

LA PLACE DU PROCESSUS CONSULTATIF DANS LE CHOIX FINAL D'UN INSTRUMENT D'INTEGRATION JURIDIQUE : L'EXEMPLE TOPIQUE DU DROIT EUROPEEN DES CONTRATS

Anne TRESCASES

Maître de conférences, Université Nice Sophia-Antipolis,
GREDEG-CREDECO, UMR 7321

Résumé

Si le principe d'une harmonisation juridique européenne n'est plus sujet à discussion, les réticences, voire les résistances parfois exprimées ou constatées pour parvenir à un droit unifié ont encouragé les institutions européennes à généraliser le processus consultatif, sous des formes aujourd'hui très variées. L'élaboration d'actes consultatifs et plus généralement, la mise en place de consultations et d'échanges avec les experts universitaires et les différentes parties prenantes sur les nombreux projets des institutions européennes répondent favorablement aux critiques attachées au caractère technocratique du droit européen. Si ce processus consultatif se révèle incontestablement d'une grande richesse pour la réflexion juridique grâce à la démocratie participative et au dialogue civil, il n'est cependant pas certain qu'il permette d'infléchir le cours du processus législatif initialement engagé par les autorités compétentes.

Mots clés

harmonisation juridique, légitimité démocratique, intégration juridique, formes de la démocratie participative, communications, consultations publiques, Livres verts, représentativité des parties consultées, parties prenantes, groupes d'intérêts, citoyenneté européenne, indépendance, compétence, intérêt général, nature juridique et portée des actes consultatifs.

« Ce n'est pas parce qu'un mouton a quatre pattes qu'il peut emprunter deux chemins différents ».

Proverbe arabe

1.-Après le tableau quasi idyllique que vient de brosser le professeur Frédéric Leclerc en terme d'intégration juridique achevée, l'idée est désormais de démontrer que l'ordre juridique intégré de l'Union Européenne n'échappe pas au désordre normatif¹, en introduisant une donnée jusqu'alors volontairement absente de la démonstration, le processus consultatif.

Le constat réalisé : un déficit démocratique grandissant

2.-La compréhension du rôle du processus consultatif dans le choix final d'un instrument d'intégration juridique nécessite que l'on revienne un court instant sur la construction de l'Union européenne. L'Union européenne s'est en effet construite selon la méthode « des petits pas ». Ce procédé, également appelé méthode « Monnet-Schuman », du nom du Commissaire général au Plan (Jean Monnet) et du ministre français des affaires étrangères (Robert Schuman)², appelait à une

¹-V. sur cette question, R. Libchaber, L'impossible rationalité de l'ordre juridique, Etudes à la mémoire du Professeur B. Oppetit, Litec, 2009, p. 505 et s.

²- Son principe est posé par la déclaration inspirée par Jean Monnet et prononcée par Robert Schuman le 9 mai 1950, laquelle est considérée comme le point de départ de l'intégration européenne. Robert Schuman appelle de ses vœux la mise en commun des productions de charbon et d'acier de la France et de l'Allemagne, au sein d'une organisation ouverte aux autres pays d'Europe. Cette organisation a constitué la première étape de la construction européenne et elle s'est matérialisée par la création de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) en 1951. En 1957, la création de la Communauté Economique Européenne a ensuite permis la réalisation d'un marché commun.

construction économique de l'Europe par « le bas »³en organisant une gestion commune entre plusieurs pays européens, afin de créer une solidarité entre ces pays dans des secteurs au départ limités et stratégiques, qui n'ont ensuite eu de cesse de s'étendre. La méthode « des petits pas » s'oppose clairement à une construction juridique européenne « par le haut » depuis longtemps « pointée du doigt » en la matière⁴.

Le remède proposé : le développement du processus consultatif

3.- Afin de pallier cette « omnipotence technocratique et eurocratique »⁵ et de remédier à un déficit démocratique difficilement contestable⁶, les institutions européennes et notamment la Commission européenne, ont entendu encourager la voie du processus consultatif⁷. La réalisation d'une meilleure

³-Cette méthode s'oppose à une construction par le haut qui aurait abouti à la création d'une fédération européenne.

⁴-Si la construction européenne a privilégié au départ la voie de l'intégration économique, l'intégration juridique est aujourd'hui presque aboutie même si les Etats membres ont parfois une attitude ambivalente à son égard qui peut être justifié par le souci de conservation des prérogatives nationales et la perte de leur souveraineté.

⁵-B. Oppetit, L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême, D. 1990, chron. p. 72 reproduit in Droit et modernité, PUF 1998, p. 31 et s. sous le titre « L'omnipotence technocratique et eurocratique ».

⁶-V. cependant une opinion divergente concernant ce déficit démocratique européen, A.Moravcsik, Le mythe du déficit démocratique européen, Raisons politiques, 2/2003, p. 87 et s..

⁷-Très tôt, la Commission européenne a pris la mesure de cette difficulté comme en témoigne l'adoption en 2001 d'un Livre blanc sur la gouvernance européenne. Ce Livre consacre la participation citoyenne comme un des principes essentiels de la politique européenne. Il a été accompagné de diverses communications visant « à promouvoir une culture de dialogue et de concertation ». En 2002, une communication a ainsi fixé spécifiquement les « principes généraux » et les « normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées », afin de mettre en place « un cadre de consultation cohérent », pour que « toutes les personnes concernées soient consultées d'une manière convenable ». Grâce à la mise en place d'un tel cadre, en toute transparence, toute personne intéressée serait donc susceptible de faire entendre sa voix et de participer directement et efficacement à la prise de décision politique relative aux nombreuses actions envisageables par l'Union européenne.

intégration juridique passerait ainsi par l'adoption d'une panoplie plus vaste d'instruments de consultation, à l'image des principes de subsidiarité et de proportionnalité censés rapprocher la prise de décision des citoyens⁸.

