'autorité publique par la Commission est légitimé […] par le contrôle politique du Parlement européen, les membres (des comités scientifiques ou des agences), s'ils disposent d'une légitimité scientifique, n'ont pas de légitimité démocratique ni de responsabilité politique. Or, une légitimité scientifique ne suffit pas pour justifier l'exercice de l'autorité publique »[99]… Dans le même temps, et en dépit de ces fermes rappels jurisprudentiels, les domaines de l'environnement et de la santé permettent d'illustrer combien, en pratique, la séparation entre l'expertise et la décision politique est bien moins simple qu'il n'y paraît et infiniment plus poreuse[100]. Dans la pratique en effet, les avis de certains comités ou de certaines agences (ou les informations produites par ces avis) exercent une influence importante, déterminante bien souvent sur la décision finale, notamment dans des domaines de fortes controverses publiques comme ceux relatifs à l'environnement et la santé. Les rapports par exemple entre la Commission et certaines de ses agences, l'Autorité européenne de sécurité des aliments[101] ou encore l'Agence européenne du médicament[102] sont tout à fait illustratifs dans la mesure où les décisions de la Commission ont, à quelques exceptions près, toujours suivi les avis de ces agences. On voit ainsi se profiler de nombreuses hypothèses « d'expertise instituante », dans laquelle « le savoir de l'expert produit directement un ordre de normes et de règles juridiques »[103] sans que les mécanismes de contrôle ne soient adaptés à une telle configuration[104].

****

Pour conclure, il ne fait guère de doute qu'il y a un net intérêt à considérer, pour explorer les principes du « Mieux légiférer », le droit de l'Union européenne de l'environnement et de la santé. Et pour cause, le droit en ces matières est tout à la fois structurellement tout à fait accueillant vis-à-vis desdits principes mais également souvent rétif à leur logique. En cela, le domaine de l'environnement et de la santé permet, sans doute plus que d'autres, de mettre en perspective l'importante ambivalence de l'initiative. En effet, l'initiative «Mieux légiférer» poursuit clairement « au-delà des objectifs affichés, des considérations propres à la Commission et liées notamment

99 TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil,* aff. T-13/99, *Rec.*, p. II-03305, pt. 199.

100 C. Noiville, N. De Sadeleer, « La gestion des risques écologiques et sanitaires à l'épreuve des chiffres, Le droit entre enjeux scientifiques et politiques », *RDUE*, 2/2001, p. 389-447

101 Voir sur ce sujet : E. Brosset, L'Autorité européenne de sécurité des aliments et la dissémination d'OGM in F. Couzinet (éd.), *La création de l'Autorité européenne de sécurité des aliments : enjeux et perspectives,* IREDE, Université de Toulouse, p. 101-149.

102 Pour une vue plus fine voir B. Hauray, « Politique et Expertise scientifique. L'évaluation européenne des médicaments », *Sociologie du travail*, vol 47 (1), janvier-mars 2005, p. 57-66. « Entre 1995 et 2002, un seul avis du CSP a été renvoyé par la Commission à l'EMEA afin que le CSP précise ses motivations (cet avis concernait le retrait des médicaments coupe-faim) […] et un seul avis du CSP a été modifié suite au passage » devant les représentants des États (à propos du Viagra).

103 R. Castel, « Savoirs d'expertise et production de normes » in F. Chazel, J. Commaille (éd.), *Normes juridiques et régulation sociale*, *Droit et société* (1987), p. 177–178.

104 Par exemple, les voies de contrôle, politique et juridictionnel, des actes pris par les agences ne sont pas toujours adaptées. Par exemple, aucun recours n'est prévu à l'encontre des actes de l'Autorité européenne de sécurité des aliments ou de l'EAM devant la Cour. Lorsqu'il s'agit d'actes ou de décisions dont l'élaboration s'effectue en plusieurs phases, notamment au terme d'une procédure interne, ne constituent, en principe, des actes susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation que les mesures qui fixent définitivement la position de l'institution. Ne sont donc pas logiquement attaquables les actes préparatoires puisqu'ils ne constituent pas une manifestation définitive de volonté ce que le Tribunal a confirmé à propos des avis scientifiques de l'EFSA. Trib., ord., 17 juin 2008, *FMC Chemical c./ EFSA*, T-311/06, *Rec.* 2008, p. II-88, pt 43 et T-312/06, *Rec* . 2008, p. II-89, pt. 43 et *Dow AgroSciences/ EFSA*, T-397/06, *Rec.* 2008, p. UU-90, pt. 40.

à la quête de légitimité de cette dernière »[105]. Au-delà de leur intérêt en tant que tels, de tels principes ont sans aucun doute pour vocation d'asseoir une forme légitimité de l'action de l'Union et spécialement de la Commission, une légitimité par l'efficacité de l'action[106]. Or, si dans ses objectifs premiers, le programme « Mieux légiférer » coïncide avec des objectifs plutôt consensuels déjà poursuivis dans le cadre de la politique de l'Union en matière d'environnement et de santé, s'agissant de cet objectif indirect, il suscite au contraire des questions bien plus nombreuses que la politique en matière d'environnement et de santé permet clairement de mettre en lumière. Et pour cause, la question de(s) facteur(s) de la légitimité dans l'Union demeure, doit-on le rappeler, pour le moins débattue[107] et le « Mieux légiférer » ne permettra pas d'en faire l'économie, bien au contraire.

105 C. De Marcilly, M. Touillon, « Programme "Mieux légiférer" : l'expertise surpasse-t-elle le politique ? » *Question d'Europe* n° 370, 9.11.2015.

106 V. Schmidt, *Democracy and legitmacy in the European Union revisited* : Input, Output and « *Throughput* », Political Studies 2013 vol. 61, 2–22, disponible à l'adresse : http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1111/j.1467-9248.2012.00962.x.

107 Deux « modèles » de légitimité coexistent, celui de la légitimité par la participation et celui de la légitimité par les résultats. Dans l'Union, le second a souvent eu les faveurs car il correspondait à l'architecture institutionnelle de l'Union et permettait de répondre aux critiques de déficit démocratique. Toutefois, il ne semble pas possible (et souhaitable) d'évacuer le premier qui doit coexister. Sur cette question, pour une vue d'ensemble et des indications bibliographique : A. Bailleux, H. Dumont, *Le pacte constitutionnel européen*, tome 1, 2015, 568 p., spéc. p. 445-497.