

LES ÉTUDES D'IMPACT ACCOMPAGNANT LES PROJETS DE LOI

Sous la direction de
Mathilde Philip-Gay

*(Centre de Droit Constitutionnel de l'Université Jean Moulin
Lyon 3)*

Préface de
Dominique Rousseau

Conclusions de
Dominique Turpin

Liste des auteurs

Jean-Pierre BALCOU, *Ancien chef de la mission « qualité de la norme », directeur de projet au Secrétariat Général du Gouvernement*

Philippe BLACHÈR, *Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon 3, Doyen honoraire de la faculté de droit d'Avignon*

Sylvie CAUDAL, *Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon3, Directrice de l'Institut d'Études Administratives*

Laurent ECK, *Maître de conférences à l'Université Jean Moulin-Lyon 3, Centre de Droit Constitutionnel*

Valérie GOESEL-LE BIHAN, *Professeur à l'Université Lumière-Lyon 2*

Marc HOSTERT, *(Luxembourg) Chef de cabinet à la Cour des comptes européenne, Conseiller pour la rédaction du rapport de la Cour intitulé « Impact Assessments in the EU institutions: Do they support decision making ? »*

Jean-François KERLEO, *Attaché temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université Jean Moulin-Lyon 3, Centre de Droit Constitutionnel*

Jean MALLOT, *Député, co-auteur du rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi (2009)*

Ioannis PAPADOPOULOS, *Professeur assistant à l'Université de Macédoine, Département d'Études Internationales et européennes, Thessalonique (Grèce), ancien conseiller scientifique au Parlement européen*

Mathilde PHILIP-GAY, *Maître de conférences en droit public à l'Université Jean Moulin-Lyon 3, Directrice-adjointe du Centre de Droit Constitutionnel*

Guillaume PROTIERE, *Maître de conférences à l'Université Lumière-Lyon 2, Équipe d'accueil « Droits, contrats, territoires »*

Dominique ROUSSEAU, *Professeur à l'Université Paris 1, membre de l'Institut Universitaire de France*

Dominique TURPIN, *Professeur à l'Université d'Auvergne, Président honoraire de l'Université d'Auvergne, Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand*

Avant Propos

Le Centre de Droit Constitutionnel de l'université Jean Moulin (Lyon 3) est l'un des Laboratoires composant l'Équipe de Droit Public de Lyon (EDPL).

Il présente, par cet ouvrage dirigé par Mathilde Philip-Gay, une série de contributions sur les études d'impact, jointes aux projets de lois. Ce nouveau mécanisme marque une profonde transformation de la procédure législative, transformation qui résulte de la réforme constitutionnelle mise en place par la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution. Désormais, un projet de loi doit être accompagné de son étude d'impact afin d'apprécier la nécessité, le coût et la portée des dispositions législatives envisagées.

Le présent volume étudie, dans toutes ses dimensions (juridique, économique, politique, sociale), cette nouvelle exigence qui s'impose au législateur. Les contributions rassemblées, dans le cadre des journées décentralisées de l'Association Française de Droit Constitutionnel, émanent de spécialistes du droit constitutionnel français et étranger. Elles s'adressent à tous ceux qui souhaitent mieux comprendre la manière dont se fabrique la loi, praticiens comme universitaires.

La réalisation de ce projet doit beaucoup à nos partenaires: nous remercions en particulier les éditions Lextenso, l'Association Française de Droit Constitutionnel, l'école doctorale de l'Université Lyon 3 (Jean Moulin) et l'ensemble des auteurs.

Lyon, le 17 janvier 2012

Philippe BLACHER
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)
Directeur du Centre de Droit Constitutionnel

Préface

Dominique Rousseau

Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne

Quel impact peut avoir une préface pour introduire un ouvrage magistralement pensé par Mathilde Philip-Gay, lumineusement conclu par mon ami, le professeur Dominique Turpin, et intelligemment réfléchi par une subtile articulation de contributions d'universitaires, de praticiens et de politiques ? Si une étude était faite, elle pourrait conduire à ne plus faire de préface, soit parce que leur contenu est tellement riche que le lecteur se croit dispensé de lire le « reste » de l'ouvrage – ce qui serait le comble pour une préface et dommage pour le savoir – soit parce que le lecteur, convaincu du caractère formel de l'exercice, zappe la préface et va directement … à la conclusion !

Et pourtant, des préfaces s'écrivent toujours. Et des lois se votent encore. Même depuis l'obligation de les faire précéder d'études d'impact qui ont pour objet de rassembler et d'analyser tous les éléments – juridiques, économiques, sociaux, psychologiques, … - permettant aux parlementaires de décider s'il faut ou non légiférer sur telle matière et légiférer de telle façon. Sous un vocable technocratique, les études d'impact réactivent la figure du Législateur éclairé, du Politique instruit par et appuyé sur la Raison. Elles font appel aussi, simplement, au bon sens : il faut mieux réfléchir aux effets possibles d'une loi avant son vote qu'après. Elles engagent pourtant, peut-être à leur insu, une représentation de la chose politique où s'entrechoquent des logiques très différentes, voire contradictoires. D'abord, celle d'une vision du politique tout entier pris par et prisonnier des passions, des intérêts partisans, des clientèles électorales et des lobbys et qui, pour se redresser avec un grand « P », pour penser l'intérêt général, a besoin de la Science comme tuteur. Jean-Jacques Rousseau le disait déjà à sa manière : « le peuple, affirme-t-il dans le Contrat social, veut naturellement le bien mais tout seul il ne le voit pas, d'où la nécessité d'un Législateur ». Ensuite, celle d'une communication nécessaire et intelligible entre le Politique et le Savant alors que, selon Max Weber, le premier parle le langage de la responsabilité, le second celui de la conviction et que les deux niveaux de langage répondent à des exigences qui leur sont propres et ne sont pas transférables. Enfin, celui d'un Savoir garantissant la neutralité et l'objectivité du Droit en le détachant de la sphère des Idéologies alors que l'expérience témoigne chaque jour et sur tous les sujets de la contrariété d'opinion des sachants.

En forçant un peu le trait, un travail d'expertise n'apporte jamais que la preuve de la validité des contraires. Ou, dit autrement, la preuve que le contraire de qui est prévu est tout aussi possible et « vrai » que ce qui est prévu. Il suffit de lire les pages des journaux ouvertes aux spécialistes de telle ou telle matière, d'écouter les experts sur les ondes ou de suivre un – rare – débat télévisé pour constater que sur l'euthanasie, sur les OGM, sur le nucléaire, sur l'euro ou sur l'âge de la retraite, les analyses, les arguments et les solutions proposées diffèrent d'un sachant à l'autre et que, comme le dirait Madame Michu - l'amie de Dominique Turpin – « il y a du vrai dans ce qui est dit par les uns et par les autres » ! Ce qui fait de Madame Michu une disciple sans le savoir de Montaigne qui avait écrit au plafond de sa librairie : « il n'y a pas d'argument qui n'est son contraire ».

Il est donc toujours un moment où il faut conclure, arrêter, décider, trancher et ce moment est toujours « politique ». Ce qui ne signifie pas nécessairement qu'il est le moment de la loi. Sans doute les études d'impact sont-elles présentées comme un instrument d'amélioration de la fabrication des lois ; mais la question que ces études amènent à se poser est tout autre ; elle est celle-ci et elle est grave : la loi est-elle, aujourd'hui, le moyen approprié à la « gestion » des sociétés ? Si la règle générale et impersonnelle convient à une société « solide », s'accorde-t-elle à une société « fluide », à une société des individus¹ ? Sur le sujet controversé de la légalisation ou non de l'euthanasie, le docteur Bannier, tout en reconnaissant que la loi Léonetti permet beaucoup de choses, n'hésite pas à affirmer que « le problème, c'est la loi elle-même ; légiférer, c'est généraliser, alors qu'en médecine, on ne traite que des cas particuliers »². Mais alors quel acte juridique à la place de la loi ?

Assurément, Mathilde Philip-Gay a ouvert, sous le titre modeste des études d'impact, un immense et fondamental champ de réflexion aux constitutionnalistes. Assurément, il faudra compter avec l'équipe des constitutionnalistes de Lyon dans les prochaines années. Assurément, l'Association française de droit constitutionnel apporte son entier soutien à cette belle initiative et à ce bel avenir constitutionnel entre Saône et Rhône.