4.- À l'instar de la méthode « des petits pas », le droit européen se construirait ainsi en intégrant les « petites sources » du droit⁹. Les instruments de droit souple occuperaient une place privilégiée et spécialement le processus consultatif qui n'a eu de cesse de se développer ces dernières années. Ce qui caractérise ce procédé, c'est l'appel par une autorité publique à la consultation, à la réflexion, à l'expression des points de vue et des opinions sur des éléments de réforme *a priori* non encore arrêtés. Sur le plan normatif, ce processus a vocation à appliquer à l'élaboration du droit des principes politiques issus de la théorie de la démocratie participative. Si, depuis la création de l'Union européenne, le processus consultatif occupe, à différents niveaux, une place non négligeable dans le choix d'un instrument d'intégration juridique, la « participation citoyenne », constituerait aujourd'hui une véritable source du droit européen. Ledit processus s'inscrit incontestablement dans un mouvement plus vaste, celui de l'évolution contemporaine des sources du droit qui privilégie un droit souple.

5.- Si le processus consultatif dans la construction d'un droit européen n'est pas une figure nouvelle¹⁰, ce mode de production du droit atypique prend aujourd'hui des formes très différentes.

⁸-V. en ce sens l'intervention du Professeur F. Leclerc, *supra*.

⁹-V. plus largement sur cette question, S.Gerry-Vernières, Les « petites » sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 2012.

¹⁰-Dès le début de la construction européenne, la question du processus consultatif était en germe, la démocratie participative n'a cependant été consacrée que tardivement dans l'Union européenne avec le traité de Lisbonne et sous une forme qui sera certainement améliorée dans l'avenir.

Les actes consultatifs peuvent revêtir des formes variées mais ils relèvent cependant tous de la même idée, celle de développer la démocratie participative. Si l'on comprend la démocratie participative comme l'existence de méthodes et de processus grâce auxquels le « citoyen » est associé à la décision politique de façon personnelle, il est possible d'admettre que « l'initiative citoyenne » consacrée par le Traité de Lisbonne, comme les autres procédures coexistantes dans l'Union européenne, relèvent bien de la démocratie participative.

6.- En matière de choix d'un instrument d'intégration juridique, la consultation formelle structurée occuperait une place prépondérante¹¹. Le processus consultatif, qu'il soit formel ou informel, s'est ainsi progressivement immiscé au cœur du fonctionnement de toutes les institutions européennes. La place de la consultation est cependant très différente selon l'institution en question. Si le Parlement européen n'a pas de droit d'initiative¹², il dispose de différents outils pour encourager la Commission à régler dans un domaine donné. Il rédige en ce sens de nombreux rapports non législatifs d'initiative¹³, qui sont régulièrement précédés par des consultations auprès des parties prenantes¹⁴. Le Parlement européen conserve également un rôle consultatif important dans le cadre de procédures

¹¹- En amont du processus d'élaboration des normes, parmi les consultations formelles *ad hoc* les plus développées figurent les Livres verts et les Livres blancs, dont la diffusion s'est considérablement accélérée depuis une vingtaine d'années. Les nombreuses directions générales qui composent la Commission sont également consultées sur chaque projet de loi. Cette consultation interservices précède systématiquement la proposition législative qui sera faite à l'ensemble du collège des commissaires pour adoption.

¹²-Initialement, le Parlement est essentiellement confiné dans des compétences consultatives et ses attributions en matière de contrôle sont en pratique largement symboliques.

¹³-Ces rapports sont souvent établis parallèlement à la rédaction d'un Livre vert ou blanc.

¹⁴-L'harmonisation du droit civil en Europe a ainsi d'abord été la préoccupation récurrente du Parlement européen qui a lancé plusieurs appels en ce sens avant que la Commission ne s'empare du problème.

législatives spéciales, comme en matière de fiscalité par exemple¹⁵. Il adopte encore des rapports sur des points d'actualité, ainsi que de nombreux avis¹⁶ et résolutions. Sans minimiser le rôle du Parlement en la matière, la Commission reste toutefois à l'origine des principaux documents qui contribuent à l'élaboration de la norme. S'il est vrai que dans certains domaines, la plupart des textes de loi proposés par la Commission consistent en la « simple » transposition d'accords internationaux¹⁷, les autres textes législatifs sont généralement précédés de différentes analyses et discussions des politiques possibles avec les parties prenantes. Afin de maîtriser au mieux le secteur à réglementer, la Commission associe désormais quasi systématiquement¹⁸ les gouvernements, les parlements nationaux¹⁹, les députés européens, les organismes professionnels, les associations, les groupes d'intérêts, mais encore les professionnels du droit par le biais de réseaux universitaires, voire même les simples citoyens à l'élaboration de la norme.²⁰

¹⁵-Selon la nature de la proposition en question, son rôle initialement cantonné à une participation consultative a cependant progressivement évolué vers une codécision sur un pied d'égalité avec le Conseil.

¹⁶-Des avis consultatifs sont également donnés par le Comité économique et social et le Comité des régions.

¹⁷-Il en est ainsi dans le domaine de la finance notamment pour les mesures du comité de Bâle sur les exigences de fonds propres pour les banques par exemple ou pour la déclaration du sommet du G20 de Pittsburgh qui a donné lieu au règlement relatif à l'infrastructure des marchés financiers (EMIR).

¹⁸-Le nombre considérable de consultations est consultable sur le site http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/index_fr.htm.

¹⁹-Le traité de Lisbonne a considérablement renforcé le principe de subsidiarité en associant les parlements nationaux au processus décisionnel et en développant des mécanismes nouveaux de contrôle politique et juridictionnel impliquant les parlements nationaux. Depuis lors, ces derniers doivent être consultés préalablement à tout projet d'acte législatif européen. Le contrôle de subsidiarité est ainsi renforcé par la consultation et notamment par l'introduction d'un mécanisme d'alerte précoce qui oblige au réexamen d'une proposition d'acte législatif en cas d'opposition d'un tiers des voix attribuées aux parlements nationaux.

²⁰-Le site internet *Europea* recense ainsi plus de 140 Livres verts à ce jour.

7.- La Commission met ainsi régulièrement en place des groupes ponctuels d'experts afin de participer à la rédaction des Livres verts²¹ ou blancs²², destinés à stimuler une réflexion au niveau européen sur un sujet particulier, ou à proposer des pistes législatives susceptibles d'être ensuite traduites en projets de lois²³.

Les nombreuses consultations publiques²⁴, les communications, les propositions législatives, les programmes de travail ou encore les plans d'action relèvent de la même démarche. L'ensemble de ces actes préparatoires participerait à des degrés différents à la construction de la norme. Dans cette même idée, le Traité de Lisbonne qui est entré en application le 1^{er} avril 2012 a créé le mécanisme de « l'initiative citoyenne »²⁵, qui permet à un groupe de citoyens originaires de différents Etats membres de demander à la Commission de présenter de nouvelles propositions, étant précisé que l'adoption de celles-ci relèvera entièrement du bon vouloir de la Commission. La participation

²¹-Le premier Livre vert a vu le jour en 1967. Son nom – *green paper* - trouve son origine en Angleterre. Il se rapporte à la couleur de la couverture du document par lequel le gouvernement anglais exposait de simples propositions destinées à être discutées devant le Parlement. Son usage s'est ensuite répandu dans les autres pays occidentaux pour désigner des propositions de réformes soumises à la réflexion du plus grand nombre.

²²-Lorsque les réflexions fondées sur ces Livres verts emportent l'adhésion, elles peuvent donner lieu à des propositions législatives exposées dans des Livres blancs. Les Livres blancs formalisent en quelque sorte les positions officiellement adoptées. Lorsqu'un Livre vert donne lieu à un Livre blanc, ce qui est loin d'être systématique, l'idée semble toujours la même, celle que les propositions qu'il contient soient accueillies plus favorablement par le Conseil de l'Union Européenne. V. en ce sens D. Dero Bugny, Le « livre vert » de la Commission européenne, RTDE 2005, p. 81 ; V. Lasserre-Kiesow, Les Livres verts et les Livres blancs de la Commission européenne, in Le droit souple, Association H.Capitant, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009, p. 75 et s. ; C. Peres, Livre Vert de la Commission européenne: les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative, Revue des contrats 2011-13.

²³-Les propositions de directives ou de règlements sont généralement matérialisées dans un Livre blanc.

²⁴-Ces consultations interviennent généralement postérieurement à la publication d'un Livre vert pour recueillir l'avis du plus grand nombre sur les propositions développées.

²⁵-Article 11 §4 TFUE.

de la société civile européenne dans la prise de décision a également été reconnue de manière officielle²⁶.

8.- Le processus consultatif prend ainsi aujourd'hui des formes très variées, pour des finalités qui le sont tout autant. L'engouement inégalé pour le mode consultatif ces dernières années, nous amène légitimement à nous interroger sur l'efficacité de ce processus en termes d'intégration juridique et à relever les différentes incertitudes qui y sont naturellement attachées.

9.- S'il apparaît primordial de rendre l'Europe plus compréhensible et plus légitime auprès des Etats membres et de ses citoyens, il n'est cependant pas certain que le processus consultatif soit réellement efficace concernant le choix final d'un instrument d'intégration juridique²⁷. L'initiative européenne topique du droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises nous montre au contraire que de nombreuses incertitudes entourent ce processus. Ces incertitudes tiennent d'abord à la représentativité des personnes consultées (I), elles concernent ensuite la nature juridique des actes consultatifs (II), elles portent enfin sur les résultats de la consultation concernant le choix final d'un instrument juridique par les autorités compétentes (III).

I. Les incertitudes tenant à la représentativité des personnes consultées

10.- L'efficacité du processus consultatif dépend d'abord de la bonne représentation des parties consultées. Il semble donc important de s'interroger sur la qualité des parties prenantes au processus consultatif même si, *a priori*, il devrait être tout à fait

²⁶-Article 15 TFUE.

²⁷-J.-M. Jacquet, L'émergence du droit souple (ou le droit « réel » dépassé par son double, Etudes à la mémoire du Professeur B. Oppetit, Litec, 2009, p.331 et s..

indifférent de connaître le nombre de ces auteurs, leur qualité ou encore le contenu de leurs réponses, dès lors que les actes résultant d'un processus consultatif n'ont d'effet contraignant que dans des conditions extrêmement difficiles à réunir.