¹ Expression à ne pas confondre avec société individualiste.

² *Libération*, 20 et 21 août 2011, p.10.

PREMIÈRE PARTIE

ÉTUDE DES ÉTUDES D'IMPACT

CHAPITRE 1

ÉTUDES DE L'ÉVALUATION EX ANTE

L'usage stratégique des études d'impact dans la procédure législative européenne

Ioannis Papadopoulos*

*Professeur assistant à l'Université de Macédoine
Département d'Études Internationales et européennes
Thessalonique (Grèce)*

I. Introduction – Hypothèse de travail

Les Conseils européens de Göteborg et de Laeken de 2001 ont lancé une initiative majeure baptisée « Mieux légiférer » (*Better Regulation*)³ afin de simplifier et d'améliorer l'environnement réglementaire de l'UE, mais aussi d'intégrer, pour la première fois, l'examen des incidences économiques, sociales et environnementales des propositions législatives de la Commission européenne dans la procédure législative de l'Union.

*Je voudrais remercier mon assistante de recherche Candice Méric pour son aide matérielle précieuse.

³ Le Conseil européen de Göteborg, qui s'est tenu les 15 et 16 juin 2001 à Göteborg en Suède, a élargi les objectifs de la Stratégie de Lisbonne à l'environnement et au développement durable (voir point 20 des conclusions du Conseil), tandis que le Conseil européen de Laeken, qui s'est tenu les 14 et 15 décembre à Laeken en Belgique, a adopté une « Déclaration de Laeken » qui a convoqué la Convention sur l'avenir de l'Europe et a lancé, entre autres, un vaste programme de simplification des instruments de l'Union pour combattre la prolifération législative européenne.

Un premier ensemble de mesures sous le chapiteau du Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire » fut adopté en juin 2002 ; voir COM(2002) 278 final du 6.6.2002. Puis, en mars 2005, lors du réaménagement à mi-parcours de la Stratégie de Lisbonne, est parue une communication de la Commission adressée au Conseil et au Parlement européen sous le titre « Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne » ; voir COM(2005) 97 final du 16.3.2005.

L'initiative « Mieux légiférer » est désormais largement discutée en doctrine. Parmi les meilleures contributions critiques sont les articles de Robert Baldwin, « Is Better Regulation Smarter Regulation ? », *Public Law*, 2005, pp. 485-511 et Jonathan B. Wiener, « Better Regulation in Europe », *Current Legal Problems Yearbook*, vol. 59 (2006), pp. 447-518. Voir aussi, *infra* : Marc Hostert, « réflexions sur l'audit des analyses d'impact de l'UE », cet ouvrage, pp.72 et s.

Il n'est sans doute pas un hasard que cette initiative ait été lancée en même temps que le processus visant à aboutir à un Traité constitutionnel pour l'Europe. En effet, j'essayerai de montrer que la principale raison d'être de cette initiative, qui a comme pièce maîtresse l'« analyse d'impact » (le terme utilisé en UE – désormais AI), est peut-être de servir d'***instrument de légitimation de la Commission par la procédure***, à défaut d'une *légitimation populaire par le suffrage universel*. Je soutiendrai que les analyses d'impact de la Commission européenne, loin de représenter un outil purement technique pour l'optimisation de la qualité de la législation produite par les organes institutionnels de l'Union, a une mission politique forte dans le *modèle de gouvernance européenne* : celle de *combler* – en partie au moins – *le fameux « déficit démocratique » de l'Union européenne par l'usage stratégique d'une procédure structurée* qui se veut transparente, détaillée et largement ouverte à la participation des parties prenantes (les *stakeholders*), dans le but de construire de larges alliances sociales afin de *consolider la place institutionnelle de l'organe communautaire par excellence, à savoir la Commission*, dans la redistribution permanente des rapports de force au sein de l'Union. Au surplus, je montrerai que par le maniement préventif des contrôles de subsidiarité et de proportionnalité et par le *choix de l'intensité normative* (c'est-à-dire par le choix, sous-tendu par l'analyse d'impact, de l'outil de régulation ou de *soft law* proposé), *la Commission se positionne stratégiquement* dans le jeu mouvant qui étend – ou au contraire contracte – la compétence communautaire selon la conjoncture politique.

Bref, je soutiendrai que la Commission utilise l'analyse d'impact comme une procédure par le biais de laquelle elle s'efforce de s'*auto-légitimer fonctionnellement dans un système de répartition des pouvoirs a-centré*, c'est-à-dire qui ne concentre en aucun lieu institutionnel identifiable le pouvoir politique pour en distribuer l'exercice par la suite, comme cela se fait au contraire dans l'Etat moderne⁴. Suivant en cela à certains égards la théorie fonctionnaliste de la « légitimation par la procédure » et l'autopoïèse de Niklas Luhmann et à d'autres la philosophie du droit naturel procédural du juriste américain Lon Fuller, l'usage de l'analyse d'impact par la Commission ambitionne à la fois d'ouvrir la procédure législative européenne à une légitimité externe à la représentation politique, une légitimité participative provenant directement de la société civile et des *stakeholders* plus généralement, et *en même temps* de renforcer l'indépendance, et par conséquent l'autorité, de la Commission dans son pouvoir discrétionnaire d'exercer son droit d'initiative. Aussi pourrait-on dire, en simplifiant sans doute, que l'analyse d'impact représente une façon tout à fait

⁴ Sur cette particularité du modèle de gouvernance européen par rapport au modèle classique du gouvernement, voir le *Livre blanc sur la gouvernance européenne* COM(2001) 428 final du 25.7.2001, document qui a préparé le Plan d'action « simplifier et améliorer l'environnement réglementaire » présenté au Conseil européen de Laeken et adopté en juin 2002 (voir notamment partie 3.2 « De meilleures politiques, de meilleures réglementations et de meilleurs résultats », pp. 22-31) ; voir aussi l'excellent livre de Nikos Scamamis, *Paradigme de la gouvernance européenne : entre souveraineté et marché*, préf. Dusan Sidjanski, Bruxelles, Bruylants, 2009. Paul Magnette, lui, parle d'un régime politique « acéphale », Paul Magnette, *Le régime politique de l'Union européenne*, Paris, Presses de Sciences Po, 3^{ème} éd., 2009, pp. 109-208.

originale d'emboîter ce qu'on appelle la « démocratie participative » et l'archiconnue « méthode communautaire ».

II. Présentation et discussion critique du modèle d'analyse d'impact de la Commission européenne

A. DÉFINITION

Comme le résume la Cour des comptes européenne dans un rapport spécial récent⁵ sur l'analyse d'impact dans les institutions européennes, « l'analyse d'impact constitue l'une des pierres angulaires de la politique « Mieux légiférer » de la Commission qui vise à améliorer et à simplifier la législation nouvelle et celle déjà en vigueur » en contribuant aux « processus décisionnels par la collecte et l'analyse systématiques d'informations relatives aux interventions prévues, ainsi que par l'estimation de leur incidence probable »⁶. La Commission elle-même définit cette procédure comme « un ensemble d'étapes logiques à suivre lors de la préparation de propositions législatives », un « processus au cours duquel sont réunies, à l'intention des décideurs politiques, des informations sur les avantages et inconvénients des options politiques envisageables, par le biais d'un examen de leurs impacts potentiels »⁷. La réalisation d'une analyse d'impact est un élément fonctionnel clé pour l'élaboration de propositions (législatives et non-législatives) par la Commission ; elle l'est tout autant pour le bon déroulement de la procédure législative ordinaire⁸, puisque les organes législatifs (Parlement européen et Conseil) disposent ainsi d'une base solide leur permettant de décider de la meilleure manière de traiter un problème posé⁹.

⁵ Cour des comptes européenne, *L'analyse d'impact dans les institutions européennes : soutient-elle la prise de décision ?*, Rapport spécial n° 3, septembre 2010.

⁶ Cour des comptes européenne, *ibid.*, Synthèse, pt. I, p. 6.

⁷ Commission européenne, *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact*, SEC(2009) 92 du 15.01.2009, p. 4. On peut trouver une définition large de l'« évaluation *ex ante* » comme « recherche prospective sur les effets attendus et les effets secondaires d'une potentielle nouvelle législation en suivant une procédure structurée et formalisée, menant à un rapport écrit. Une telle recherche inclut une étude des effets possibles et des effets secondaires des alternatives, y compris de l'alternative de non-régulation » in Jonathan Verschuren (dir.), *The Impact of Legislation : A Critical Analysis of Ex Ante Evaluation*, Leiden & Boston, Martinus Nijhoff, 2009, p. 5.

⁸ Art. 294 TFUE (auparavant « procédure de codécision », art. 251 TCE).

⁹ Les deux organes législatifs de l'Union se sont engagés par un accord interinstitutionnel à tenir compte des analyses d'impact lors de la procédure législative ; voir *Approche interinstitutionnelle commune en matière d'analyse d'impact*, 14901/05 JUR, adoptée le 29 novembre 2005. La monographie d'Anne C.M. Meuwese, *Impact Assessment in EU Lawmaking*, La Haye, Kluwer Law International, 2008, explore l'AI et montre son importance quasi-constitutionnelle sur la procédure législative européenne ; voir *op. cit.*, pp. 2, 256-262.

Pour une discussion autour de la possibilité et l'opportunité d'une codification en général de la *soft law* pré-législative européenne, dont les AI, voir Aurélien Raccah, « Vers une formalisation de la procédure pré-législative de l'Union européenne ? », *RFAP* 2008/3 (n° 127), pp. 543-558.

B. CHAMP D'APPLICATION

Le champ d'application du système communautaire d'analyse d'impact est très large, puisque toutes les initiatives d'ordre stratégique ayant une incidence importante (qu'elles soient législatives, budgétaires ou politiques) doivent faire l'objet d'une telle analyse¹⁰. Toutes les propositions législatives contenues dans le programme législatif et de travail annuel de la Commission, ou encore ayant des incidences économiques, sociales et environnementales clairement identifiables, ainsi que toutes les initiatives non législatives de la Commission (tels que les livres blancs et les plans d'action) qui dessinent les futures politiques communes, sont couvertes par le champ d'action de l'analyse d'impact, qui se révèle ainsi beaucoup plus large que celui des systèmes analogues des Etats membres ou d'autres pays de l'OCDE¹¹.

C. PROCÉDURE, PLANIFICATION ET TENEUR

Les rapports d'analyse d'impact visent évidemment à aider les organes institutionnels européens tout au long de la procédure législative en portant à leur connaissance les principales options leur permettant d'atteindre l'objectif politique escompté et en clarifiant les éventuelles incidences économiques, sociales et environnementales. Les analyses d'impact prennent en considération à un stade assez précoce les contributions d'un vaste ensemble de parties prenantes externes et les expertises internes et externes. Leur rédaction, qui se fait au sein de chaque Direction générale – dorénavant DG – de la Commission, est soumise à des lignes directrices (*guidelines*)¹² et soutenue par un groupe de pilotage de l'analyse d'impact. Un comité consultatif *ad hoc* qui s'appelle « Comité d'analyse d'impact » centralise tous les avant-projets de rapport d'analyse d'impact avec les notes de synthèse les accompagnant et émet des recommandations pour en améliorer la qualité. Par la suite, on lance une coordination interservices au sein de la Commission pour l'examen du projet de rapport d'analyse d'impact avec l'avis du Comité d'analyse d'impact et la proposition d'initiative. Enfin, on soumet au Collège des commissaires le projet de rapport avec la proposition pour adoption définitive, avant leur transmission aux autres institutions. Il est à noter que, en vue de garantir au mieux la transparence de la procédure, le rapport d'analyse d'impact final est publié au site web Europa en anglais, français ou allemand, de pair

¹⁰ Voir Cour des comptes européenne, *op. cit.*, Introduction, p. 9. Voir aussi Anne C.M. Meuwese, *op. cit.*, pp. 65-67.

¹¹ Cour des comptes européenne, *op. cit.*, Introduction, p. 9 et Annexe I, pp. 50-51. L'OCDE a adopté en 1997 son rapport séminial *L'analyse de l'impact de la réglementation : Meilleures pratiques dans les pays de l'OCDE*, Paris, Publications de l'OCDE, 1997, qui a recommandé aux gouvernements des Etats membres d'intégrer l'analyse d'impact de la réglementation dans le processus de développement, révision et réforme de leurs réglementations ; cf. son guide *Construire un cadre institutionnel pour l'analyse d'impact de la réglementation (AIR) : orientations destinées aux décideurs*, Paris, Publications de l'OCDE, 2008.

¹² Dont la première rédaction remonte à 2002 ; voir la Communication de la Commission sur l'analyse d'impact COM(2002) 276 final du 5.6.2002, qui a mis en place une nouvelle méthode intégrée d'analyse d'impact, comme convenu lors des Conseils européens de Göteborg et de Laeken.

avec sa note de synthèse, qui, elle, est traduite dans toutes les langues officielles de l'Union¹³.

Le rapport d'analyse d'impact doit être un document à format standard, ne dépassant pas les 30 pages, écrit dans un langage non technique, présentant de manière concise les résultats des travaux de l'analyse d'impact et accompagné d'une note de synthèse pas plus longue que 10 pages. Ce rapport est accompagné d'une lettre de transmission portant nécessairement la signature du directeur général qui assume l'entièvre responsabilité de son contenu¹⁴. L'exposé des motifs de toute proposition législative (qui est soumis à des amendements et voté avec les articles de la proposition) doit brièvement exposer les options qui ont été envisagées, leurs éventuelles incidences économiques, sociales et environnementales, l'adresse du site web où l'on peut trouver le rapport d'analyse d'impact final et la manière dont les recommandations du Comité d'analyse d'impact ont été intégrées¹⁵.

Il faut généralement plus de 12 mois pour compléter une analyse d'impact, en tenant compte des délais assez lourds pour la consultation publique. C'est pourquoi la Commission planifie assez précocement les analyses d'impact en les intégrant dans son cycle annuel de planification stratégique et de programmation (SPP) et en lançant par la suite une feuille de route (*roadmap*) à l'attention des parties prenantes, incluant des informations sur toutes les étapes analytiques et sur le calendrier de la procédure¹⁶.

III. Rôle stratégique et double logique (participative et communautaire) de l'analyse d'impact européenne : sa visée légitimatrice

Par ce qui précède, force est de constater que l'analyse d'impact est prise très au sérieux par la Commission, si bien qu'elle acquiert un rôle proprement *stratégique* : elle permet aux différents acteurs du jeu institutionnel (ce que l'on appelle communément la « gouvernance européenne ») de se positionner sur la ligne de

¹³ Voir Anne Meuwese et Linda Senden, « European Impact Assessment and the Choice of Alternative Regulatory Instruments », in Jonathan Verschueren (dir.), *op. cit.*, pp. 137-174, p. 149, pour un résumé des caractéristiques spécifiques au régime européen d'analyse d'impact par rapport au concept générique d'évaluation d'impact.

¹⁴ Commission européenne, *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact*, *op. cit.*, pp. 10-11.

¹⁵ Commission européenne, *op. cit.*, p. 13, qui cite à cet égard le *Manuel des procédures opérationnelles* (un document interne de la Commission). Pour une description du modèle d'AI intégrée introduit par la Commission et des recommandations techniques pour son amélioration déclinées en 10 « feuilles de routes », voir Andrea Renda, *Impact Assessment in the EU : The State of the Art and the Art of the State*, Bruxelles, Centre for European Policy Studies, 2006, notamment pp. 52-56 et 80-132.

¹⁶ Commission européenne, *op. cit.*, p. 9 : « Les feuilles de route représentent des outils essentiels pour assurer la transparence interne et externe de la préparation des politiques et permettent à tous les intervenants du processus d'analyse d'impact de préparer leurs contributions en temps utile ». Cf. Anne C.M. Meuwese, *op. cit.*, pp. 68-69.

départ de la procédure législative¹⁷, une ligne tracée par la Commission elle-même mais étayée par la collaboration de toutes les parties prenantes. Quant au produit final du processus, à savoir le rapport d'analyse d'impact, il est important de noter que celui-ci n'est pas seulement destiné à éclairer le déroulement de la procédure législative, mais aussi, plus stratégiquement, à permettre à la Commission de défendre les avantages de sa proposition auprès des organes décisionnels (Conseil et Parlement) durant le processus législatif qui s'ensuivra¹⁸.