11.- Immédiatement, une précision s'impose. L'idée n'est pas ici de remettre en cause le principe, au demeurant louable, du processus consultatif qui est destiné à donner davantage de substance à la citoyenneté européenne mais simplement quelques réserves quant à la participation effective « des personnes intéressées » au processus décisionnel. Si en théorie, la catégorie des personnes consultées est extrêmement large (1), il convient de relever en pratique un déséquilibre manifeste tant en nombre qu'en termes de maîtrise des sujets à analyser, déséquilibre qui conduit les seuls « professionnels » à participer effectivement à ce processus consultatif (2).

1. L'ouverture théorique du processus consultatif au plus grand nombre

12.- En la matière, la Commission européenne a un objectif affiché plutôt ambitieux et louable. Elle entend en effet que la discussion s'adresse à tous et qu'elle mobilise donc tous les publics²⁸. Cette « mobilisation générale » est d'ailleurs *sa priori* largement favorisée par la mise en place de la démocratie électronique. En effet, Internet a largement contribué à renouveler les pratiques démocratiques. Depuis 2001, dans le cadre du programme « d'élaboration interactive des politiques »²⁹, la Commission propose ainsi à toute personne de déposer sa contribution sur le site « *Your voice – Votre point de vue sur l'Union européenne* », afin de participer à l'élaboration du droit

²⁸-Ce qui n'est pas le cas des méthodes pratiquées par les autorités nationales où les projets de réforme restent principalement une affaire de spécialistes.

²⁹-*Interactive Policy Making – IPM*.

des contrats par exemple. La démocratie électronique atteindrait ainsi « les sources les plus traditionnelles du droit civil en renouvelant leur mode de création »³⁰.

13.- De fait, toute personne intéressée - spécialiste ou profane - serait en conséquence indistinctement susceptible de donner son point de vue sur les actions envisagées par l'Union européenne. Les gouvernements, les groupes d'intérêts, les experts universitaires et autres professionnels du droit mais aussi les simples particuliers seraient donc sur un pied d'égalité en termes d'avis exprimés, en raison du caractère exclusivement consultatif du procédé et seule leur force de persuasion serait susceptible de compter³¹.

14.- En pratique, la technicité des questions soumises à la consultation rend extrêmement difficile la bonne compréhension des enjeux par toutes les parties intéressées. Le processus consultatif trouve ainsi souvent peu d'écho auprès des personnes profanes pourtant éligibles à la consultation, en dépit des efforts renouvelés d'informations réalisées. Le délaissement de ce procédé par le « citoyen ordinaire » peut être analysé diversement. Il est possible d'y voir une méconnaissance du procédé mais aussi une volonté de ne pas s'impliquer dans l'action menée. Il est certain que la technicité de la plupart des enjeux écarte naturellement le profane, au profit « des professionnels ». Par exemple, la technicité du contenu du Livre vert relatif au droit européen des contrats et, particulièrement, les sept options proposées, ne pouvait raisonnablement mobiliser que les spécialistes de la matière.

³⁰-C. Peres, Livre Vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative, *Revue des contrats* 2011-13.

³¹-La source du droit ne se reconnaît pas à son caractère contraignant mais à sa vocation à influencer le comportement des acteurs juridiques, v. en ce sens S.Gerry-Vernières, Les « petites » sources du droit : à propos des sources étatiques non contraignantes, *Economica*, coll. Recherches juridiques, 2012.

2. Les difficultés attachées à la promotion de l'intérêt général par les « professionnels de la consultation »

15.- Si l'on met à part les groupes d'universitaires dont la réelle indépendance et la compétence n'a pas, *a priori*, à être remise en question, la participation des « professionnels » aux consultations lancées par la Commission, dont le rôle est d'assurer la promotion de l'intérêt général, peut soulever d'importants problèmes en matière de fonctionnement démocratique. La bonne représentation des parties consultées est pourtant un gage d'efficacité de la consultation. Or, il est aujourd'hui difficile d'occulter l'influence exercée par les professionnels de la participation, les groupes de pression³² ou encore les représentants d'intérêts³³ sur les différents procédés consultatifs. Le travail de ces corps intermédiaires est justement d'influencer la Commission pour défendre leur position et de s'assurer d'abord et avant tout que les propositions faites répondent à leurs intérêts propres³⁴. Les lobbyistes interviennent en ce sens à tous les niveaux pour influencer les décisions. Ces différents « groupes de professionnels » sont très bien organisés et tout aussi remarquablement financés, dans le but de privilégier leurs seuls intérêts catégoriels publics ou privés³⁵. Ils ont incontestablement un poids important dans le processus

³²-V. sur cette question, J. Lapoursterle, *L'influence des groupes de pression sur l'élaboration des normes*, Illustrations à partir du droit de la propriété littéraire et artistique, préf. J.-Y. Gautier, Dalloz, Bibl. de thèses, 2009.

³³-M.Mekki, *L'influence normative des groupes d'intérêt : force vive ou subversive ?*, JCP G 2009, 370 et 392.

³⁴-Jacques Delors, lorsqu'il était président de la Commission et alors qu'il était un fervent défenseur de l'intégration institutionnelle, y voyait « un monument d'hermétisme, connu seulement des spécialistes ou des groupes d'intérêts », *in* J. Delors, *La France par l'Europe*, Grasset 1988, p. 272.