La Commission insiste que l'analyse d'impact est un outil d'aide à la prise de décision politique mais ne se substitue pas à elle¹⁹. Le service chef de file (la DG principalement compétente de la Commission, avec le soutien du Secrétariat général de celle-ci) lance discrétionnairement la procédure d'élaboration de la proposition législative ou non législative, après quoi elle réalise sous sa responsabilité l'analyse d'impact, qui pourra par la suite être ajustée au fur et à mesure que la procédure avance. Ainsi, si le Commissaire politiquement responsable estime, sur la base de l'analyse d'impact, qu'une action est à entreprendre, une proposition en ce sens est finalisée et transmise à la consultation interservices avec le rapport d'analyse d'impact et l'avis du Comité d'analyse d'impact, puis au Collège des commissaires²⁰. Nous sommes donc témoins d'une *double logique, participative et communautaire*, d'un pari institutionnel de la Commission qui veut concilier, d'une part l'exigence de transparence dans la préparation des politiques communautaires et l'ouverture permettant à tous les intervenants au processus (*stakeholders*) de préparer leurs contributions en temps utile²¹, et d'autre part l'indépendance complète de la Commission dans l'exercice de son droit d'initiative, poutre porteuse, comme on sait,

¹⁷ Au sens large du terme, qui comprend aussi la procédure parlementaire non législative engagée en vue du vote d'une résolution sur un rapport d'initiative. Un rapport d'initiative exprime fréquemment l'opinion du Parlement européen sur un document stratégique de la Commission (Livre vert, Livre blanc, Communication ou Plan d'action, le plus souvent) ; voir art. 48 du Règlement intérieur du Parlement européen.

¹⁸ Les lignes directrices sont extrêmement claires à cet égard : « Votre analyse d'impact cherchera à anticiper les questions susceptibles d'être soulevées par le Conseil et le Parlement, comme par exemple le choix de l'instrument d'action de l'UE » (Commission européenne, *op. cit.*, p. 13).

¹⁹ Les *Lignes directrices*, *op. cit.*, p. 5, l'expriment fort bien : « L'analyse d'impact aide la décision [du Collège des commissaires], mais ne la remplace pas : l'adoption d'une proposition politique *reste toujours une décision politique prise uniquement par le Collège* » (c'est nous qui soulignons). Cf. Anne Meuwese et Linda Seden, *op. cit.*, p. 171 : « même si elle s'engage à conduire des analyses d'impact et à considérer des mécanismes alternatifs [à la législation], la Commission veut rester flexible sur ce qu'elle fera du résultat de ce processus ».

²⁰ Commission européenne, *op. cit.*, pp. 12-13. Cf. Anne C.M. Meuwese, *op. cit.*, pp. 67-70.

²¹ Sur la participation en tant que principe de bonne gouvernance de l'UE, voir *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, *op. cit.*, pp. 12, 17-21 ; cf. art. 15 al. 1 TFUE. Parmi une vaste littérature sur la notion de « démocratie participative », voir l'ouvrage important de Pierre Rosanvallon, *La légitimité démocratique : Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, qui, à côté de la légitimité représentative classique par l'élection, thématise des nouvelles sources de légitimité démocratique, dont la « légitimité de proximité » (appelée aussi « démocratie d'interaction ») qui s'incarne dans des outils de démocratie participative et qui médiatise les rapports entre pouvoir et société au travers des lieux de dialogues multiples, denses et permanents.

de la méthode communautaire²². Dit autrement, pour la Commission, l'intrication entre la société civile (facteur externe) et sa propre bureaucratie (facteur interne) sert sans doute à *légitimer la procédure de prise de décision* par son ouverture à la participation de tous les *stakeholders* (les personnes physiques, collectivités et entités en général ayant un enjeu dans l'aboutissement de la procédure), *tout en gardant jalousement les clés du temple institutionnel* (le droit d'initiative) qui sauvegarde le rôle spécifique de cet organe institutionnel exprimant l'intérêt communautaire par excellence²³. Par le jeu de l'analyse d'impact, le déficit de légitimité représentative en amont – ce péché capital de tout l'édifice communautaire – sera en partie récupéré en aval, ou mieux au milieu même du fonctionnement institutionnel, afin de mieux asseoir l'autorité fragile de la Commission pour entraîner le processus d'intégration européenne. Il s'agit clairement d'un moyen pour la Commission de sauvegarder l'intérêt communautaire et, par là même, de raffermir son propre prestige institutionnel, à la fois en ouvrant la procédure et en la fermant aux ingérences des acteurs catégoriels ou nationaux. La Commission le reconnaît d'ailleurs ouvertement elle-même lorsqu'elle dit : « La consultation [des parties intéressées] aide à garantir l'efficacité et la rentabilité des politiques et renforce la légitimité de l'action de l'UE du point de vue des parties prenantes et des citoyens »²⁴.

La visée légitimatrice à laquelle nous nous référerons ci-dessus se situe à mi-chemin entre l'« *input legitimacy* » (« légitimité d'entrée ») et l'« *output legitimacy* » (« légitimité de sortie »), si l'on comprend par « *input legitimacy* » le présupposé que la légitimité d'une décision ou d'une procédure de prise de décision dépend de la participation des acteurs qui pourront l'influencer, tandis que l'« *output legitimacy* » regarde si le résultat de la procédure de prise de décision est bon ou acceptable²⁵. En

²² Le *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, *op. cit.*, p. 9, décrit la spécificité de la méthode communautaire à l'aide de la notion d'« arbitrage » entre divers intérêts au travers du « filtre de l'intérêt général » au niveau de la Commission, et du « filtre de la représentation démocratique » au niveau du Conseil et du Parlement. Aussi place-t-il le monopole du droit d'initiative de la Commission dans ce cadre théorique : « La Commission européenne est la seule à formuler des propositions législatives et de politiques. Son indépendance renforce sa capacité d'exécuter les politiques, d'être la gardienne du Traité et de représenter la Communauté dans les négociations internationales » ; cf. art. 17 TUE. Certes, dans les faits, le monopole du droit d'initiative s'est un peu relativisé en raison de la montée politique, depuis une quinzaine d'années, du Conseil européen qui donne des grandes impulsions politiques à l'Union. Néanmoins, à l'intérieur de ce cadre politique général, la Commission continue de jouir d'une fonction politique essentielle, en établissant le programme législatif de l'UE et en faisant préparer les propositions législatives par ses DG ; voir Paul Magnette, *op. cit.*, p. 143.

²³ Cette tentative de légitimation peut passer parfois par le biais non pas d'une ouverture, mais d'une *fermeture* de la procédure, comme le note correctement Anne Meuwese, en écrivant que la Commission peut désormais protéger son domaine réservé du droit d'initiative et décliner des demandes pressantes de légitimer de la part des Etats membres, des lobbies ou d'autres organes communautaires, en invoquant le besoin d'une analyse d'impact avant toute action ; Anne C.M. Meuwese, *op. cit.*, p. 54.

²⁴ Commission européenne, *Lignes directrices*, *op. cit.*, p. 20.

²⁵ Anne C.M. Meuwese, *op. cit.*, p. 23 ; cf. Fritz Scharpf, *Gouverner l'Europe*, trad. Renaud Dehouze et Yves Sure, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, pp. 16-36, qui distingue analytiquement entre la légitimation par les *inputs* (participation des citoyens) et la légitimation par les *outputs* (capacité à résoudre des problèmes que l'action individuelle ou le marché ne peuvent résoudre). Sur la distinction entre ces deux approches, voir aussi Barbara Finke, « Civil society participation in EU governance », *Living Reviews in European Governance*, Vol. 2 (2007) No. 2, <http://www.livingreviews.org/lreg-2007-2>, cité le 29 mai 2011.

l'occurrence, en renforçant à la fois la participation des acteurs externes dans le processus de prise de décision et l'acceptabilité des initiatives de la Commission par les autres acteurs institutionnels, *la Commission essaye aussi de s'auto-légitimer* elle-même dans son rôle institutionnel de gardienne de l'intérêt communautaire²⁶.

Dans un article récent sur l'analyse d'impact européenne, Radaelli et Meuwese²⁷ relèvent eux aussi une stratégie de procéduralisation qui est pourtant différente, à certains égards, de la stratégie que nous décrivons. Selon ces auteurs, l'analyse d'impact représente en fait une procédure²⁸ qui est mise en œuvre afin d'éviter des choix politiques controversés autour de l'institution qui contrôlera la fonction législative de l'UE. Puisque d'un côté les Etats membres (à travers le Conseil), le Parlement européen et les lobbies s'efforcent tous d'acquérir une plus grande part de pouvoir politique au sein de l'UE, et de l'autre côté la Commission se réfugie derrière son droit d'initiative, des réformes substantielles autour de la redistribution du pouvoir décisionnel n'ont pas été possibles. Dès lors, l'analyse d'impact a été dessinée comme un outil de contrôle politique sur la bureaucratie de la Commission par les Etats membres et, dans une moindre mesure, le Parlement européen, puisque « l'analyse d'impact informe les gouvernements, le Parlement européen et les groupes de pression sur les intentions de régulation de la part de la Commission, elle ralentit le processus de régulation et introduit de nouveaux obstacles et formalités dans la formulation des politiques »²⁹. Or l'analyse d'impact n'entraîne pas forcément une prise de contrôle institutionnel sur la Commission ; il existe deux autres scénarios, à savoir que l'analyse d'impact dégénère en une formalité purement routinière et disparaisse graduellement, ou que la Commission augmente sa capacité administrative

²⁶ L'auto-légitimation dont il est question ici désigne un processus, à la fois de production (rendre, présenter comme légitime) et de réception (accepter, reconnaître comme légitime) de la légitimité ; voir Jacques Lagroye, « La légitimation » in Madeleine Grawitz et Jean Léca (dir.), *Traité de science politique*, tome I, Paris, P.U.F., 1985, p. 395 ; voir aussi Renato Treves, *Sociologie du droit*, préf. Jean Carbonnier, Paris, P.U.F., 1995, p. 249, ainsi que Jürgen Habermas, *Après Marx*, trad. Jean-René Ladamiral et Marc B. de Launay, Paris, Fayard, 1985, chapitre 4, « Les problèmes de légitimation dans l'Etat moderne », p. 250. Pour la perspective sociologique qu'adopte Olivier Corten, « Réflexions épistémologiques et méthodologiques sur une étude sur les spécificités d'une étude politologique de la légitimité », *Cahiers européens de Bruxelles/Brussels European Papers*, 2000, n° 1, 28 p., repris à son compte par Andy Smith, *Le gouvernement de l'Union européenne : une sociologie politique*, préf. Pierre Muller, Paris, L.G.D.J., 2^{ème} éd., 2010, p. 10, il importe d'étudier les réussites et les échecs du processus de légitimation de l'UE en mesurant ce qui est présenté et perçu comme légitime par les acteurs politiques dans des relations de pouvoir et non pas en déterminant ce qui est fondamentalement légitime. Notre approche est plus philosophique que sociologique.

²⁷ Claudio M. Radaelli & Anne C.M. Meuwese, « Hard Questions, Hard Solutions – Proceduralisation through Impact Assessment in the EU », *West European Politics* vol. 33 (2010), pp. 136-153.

²⁸ Ou, selon leur terminologie, un « méta-instrument » qui permet aux acteurs politiques de l'UE de réguler et discipliner l'usage d'instruments, tels que la consultation, l'analyse économique et le choix parmi une multitude de techniques de régulation ; Claudio M. Radaelli et Anne C.M. Meuwese, *op. cit.*, p. 138.

²⁹ *Ibidem*. Le risque de contrôle d'une procédure administrative comme l'analyse d'impact par des groupes d'intérêt spéciaux à travers des demandes formulées par des organes représentatifs (membres d'un parlement ou d'un gouvernement) est appelé « capture réglementaire » (« regulatory capture ») dans la bibliographie anglo-saxonne ; voir, entre autres, Colin Kirkpatrick et David Parker (dir.), *Regulatory Impact Assessment : Towards Better Regulation ?*, Cheltenham & Northampton, Edward Elgar, 2007, p. 5. Ce risque n'est évidemment pas négligeable. Voir *infra* note 36.

et mette en échec les attaques du Conseil et du Parlement³⁰. Et les preuves empiriques de ces dernières années où l'analyse d'impact a été régulièrement appliquée vont plutôt dans le sens du troisième scénario³¹. Ce compte rendu de l'usage stratégique de l'analyse d'impact, bien qu'assez similaire à celui que nous esquissons, est tout de même différent, puisque les auteurs parlent simplement d'une « adaptation qui occasionne un apprentissage organisationnel » de la part de la Commission³², tandis que notre hypothèse est que la Commission utilise la procédure de l'analyse d'impact aussi dans une perspective de *récupération stratégique en aval de la légitimité politique refusée à elle en amont*.

On ne peut véritablement comprendre cette visée stratégique de l'analyse d'impact dans le système communautaire si l'on perd de vue le fait que la Commission est peut-être le seul exécutif au monde qui a le droit d'initiative législative, mais ne dispose ni de moyens institutionnels ni de contraintes de la discipline partisane au cours de la procédure législative³³. La Commission est fragilisée d'emblée puisque, après l'adoption d'une initiative et sa transmission aux deux codécideurs (Parlement européen et Conseil), elle ne maîtrise pas l'ordre du jour et partant ne peut influencer l'exercice du droit d'amendement des deux organes législatifs autrement qu'en médiatisant leurs positions respectives³⁴. Elle jette, en quelque sorte, une bouteille dans la mer en espérant la retrouver plus ou moins intacte sur le rivage d'arrivée. Pour un constitutionnaliste formé à l'école de l'exécutif fort et du parlementarisme rationalisé de la Ve République, cette particularité représente un déficit démocratique de l'exécutif européen tout aussi important que le manque originaire de sa légitimation par le suffrage universel.

Telle est probablement la raison pour laquelle les lignes directrices sur les analyses d'impact contiennent une section consacrée au contexte politique des initiatives³⁵, avec la particularité d'une « analyse de leur acceptabilité politique », distincte de l'analyse de fond. Dans ce contexte, « l'analyse d'impact devra fournir suffisamment

³⁰ *Ibid.*, pp. 143-144 et *passim*.

³¹ *Ibid.*, p. 149 : « Peut-être que la Commission est en déclin en tant que moteur d'intégration [...] Néanmoins, son rôle administratif a été renforcé par l'AI, possiblement en connexion avec d'autres réformes qui ont augmenté la coordination à son sommet, à savoir au Secrétariat général ».

³² *Ibid.*, pp. 138-139 (« adaptations that result in organisational learning »).

³³ Dans la Constitution de la Ve République française, au contraire, il est bien connu que « de fait, la combinaison du parlementarisme rationalisé et du fait majoritaire a créé une situation n'ouvrant d'alternative qu'entre le syndrome du godillot et le prurit de la rébellion, le premier à l'évidence le plus fréquent », selon la belle expression de Guy Carcassonne, « La résistance de l'Assemblée nationale à l'abaissement de son rôle », *RFSP*, 1984, pp. 910-921, p. 910.

³⁴ La Commission informe le Parlement de sa position en première lecture en cas de désaccord entre le Parlement et le Conseil (art. 294 al. 6 TFUE), émet un avis sur les amendements proposés par le Parlement en deuxième lecture (art. 294 al. 7c) et participe aux travaux du comité de conciliation et prend toute initiative nécessaire en vue de promouvoir un rapprochement des positions du Parlement européen et du Conseil (art. 294 al. 11). Selon Jean-Louis Quermonne, « la Commission joue le rôle de médiateur décrit par Jean Monnet, tant à l'origine de la procédure que tout au long de son déroulement, en même temps qu'elle se soucie de préserver à chaque étape l'intérêt général de l'Union et d'éviter que les compromis nécessaires ne se situent au niveau du plus petit dénominateur commun » (Jean-Louis Quermonne, *Le système politique de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2010, p. 73).