³⁵-V. en ce sens L. Guilloud, *La loi dans l'Union européenne*, Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration, préf. H. Oberdoff, LGDJ, Bib.constit et de sc.Pol. t. 134, 2010, n° 703 et s., cité par C. Peres, *Livre Vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative*, *Revue des contrats* 2011-13.

décisionnel en siégeant dans la majorité des comités consultatifs. Leur opinion peut aller jusqu'à dicter le contenu des Livres verts qui proposent les fameuses pistes pour des actions communautaires. Les textes « clés en mains » proposés à la Commission par un groupe d'intérêt privé, qui n'a plus qu'à l'adopter, n'est pas chose exceptionnelle. La Commission n'ignore pas ce phénomène puisqu'elle a fait établir très tôt³⁶ une communication³⁷ pour encadrer et rationaliser le dialogue avec ces groupes d'intérêt³⁸.

16.- Sans remettre en cause la compétence ou l'indépendance³⁹ des personnes désignées⁴⁰, il n'est pas certain que la nomination de groupes d'experts par la Commission suffise à pallier les difficultés qui viennent d'être évoquées, concernant la représentativité des personnes consultées⁴¹. La consultation est pourtant d'autant plus nécessaire que la complexité et les enjeux sont importants.

II. Les incertitudes relatives à la nature juridique des actes consultatifs

17.- De nombreux spécialistes de droit européen n'ont pas manqué de s'interroger sur la nature juridique des Livres verts

³⁶- Cette communication a été établie le 2 décembre 1992.

³⁷- J. Roux, *Droit général de l'Union européenne*, Pais, Lexisnexis 2012, Les fonctions de la Commission §239, Le principe de l'initiative.

³⁸- Cette communication n'a pas permis de réduire les déséquilibres de dialogue entre des forces économiquement très contrastées.

³⁹- Le rôle de tiers intermédiaires de ce groupe entre les participants et l'autorité commanditaire peut soulever en lui-même des difficultés dès lors qu'il est créé par la Commission elle-même.

⁴⁰- Le 26 avril 2010, la Commission a par exemple nommé un groupe d'experts dont les membres « ont été choisis parmi les spécialistes reconnus du droit civil, notamment du droit des contrats » et « agissent en toute indépendance et dans l'intérêt général », Livre vert, n° 2, p. 4.

⁴¹- Il est régulièrement rappelé, y compris dans les différents documents établis par la Commission que les groupes d'experts « agissent en toute indépendance et dans l'intérêt général », v. en ce sens par exemple, le Livre vert du 1^{er} juillet 2010 sur l'harmonisation européenne du droit des contrats, p.4.

et des autres appels à consultation publique de la Commission européenne notamment. Ces différents actes ont ainsi successivement été rangés dans la catégorie des actes communautaires « innomés », « atypiques »⁴² ou encore « *sui generis* ». La difficulté attachée à la qualification de ces actes très diversifiés est compréhensible dans la mesure où leur finalité peut être aussi très différente d'un acte à l'autre. Les Livres verts ne font par exemple pas partie des actes formellement énumérés par l'article 288 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, raison pour laquelle ils sont considérés comme étant « hors nomenclature ».

18.- En théorie, les actes issus d'un processus consultatif ne seraient donc pas créateurs de droit et n'auraient pas d'effets juridiques obligatoires. Il serait par exemple impossible de les invoquer à l'appui d'un recours juridictionnel⁴³. Les Livres verts seraient *a priori* privés de tout effet juridique obligatoire. Ils constitueraient tout au plus des documents préparatoires qui ne lient pas la Commission, raison pour laquelle ils ne pourraient donc pas faire l'objet d'un recours en manquement ou en annulation par exemple⁴⁴. Les réponses apportées aux Livres

⁴²-V. par ex. L. Dubouis, préf. De la thèse de S. Lefevre, Les actes communautaires atypiques, Bruylant, 2006.

⁴³-En pratique cependant, il est possible de constater que lorsque la Cour de justice recherche l'intention véritable de l'auteur de l'acte, elle permet à certains d'entre eux de revêtir un effet juridique obligatoire. V. notamment sur cette question, L. Guilloud, La loi dans l'Union européenne, Contribution à la définition des actes législatifs dans un ordre juridique d'intégration, préf. H. Oberdoff, LGDJ, Bib.constit et de sc. pol. t. 134, 2010, n° 81 et s., cité par C. Peres, Livre Vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative, Revue des contrats 2011-13.

⁴⁴-Un Etat membre ne peut donc pas se prévaloir des propositions de réforme contenues dans un Livre vert pour se soustraire à l'application du droit communautaire en vigueur. V. en ce sens la solution rendue par la Cour de justice en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, CJCE 25 avril 2002, Commission c/Grèce, aff. 154/00, Rec.p.1-3879, cité par C. Peres, Livre Vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative, Revue des contrats 2011-13.

verts seraient également dépourvues de tout effet obligatoire et ce, quelles que soient les parties qui en seraient à l'origine.

19.- Ces affirmations relatives à l'absence de tout caractère normatif des Livres verts doivent cependant être quelque peu nuancées. En théorie, certains Livres verts pourraient posséder un effet juridique propre et dans cette hypothèse, la Commission ne pourrait plus se départir des règles qu'elle se serait imposées dans le cadre de leur rédaction. Une telle solution supposerait cependant que lesdits Livres contiennent des dispositions engageantes, ce qui est rarement le cas en pratique, pour ne pas dire jamais⁴⁵. Si l'on prend comme illustration le Livre vert concernant l'harmonisation européenne du droit des contrats, il semble extrêmement difficile de dégager une quelconque obligation à la charge de la Commission, de la gamme des sept options évoquées relativement à la forme que l'instrument européen pourrait emprunter.