³⁵ Commission européenne, *Lignes directrices*, *op. cit.*, pp. 14-19, ch. 3 « Définir la portée et le niveau d'analyse de l'AI ».

de preuves pour répondre aux préoccupations susceptibles d'apparaître au cours du processus décisionnel ou pour réagir à la réaction du public après l'adoption de l'initiative par la Commission »³⁶. Ainsi, les fonctionnaires de la Commission doivent répondre aux questions suivantes afin qu'ils puissent évaluer l'importance politique d'une initiative : « L'initiative concerne-t-elle les priorités stratégiques de la Commission ? L'initiative peut-elle poser des problèmes en matière de subsidiarité et de proportionnalité ? Est-elle particulièrement controversable ? Qui pourrait contester l'initiative ? L'initiative est-elle particulièrement importante dans le cadre interinstitutionnel ou pour certains États membres ? » Dans tous ces cas, les fonctionnaires doivent « présenter dans l'analyse d'impact des informations particulièrement solides pour souligner l'action de la Commission et [...] également anticiper les amendements ou les solutions de remplacement susceptibles d'être évoqués dans le processus décisionnel »³⁷. Force est de constater que de telles considérations politiques échappent normalement à l'exercice d'une étude d'impact ; dans le contexte européen, pourtant, elles ne choquent pas puisqu'elles constituent autant de barrages, construites à l'aide des experts et des participants aux consultations publiques, contre la dénaturation voire le dévoiement politicien des initiatives prises au nom de l'intérêt collectif européen par des intérêts nationaux ou catégoriels exprimés à travers le Conseil (le plus souvent) ou le Parlement (avec qui la Commission essaye généralement de bâtir des alliances stratégiques)³⁸. L'audit de la Cour des comptes européenne a montré la même chose : « La décision de lancer une initiative est généralement prise avant que le rapport d'analyse d'impact ne soit achevé. La Commission utilise plutôt les analyses d'impact pour réunir et examiner les éléments probants qui, au cours du processus d'élaboration de politiques, lui permettront d'améliorer l'initiative qu'elle propose »³⁹.

³⁶ *Ibid.*, p. 14.

³⁷ *Ibid.*, pp. 15-16.

³⁸ Voir *supra* note 21. Pour Robert Baldwin, *op. cit.*, p. 505, un des principes de « *smart regulation* » promeut, en règle générale, la capacitation (*empowerment*) de ces participants qui sont mieux en mesure d'agir en « régulateurs de substitution » (*surrogate regulators*) ; cela favorise l'influence de « quasi-régulateurs » comme les associations d'industrie ou les groupes de pression et tend naturellement vers l'autorégulation ou la corégulation. Or cette capacitation est tempérée en l'occurrence pour des raisons « culturelles et politiques » (*ibidem*) qui ne permettent pas au droit d'initiative de la Commission et à l'intérêt communautaire qu'elle porte d'être phagocytés par des intérêts partiels, catégoriels ou nationaux.

³⁹ Cour des comptes européenne, *op. cit.*, p. 18.

IV. L'usage de l'analyse d'impact pour le maniement stratégique des principes de subsidiarité et de proportionnalité et pour la modulation de l'intensité normative des propositions de la Commission

A. USAGE STRATÉGIQUE DE L'ANALYSE DE SUBSIDIARITÉ ET DE PROPORTIONNALITÉ DANS L'ANALYSE D'IMPACT

Selon le Livre blanc sur la gouvernance européenne, « de la conception des politiques jusqu'à leur mise en œuvre, le choix du niveau d'intervention (du communautaire au local) et des instruments doit être proportionné aux objectifs visés. Avant de lancer une initiative, il est donc essentiel de vérifier systématiquement : a) qu'une intervention des pouvoirs publics est réellement nécessaire ; b) que le niveau européen est le plus adéquat ; c) que les mesures choisies sont proportionnées aux objectifs »⁴⁰. Le respect des principes fondamentaux de subsidiarité⁴¹ et de proportionnalité⁴² est tellement lié aux mesures visant à améliorer la qualité de la réglementation européenne que le rapport annuel sur l'application de ces principes que prépare la Commission⁴³ inclut aussi des mesures de « Mieux légiférer »⁴⁴. Il n'est donc pas un hasard que les lignes directrices sur les analyses d'impact contiennent des orientations assez détaillées sur le maniement préventif des contrôles de subsidiarité et de proportionnalité par les services des DG avant que la Commission ne lance une initiative.

Pour prendre l'exemple des initiatives dites « transversales », c'est-à-dire celles traitant de larges questions et susceptibles d'avoir un impact retentissant sur au moins deux des trois piliers (économique, environnemental et social) ainsi que sur un grand nombre de parties prenantes appartenant à divers secteurs⁴⁵, les lignes directrices exigent que l'analyse d'impact soit axée sur « un examen de la subsidiarité et de la proportionnalité afin d'expliquer la nécessité et la valeur ajoutée d'une action de l'UE » et sur « la détermination des options, y compris la corégulation et l'autorégulation »⁴⁶. Dans chacun des cas, la Commission doit procéder en identifiant d'abord un « scénario de base » clair, c'est-à-dire en décrivant la manière dont le problème devrait évoluer à l'avenir si rien n'est fait au niveau de l'UE (*statu quo* ou

⁴⁰ *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, *op. cit.*, p. 13.

⁴¹ Art. 5 al. 3 TUE : « En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

⁴² Art. 5 al. 4 TUE : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

⁴³ Selon l'art. 9 du Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

⁴⁴ Anne C.M. Meuwese, *op. cit.*, p. 26.

⁴⁵ Commission européenne, *Lignes directrices*, *op. cit.*, p. 16.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 18. Sur les notions d'« autorégulation » et de « corégulation » voir *infra* p. 15.

« *business as usual scenario* »⁴⁷. C'est par rapport à ce scénario de base que seront évaluées concrètement les diverses options politiques disponibles, en commençant par la nécessité même d'une intervention européenne selon le principe de subsidiarité lorsque l'Union ne dispose pas d'une compétence exclusive dans le domaine en question⁴⁸.

Le *principe de subsidiarité* comporte deux volets devant tous deux être analysés lors de l'examen de la justification d'une action communautaire (législative ou non législative) : 1. le « test de nécessité », qui exige d'examiner pourquoi les objectifs de l'action proposée ne peuvent pas être suffisamment atteints par les Etats membres, et 2. le « test de la valeur ajoutée de l'UE », qui exige d'examiner si les objectifs de l'action proposée peuvent être mieux atteints grâce à une action au niveau de l'UE⁴⁹. Ces deux tests seront effectués à l'aide d'indicateurs qualitatifs et, si possible, quantitatifs, qui sont balisés dans les lignes directrices. Lorsque, par exemple, un problème présente des traits transnationaux ne pouvant être réglés de manière satisfaisante par le biais d'une action nationale (comme les problèmes de pollution atmosphérique ou l'« itinérance », les communications transfrontalières par téléphone portable), l'analyse d'impact conclura en faveur d'une réglementation *europeenne* au lieu d'*étatique*⁵⁰. Certes, une extension de la compétence communautaire au-delà de la capacité d'action de l'Union est en principe exclue parce que la compétence de l'Union est une compétence d'attribution⁵¹ ; mais en pratique, il suffit d'« associer le

⁴⁷ *Ibid*, pp. 23, 26-27.

⁴⁸ *Ibid*, pp. 26-27 et 50-55.

⁴⁹ *Ibid*, p. 25. Il existe des formulations légèrement différentes des tests de subsidiarité dans la bibliographie ; cf. Anne C.M. Meuwese, *op. cit.*, p. 25 et Jacques Pelkmans, Sandrine Labory et Giandomenico Majone, « Better EU Regulatory Quality : Assessing Current Initiatives and New Proposals », in Giampaolo Galli et Jacques Pelkmans (dir.), *Regulatory Reform and Competitiveness in Europe, vol. I : Horizontal Issues*, Cheltenham et Northampton, Edward Elgar, 2000, pp. 461-526, pp. 472-477.