20.- La seule valeur juridique qu'il serait alors possible d'accorder aux Livres verts serait donc d'ordre interprétatif. Il n'est en effet pas exclu qu'une fois l'acte définitif adopté, le juge puisse utiliser les actes issus du processus de consultation pour l'interpréter⁴⁶. Rien ne s'oppose non plus à ce que ces actes, qui ont participé à l'élaboration de l'acte définitif, puissent encore être invoqués à l'appui d'un recours contre ce dernier, à condition toutefois de rapporter la preuve qu'ils sont entachés d'illégalité⁴⁷.

⁴⁵-Il semble en effet difficile d'admettre que la seule publication des réponses et des travaux de groupes d'experts puisse obliger la Commission.

⁴⁶-V. sur cette question D. Dero Bugny, Le « livre vert » de la Commission européenne, RTDE 2005.

⁴⁷-Pour mémoire, la Cour de justice a en effet déjà admis que les actes de nature préparatoire ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en annulation, mais que les éventuelles illégalités qui les entachent peuvent être invoquées à l'appui d'un recours dirigé contre l'acte définitif. V. en ce sens, CJCE, 11 novembre 1981, IBM C/Commission, aff 60/81, Rec., p. 629 et s. pt. 12.

21.- Une autre difficulté réside peut-être aussi dans le moment où la consultation est sollicitée par les institutions européennes. Ainsi, le fait que la consultation ne soit pas utilisée pour s'interroger sur les difficultés réelles ou supposées de cohabitation entre plusieurs systèmes juridiques, mais qu'elle ne soit sollicitée que sur un choix d'instrument d'intégration juridique susceptible d'être mis en place, pourrait également expliquer en partie son manque d'efficacité réelle. Il apparaît en effet regrettable que la consultation ne soit pas diligentée en amont du processus pour discuter de l'opportunité de supprimer la cohabitation entre les systèmes juridiques d'ores et déjà existants dans les différents Etats membres. Or, le processus consultatif est totalement absent de l'opportunité de mettre en place un nouvel instrument d'intégration juridique alors qu'il semblerait pourtant intéressant de faire intervenir ce procédé à ce moment-là pour éviter de lourdes, nombreuses et coûteuses procédures de consultations en aval qui se révèlent, en outre, souvent peu suivies.

22.- La consultation n'est donc pas toujours représentative, bien structurée et transparente. En dehors des difficultés tenant au respect de l'intérêt général déjà évoquées et qui sont directement liées à la représentativité des personnes consultées, la valeur juridique des documents issus d'un processus consultatif a été également posée, ainsi que le moment où elle était sollicitée. La nature juridique ambivalente des actes préparatoires soulève plus largement des incertitudes sur l'efficacité du processus consultatif concernant le choix final d'un instrument d'intégration juridique.

III. Les incertitudes tenant aux résultats de la consultation

23.- Le débat sur l'évaluation de l'efficacité de ce processus consultatif, en termes de choix d'un instrument d'intégration juridique, ne peut être occulté. La crédibilité et le succès de ces

procédures sont susceptibles d'être discutés dans la mesure où la Commission n'est pas tenue par les résultats des différentes consultations. En effet, dans un souci de transparence, le seul engagement que la Commission doit respecter est de publier l'ensemble des réponses reçues⁴⁸, étant précisé que ces réponses peuvent être nombreuses et qu'il est alors impossible de tenir compte de l'ensemble des opinions émises, sans oublier que le nombre important d'acteurs consultés (Etats membres et organisations diverses) rend en outre chaque consultation longue et difficile alors que la réponse attendue peut être soumise à des exigences de rapidité et de réactivité.

24.- En outre, il est très difficile de mesurer l'aptitude de l'autorité publique à modifier une position préétablie, sous l'effet des résultats de la participation. Cette mesure est d'autant plus difficile à établir qu'il n'existe pas de positionnements clairement énoncés entre la participation et la décision définitive.

25.- L'harmonisation européenne du droit des contrats souhaitée par la Commission considérant que les différences entre les droits nationaux des contrats des Etats membres constitueraient un obstacle dirimant au bon fonctionnement du marché intérieur de l'Union européenne⁴⁹, est même susceptible de laisser penser que les opinions issues du processus consultatif initial sont finalement sans importance puisque les institutions restent toujours libres d'emprunter une autre voie. En dépit des vives discussions que ce souhait d'harmonisation soulève depuis plus d'une vingtaine d'années⁵⁰, les institutions

⁴⁸-Il ne lui est à aucun moment imposé d'en suivre obligatoirement une et/ou encore de justifier le rejet des autres.

⁴⁹-Beaucoup de spécialistes de la matière contestent l'idée que la diversité des législations constitue un obstacle à la libre circulation des biens et des services transfrontaliers.