⁵⁰ L'exemple de l'itinérance (*roaming*) est excellent à cet égard. La Commission s'est alertée, à plusieurs reprises, du manque de transparence au marché de détail et des prix anormalement élevés des services d'itinérance en UE ; elle a, par conséquent, mis en demeure les opérateurs de baisser leurs tarifs de gros et de détail ; ceux-ci ont rétorqué que la concurrence s'exerce normalement sur le marché de gros. Par la suite, la Commission a lancé une vaste consultation des parties prenantes, après quoi elle a procédé au test de subsidiarité, qui a conclu en justifiant une action de régulation du marché par règlement européen en ces termes : « Les ARN [autorités réglementaires nationales] ne disposent pas de tous les moyens pour régler ce problème au niveau national. De plus, les tentatives pour rendre les prix plus transparents n'ont pas eu pour effet de les faire baisser. Dans ces circonstances, une pression s'exerce sur les États membres pour qu'ils prennent des mesures afin de régler le problème des tarifs de l'itinérance. Toutefois, étant donné le caractère transfrontalier particulier des services concernés, de telles mesures pourraient donner des résultats divergents et être inefficaces. Par conséquent, il est nécessaire de modifier le cadre réglementaire pour permettre une approche harmonisée ». *Résumé analytique de l'analyse d'impact des options politiques relatives à une proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil présentée par la Commission concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté*, SEC(2006) 926 du 12.7.2006, p. 3. Voir : *infra*, B. Modulation de l'intensité normative des propositions de la Commission dans l'analyse d'impact.

⁵¹ Arts. premier al. 1, 4 al. 1, 5 al. 1, 5 al. 2 et 6 al. 1 par. 2 TUE.

problème à un article des Traités au moins et à ses (leurs) objectifs » afin de justifier une telle extension⁵². Tout compte fait, la Commission a intérêt à manier avec précaution toute extension du domaine communautaire du fait de la sensibilité politique de la question, bien qu'une telle évolution rentre naturellement dans ses intérêts. On peut conclure en disant qu'une réponse claire aux questions, tracées à l'avance par les lignes directrices, concernant l'évaluation de subsidiarité sert à légitimer, *par le respect scrupuleux d'une procédure formalisée, détaillée et préalablement connue par tous, une extension du domaine communautaire et par conséquent un accroissement du prestige de la Commission.*

Le *principe de proportionnalité* est un principe étroitement lié au précédent. Son application dans l'analyse d'impact vise à respecter les systèmes juridiques et les pratiques nationales bien établis et à garantir une marge de décision aussi grande que possible au plan national, tout en réalisant de manière satisfaisante les objectifs fixés⁵³. En ce sens, l'instrument prend la forme d'un « test de la délimitation »⁵⁴, qui limite le champ d'action de l'Union aux aspects que les Etats membres ne peuvent pas traiter de manière satisfaisante seuls et que l'Union peut mieux prendre en charge. Elle vise aussi à minimiser le coût financier d'une initiative, comparé aux gains escomptés⁵⁵.

B. MODULATION DE L'INTENSITÉ NORMATIF DES PROPOSITIONS DE LA COMMISSION DANS L'ANALYSE D'IMPACT

Le principe de proportionnalité sous-tend le *choix de l'instrument adéquat*, et par conséquent *l'intensité normative* de l'action communautaire⁵⁶. On peut soutenir que la Commission module cette intensité selon les spécificités du champ à réguler et selon les rapports qu'elle veut maintenir ou construire avec les forces occupant ce champ. Une fois élaboré le scénario de base (scénario du « *statu quo* »), il faudra que les services de la Commission fixent des objectifs politiques clairs directement liés à la

⁵² Voir Commission européenne, *Lignes directrices*, *op. cit.*, p. 24 et plus en détail, Communication de la Commission « Le respect de la Charte des droits fondamentaux dans les propositions législatives de la Commission » COM(2005) 172 du 27.4.2005, partie III « La prise en compte des droits fondamentaux dans l'évaluation d'impact », pp. 5-6.

Le Traité de Lisbonne prévoit également la possibilité d'accroître les pouvoirs de l'Union par l'utilisation de la « clause passerelle », dont les possibilités d'utilisation sont élargies : « Si une action de l'Union paraît nécessaire, dans le cadre des politiques définies par les traités, pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités, sans que ceux-ci n'aient prévu les pouvoirs d'action requis à cet effet, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après approbation du Parlement européen, adopte les dispositions appropriées » (art. 352 al. 1 TFUE). Cette clause permet soit d'adopter une décision à la majorité qualifiée dans un domaine relevant normalement de l'unanimité, soit d'utiliser la procédure législative ordinaire dans un domaine relevant normalement d'une procédure spéciale.

⁵³ Voir Commission européenne, *Lignes directrices*, *op. cit.*, pp. 32-33.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 33. Ce test est en réalité une variante du principe de subsidiarité.

⁵⁵ Cf. Anne C.M. Meuwese, *op. cit.*, pp. 26-27 ; sur le principe de proportionnalité en droit européen, voir Nicholas Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law: A Comparative Study*, London, Kluwer Law International, 1996.

⁵⁶ Voir Commission européenne, *Lignes directrices*, *op. cit.*, pp. 33-34, 49.

résolution des problèmes identifiés. Ces objectifs permettront de rendre visible le niveau d'ambition de l'action requise⁵⁷. Par la suite, il faudra présenter diverses options politiques clairement liées aux objectifs et proportionnées.

Les options politiques à envisager (mis à part le scénario de base et une simple amélioration dans la mise en œuvre d'une législation déjà existante) suivent un chemin qui commence par la moindre régulation possible vers de plus en plus de régulation : les services de la Commission doivent d'abord considérer l'éventualité de *soft law* (notamment l'autorégulation et la corégulation, puis la communication et la recommandation), avant de passer à l'éventualité de *hard law* (directive et règlement)⁵⁸. L'*autorégulation* est un type d'intervention où une activité est régulée par des normes produites par un organe représentatif du groupe exerçant cette activité à l'intérieur du cadre du droit commun, tandis que la *corégulation* ressemble à l'autorégulation, à la différence près que le respect des règles n'est pas laissée à la discrétion d'un organe représentatif du groupe exerçant une activité, mais est prise en charge par une autorité administrative, le plus souvent indépendante⁵⁹.

Un bon exemple d'analyse d'impact passant en revue tous les instruments de *soft law* et de *hard law* est la proposition de révision de la directive « Télévision sans frontières » de 1989. La Commission, après avoir effectué deux tours de consultation publique, réuni plusieurs expertises et rédigé une analyse d'impact, a proposé en 2005 de remplacer la directive de 1989 (déjà révisée une première fois en 1997) par une directive sur les services de médias audiovisuels dans le marché intérieur. Le préambule de la proposition de directive, après avoir sommairement passé en revue les cinq options politiques disponibles dans l'analyse d'impact et procédé aux tests de subsidiarité et de proportionnalité, conclut ainsi : « lorsque des droits fondamentaux sont affectés, une régulation est nécessaire. La corégulation est déjà largement utilisée à l'égard de la protection des mineurs, et la proposition devrait encourager l'adoption de régimes de corégulation dans les domaines coordonnés par la directive », comme la publicité audiovisuelle⁶⁰. Il est évident qu'en l'occurrence, la Commission a privilégié la corégulation afin de désentraver le développement au marché intérieur de services non linéaires de médias audiovisuels (« vidéo à la demande ») qui soient

⁵⁷ Les objectifs sont distingués en trois catégories : objectifs généraux, spécifiques et opérationnels. *Ibid.*, pp. 29-31.

⁵⁸ *Ibid.*, pp. 26-27 et 31-32. C'est un lieu commun parmi les commentateurs que l'analyse d'impact est en réalité biaisée en faveur de la dérégulation. Anne Meuwese et Linda Senden, *op. cit.*, pp. 149-170 discutent extensivement la mesure dans laquelle l'usage de l'analyse d'impact au sein de l'UE promeut en fait des alternatives à la régulation, notamment l'autorégulation et la corégulation. Jonathan B. Wiener, *op. cit.*, pp. 489-490 propose une innovation institutionnelle à l'UE : utiliser équitablement l'AI « non seulement pour dire « Non » au Mauvais (c'est-à-dire rejeter ou « renvoyer » la régulation proposée par les services), mais aussi pour dire « Oui » au Bon (c'est-à-dire promouvoir de nouvelles régulations) ».

⁵⁹ Cf. *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, *op. cit.*, pp. 24-25, notamment l'encadré sur les « Conditions du recours à la corégulation », p. 25.

⁶⁰ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 89/552/CE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, « Choix d'instruments », p. 10.

compétitifs⁶¹. C'est donc en raison de la spécificité du champ à réguler que « le projet ne prévoit qu'une harmonisation minimale visant à assurer la libre circulation des services de médias audiovisuels dans le marché intérieur. En ce qui concerne la mise en œuvre, il fait explicitement référence à la corégulation et à l'autorégulation »⁶².