⁵⁰-La question de l'harmonisation du droit civil en Europe est même plus ancienne puisqu'elle a été évoquée dès le début des années 1990 par le Parlement, lequel a formulé plusieurs appels pour faire cesser le cadre juridique fragmenté du droit des contrats.

européennes semblent décidées à maintenir le cap qu'elles s'étaient initialement fixé. Pour mémoire, une communication de la Commission européenne sur le droit contractuel européen du 11 juillet 2001⁵¹ remettait « au goût du jour » la question de savoir si la coexistence des droits nationaux des contrats dans les Etats membres entravait directement ou indirectement le développement du marché intérieur et, dans l'affirmative, dans quelle mesure. L'annonce d'une unification possible du droit européen des contrats a immédiatement mobilisé de nombreux acteurs, professionnels du droit et de la consultation qui, pour la plupart ont renouvelé leur réticence à un droit des contrats unifié. La Commission n'a cependant pas été découragée par ces avis majoritairement défavorables⁵². Elle a entendu élaborer un cadre commun de référence, complété par un instrument optionnel vite relégué et mis en place pour favoriser son élaboration un processus d'une ampleur sans précédent, en créant un « réseau commun pour le droit des contrats européen »⁵³. Ce Réseau financé par la Commission européenne est composé de chercheurs et de praticiens, répartis en huit groupes aux tâches bien distinctes, sans compter les groupes chargés de réaliser des travaux parallèles concurrents du Projet de Cadre commun de référence⁵⁴. Il est d'ailleurs intéressant de relever que la démarche empruntée par ces deux groupes nommés en parallèle, a été très différente et a donc abouti à des

⁵¹-COM (2001) 398 reproduite in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, coll. « Droit privé comparé et européen », vol. 1, Paris, Société de législation comparée.

⁵²-Dans une communication du 12 février 2003, intitulée un droit européen des contrats plus cohérent, un plan d'action se borne à préciser qu' « une majorité s'est exprimée, du moins à ce stade, contre l'option IV, qui propose l'adoption d'un nouvel instrument de droit européen des contrats », p. 6, n° 7 COM (2003) 68 final reproduit in *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit*, coll. « Droit privé comparé et européen », textes assemblés par B. Fauvarque-Cosson et D. Mazeaud, 2003, p. 292.

⁵³-Contrat n° CIT3-513351.

⁵⁴-L'Association Henri Capitant et la Société de législation comparée d'un côté et le groupe de travail sur un code civil européen dirigé par M. Von Bar, de l'autre.

résultats également divergents. Le 1^{er} juillet 2010⁵⁵, la Commission a lancé une consultation en la forme d'un Livre vert « relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises »⁵⁶, qui rappelle les objectifs poursuivis avant de proposer à la consultation publique⁵⁷ les diverses formes que l'instrument européen serait susceptible d'emprunter pour parvenir au résultat escompté⁵⁸. De manière très surprenante, ce Livre vert qui évoque naturellement le Cadre commun de référence a presque ignoré les travaux de l'Association Henri Capitant et la société de législation comparée qui semblait pourtant avoir répondu de manière la plus stricte au cahier des charges qui lui avait été soumis au début de la mission. En outre, comme d'éminents auteurs l'ont fait valoir, il n'est pas non plus inintéressant de relever que ce Livre vert a totalement gommé l'interrogation portant sur la coexistence des droits nationaux des contrats des Etats membres et la possibilité qu'elle puisse constituer un frein au marché intérieur. Le document établi en 2010 se contente désormais d'affirmer purement et simplement que ces disparités entre les droits nationaux des contrats constituent une entrave au marché intérieur, sans pouvoir étayer cette information par une solide étude d'impact⁵⁹.

⁵⁵-En 2010, un groupe de praticiens et d'universitaires a également été chargé de réaliser une étude de faisabilité publiée le 3 mai 2011 pour préparer le Cadre commun de référence en droit des contrats. Deux conseillers spéciaux ont été nommés pour soutenir deux visions différentes du futur Cadre commun de référence.

⁵⁶-COM (2010) 348/3.

⁵⁷-Consultation publique qui a connu un engouement manifeste à la lumière des 300 réponses à ce Livre vert, lesquelles sont disponibles sur le site de la Commission dont plus de 20 réponses françaises.

⁵⁸-Sept options distinctes ont été ainsi proposées dans le Livre, allant de la simple publication des résultats du groupe d'experts créé en avril 2010, jusqu'à l'adoption d'un règlement instituant un Code civil européen en droit des obligations.

⁵⁹-Seules deux enquêtes de faible envergure et un sondage d'opinion réalisé auprès de 175 entreprises semblent avoir décidé la Commission à poursuivre dans cette voie. La volonté de poursuivre de la Commission est d'autant plus surprenante que des organes, dont l'autorité n'est pas discutée, ont rendu dans ce même laps de temps des avis en

Rien ne semble donc pouvoir entraver la mise en place d'un règlement instituant un droit européen des contrats optionnel⁶⁰ alors que l'unification du droit européen des contrats n'est pas nécessairement opportune pour le consommateur ou l'entreprise en termes de protection pour les premiers et de concurrence extracommunautaire pour les seconds.

26.- L'exemple de l'harmonisation du droit européen des contrats permet de montrer que dans la meilleure des hypothèses, les différentes vagues de consultation auront eu seulement pour effet de ralentir la Commission dans son élan mais en aucun cas de la dissuader de poursuivre son choix idéologique d'harmoniser le droit européen des contrats. La consultation n'a qu'un faible impact sur le choix final de la Commission qui semble demeurer intimement convaincue, peut-être à tort à la lumière des nombreux avis divergents en la matière, que les différences entre les droits nationaux des contrats des Etats membres constitueraient un obstacle dirimant au bon fonctionnement du marché intérieur de l'Union européenne. Son intuition selon laquelle l'harmonisation du droit civil au niveau européen serait indispensable à l'amélioration de l'établissement et au fonctionnement d'un marché intérieur uniforme, primerait donc sur les nombreuses opinions divergentes des parties intéressées spécialisées pour qui la disparité des règles juridiques actuelles ne constitue pas nécessairement un obstacle pour la création d'espaces économiques intégrés, imposés par l'environnement économique international. Les efforts d'intégration juridique ne semblent pas nécessaires dans tous les domaines et notamment en matière de droit des contrats.

contradiction totale avec cette affirmation (FBF ou encore le MEDEF) mais que leurs avis ont été écartés.

⁶⁰-Le travail de la Commission s'est ensuite recentré sur le contrat de vente et a donné lieu à une autre consultation qui a finalement permis d'adopter le 11 octobre 2011 une proposition de règlement du Parlement européen et du conseil relatif à un droit commun européen de la vente qui propose un instrument optionnel.

27.- Les résultats de la participation n'auraient ainsi qu'une influence très marginale sur la décision finale susceptible d'être prise par la Commission qui considère que la démarche sectorielle doit en toute hypothèse être abandonnée, sans parvenir pour autant à dégager un instrument juridique d'intégration qui emporte la conviction de la majorité des parties intéressées au processus. La résistance massive des différentes parties prenantes ont seulement obligé la Commission à abandonner l'idée d'un Code civil européen qui harmoniserait les droits des contrats des Etats membres.

28.- L'exemple du droit européen des contrats permet légitimement de s'interroger sur la crédibilité de ces procédures puisque les institutions européennes conservent ensuite toute liberté sur les textes à adopter, en faisant parfois totalement abstraction des avis qui ne vont pas dans leur sens. Dans le meilleur des cas, le processus consultatif retarde donc parfois le choix contesté mais il ne semble pas en mesure de l'arrêter ou même de le dévier. Si par le biais de ce processus, l'illusion de la démocratie participative est certes sauvée, son efficacité en terme d'intégration juridique reste très incertaine.

29.- L'engouement européen pour le mode consultatif est avant tout d'ordre politique. Il est en partie né du constat de la crise de la représentation et de la volonté correspondante de légitimer l'action politique par le renforcement de la participation des parties intéressées à la prise de décision⁶¹. Il part ainsi du postulat selon lequel les modes traditionnels d'élaboration du droit seraient épuisés, tout comme les formes classiques de la représentation politique seraient dépassées. La solution à ce

⁶¹-V. en ce sens L. Blondiaux, *Le nouvel esprit de la démocratie, Actualité de la démocratie participative*, Ed. du Seuil et de la Rép. Des Idées, 2008, p. 24 et s..

déficit démocratique européen⁶² résiderait alors dans le développement de la démocratie participative, sous ses formes les plus diverses, afin d'asseoir la politique des institutions européennes et de la Commission particulièrement dans le choix des formes empruntées pour parvenir à une unification du droit⁶³.

30.- En théorie l'objectif affiché, qui consiste à présenter la consultation comme un instrument privilégié pour garantir une meilleure intégration juridique, est parfaitement louable. Il devrait donc être salué et même encouragé sans réserve. En pratique, il convient cependant de nuancer cet enthousiasme pour des raisons plurielles. Ce mode spécifique de production du droit qu'est la consultation offre normalement la possibilité à l'ensemble des parties intéressées de participer à un processus de consultation et de débats sur la base des propositions que les institutions européennes émettent. Or, des difficultés d'information et de formation montrent tout d'abord que la réalité est bien différente. Si les efforts déployés par les institutions européennes en matière d'information sont certains⁶⁴, subsistent en effet toujours des réticences à se prononcer sur des matières non maîtrisées et il apparaît difficile de surmonter des résistances de cette nature. Ensuite, l'absence de valeur juridique claire des actes consultatifs, autre que d'ordre interprétatif lorsqu'ils donnent lieu ensuite à l'adoption d'un texte, ne plaide pas en faveur de leur efficacité. Enfin, l'absence de suite généralement

⁶²J.-M. Guieu, Ch. Le Dréau, J. Raflik, L. Warloutzet, *Penser et construire l'Europe au XXème siècle*, Paris, Belin, 2007, *L'espace politique européen : entre projet technocratique et déficit démocratique*, p. 320 et s.

⁶³-C. Peres, *Livre Vert de la Commission européenne : les sources contractuelles à l'heure de la démocratie participative*, *Revue des contrats* 2011-13 ; Y. Lequette, *Le code européen est de retour*, *Revue des contrats*, 2011.1028.

⁶⁴-L'information a été travaillée par les institutions européennes avec la mise en place de la démocratie électronique depuis 2001 : voir le système « *you're voice*, votre point de vue sur l'UE ».

donnée par la Commission à ces différents actes nous conforte dans l'idée que ce processus consultatif n'est peut-être qu'un leurre.

31.- La diffusion de nombreux Livres verts et blancs, ainsi que la mise en place d'un nombre important de consultations et d'échanges avec des experts universitaires et, de manière plus générale, l'ensemble des parties prenantes sur les nombreux projets des institutions européennes répondent favorablement aux critiques attachées au caractère technocratique du droit européen. Si ce processus se révèle incontestablement d'une grande richesse pour la réflexion juridique, grâce à la démocratie participative et au dialogue civil, il est cependant possible, en pratique, d'émettre d'importantes réserves sur son efficacité concernant le choix d'un instrument final d'intégration juridique.