Un exemple allant en sens inverse est celui du règlement d'« itinérance » (*roaming*). Après des enquêtes de concurrence effectuées par la Commission, une analyse d'impact a clairement montré que tous les acteurs du marché étaient préoccupés par le niveau anormalement élevé des prix de l'itinérance internationale dans l'UE. Le test de subsidiarité a conclu au besoin d'une modification du cadre réglementaire pour permettre une approche harmonisée⁶³. Viviane Reding, la Commissaire responsable à l'époque de la société d'information, a suivi la conclusion de l'analyse d'impact en faveur d'une réglementation contraignante (*hard law*) à la fois du marché du gros et du marché de détail et a décidé d'imposer aux industriels par règlement (plutôt que par directive voire par abstention de légiférer et autorégulation ou accord à l'amiable) des plafonnements aux tarifs d'appels transfrontaliers, tout en ajustant la proposition législative le long du processus d'analyse d'impact⁶⁴. Dans cet exemple, faire montre de poigne vis-à-vis des industriels était essentiel pour la Commission afin d'occuper un nouveau champ de régulation et de construire une alliance avec les associations des consommateurs, très remontées contre les pratiques tarifaires de l'industrie, aux fins de légitimation de l'action de la Commission plus globalement⁶⁵.

Dans les deux cas, l'usage de l'analyse d'impact par la Commission est à proprement parler *stratégique* puisqu'elle promeut des principes fondamentaux du Traité comme la libre circulation des services (dans le cas de la directive sur les services de médias audiovisuels), ou contribue à un positionnement favorable de la Commission sur un champ normatif nouveau par une espèce de démonstration de force (dans le cas du règlement d'itinérance).

⁶¹ Sur cet objectif de la proposition législative, voir *ibid.*, pp. 2-3.

⁶² *Ibid.*, « Principe de proportionnalité », p. 10. Cf. le rapport du député européen Ruth Hieronymi pour la Commission de la culture et de l'éducation du Parlement européen du 22.11.2006, « Exposé des motifs », p. 87. Cependant, par la suite, le Parlement européen a nettement durci, par son exercice du droit d'amendement, la réglementation en fixant des conditions et modalités de mise en œuvre des instruments de corégulation et/ou d'autorégulation au niveau national, ainsi que des possibilités de sanctions en cas de défaillance des organes d'autorégulation mandatés ; voir *ibid.*, p. 88.

⁶³ Voir *supra* n. 48.

⁶⁴ Une autorégulation aurait en l'occurrence des difficultés à atteindre l'objectif d'une baisse significative des tarifs, étant donné que de nombreux opérateurs ne reconnaissaient même pas que les tarifs de l'itinérance posaient un problème, tandis qu'un accord volontaire des opérateurs susceptible de constituer la base d'une approche de corégulation pourrait créer des problèmes de concurrence ; *Résumé analytique de l'analyse d'impact*, *op. cit.*, p. 5.

⁶⁵ Les associations des consommateurs se sont indignées, entre autres, du fait qu'avant la réglementation européenne, les opérateurs avaient réalisé des marges de détail de l'ordre de 300% ou 400% pour la réception d'appels d'un abonné itinérant ; voir *ibid.*, p. 6. Pour une étude sur la réalité économique du *roaming* et sur les conséquences tarifaires pour les consommateurs européens, voir « Roaming : enjeux d'une réglementation », février 2007, étude préparée par Altex Research pour l'UFC Que Choisir et le BEUC (Bureau Européen des Unions de Consommateurs) (BEUC/X/012/2007).

V. Conclusion – Prolongements sociologiques et philosophiques

Dans cette contribution, j'ai essayé de montrer l'usage *stratégique* que fait la Commission européenne d'un nouvel outil de bonne législation, l'analyse d'impact, dans le jeu institutionnel quotidien de l'Union européenne. Pour ce faire, j'ai essayé de façonner une interprétation *procéduralisante* qui mette l'accent sur l'effort à la fois de légitimation démocratique du processus décisionnel de l'Union par son ouverture à la participation des parties prenantes (*stakeholders*) et de renforcement de l'autorité institutionnelle de l'organe ayant en charge l'intérêt collectif européen, c'est-à-dire la Commission.

Cette approche est assez proche des théories sociologiques fonctionnalistes d'un Talcott Parsons et plus tard d'un Niklas Luhmann et d'un Gunther Teubner. Ces théoriciens, malgré leurs différences, définissent la « légitimation » comme une forme généralisée de consensus aux processus institutionnels fondamentaux et à leur efficacité dans la gestion des interactions entre divers sous-systèmes sociaux, comme le droit et l'économie. Pour ne prendre que Niklas Luhmann, un des sociologues majeurs du 20^{ème} siècle, celui-ci utilise la notion de « légitimation par la procédure » comme titre d'un de ses premiers grands livres⁶⁶. Luhmann y décrit les procédures comme des « systèmes sociaux » autoréférentiels qui, par leur déploiement selon leurs propres critères distinctifs, contribuent à rendre acceptables (à « légitimer » fonctionnellement) toutes formes de décisions émanant d'une autorité et assurant l'ordre social et politique⁶⁷. Aussi le concept de « légitimation par la procédure » désigne-t-il pour la théorie luhmannienne l'acceptation des décisions exécutoires d'un système juridique en tant que « prémisses comportementales » des personnes, indépendamment de la satisfaction procurée par telle ou telle décision particulière⁶⁸. L'acceptation est possible par l'intermédiation de procédures parce que celles-ci, selon le sociologue allemand, réduisent la complexité du monde environnant en stabilisant les attentes comportementales des opérateurs du système⁶⁹. Ainsi, la procédure législative est traitée comme un système en soi, qui réduit une complexité extraordinairement élevée par divers moyens, parmi lesquels celui de « tenter, de procéder en procédure, de rassembler autant que possible le consensus factuel

⁶⁶ Niklas Luhmann, *La légitimation par la procédure*, trad. Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard, Saint-Nicolas (Québec), Presses de l'Université Laval & Cerf, 2001 (1969¹). Sur l'importance théorique de Niklas Luhmann voir, entre autres, en langue française Jean Clam, *Droit et société chez Niklas Luhmann : La contingence des normes*, avant-propos de Niklas Luhmann, Paris, P.U.F., 1997, et Pierre Guibentif, *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu : Une génération repense le droit*, Paris, L.G.D.J., 2010, pp. 81-156, et en langue anglaise Michael King & Chris Thornhill (dir.), *Luhmann on Law and Politics : Critical Appraisals and Applications*, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2006.

⁶⁷ Lukas Sosoe, préface à l'édition française de Niklas Luhmann, *op. cit.*, p. XXXI.

⁶⁸ Niklas Luhmann, *ibid.*, p. 23. Le concept d'« acceptation », auquel renvoie celui de « légitimation », est formalisé comme suit : « Nous voulons dire par là que les personnes concernées adoptent la décision à titre de prémisses de leur propre comportement et restructurent en conséquence leurs attentes, quelles que soient leurs raisons » (*ibid.*, p. 25).

⁶⁹ « Cette fonction de réduction de la complexité est assumée essentiellement par la formation de structures, c'est-à-dire par la généralisation des attentes comportementales qui « valent » alors temporellement pour de longues périodes, substantiellement pour différentes situations, et socialement pour un grand nombre de personnes » (*ibid.*, p. 35).

suffisant pour servir de base politique d'action »⁷⁰. Luhmann se réfère même explicitement, ne serait-ce que brièvement, à des hypothèses que nous avons traitées ici en parlant de « certaines stratégies bureaucratiques servant à minimiser les risques inhérents à la procédure législative », notamment l'inaction (maintien du *statu quo*) et l'élimination de certaines alternatives au stade de l'examen préliminaire d'un projet de loi⁷¹.

Mais notre interprétation procéduraliste de l'analyse d'impact se rapproche aussi de la philosophie jusnaturaliste d'un Lon Fuller⁷². De Fuller on peut retenir avec profit l'idée fondamentale de « *moralité interne du droit* » et la transposer dans le contexte européen. Selon Fuller, cette « moralité interne » consiste en huit buts procéduraux que tout système de droit doit honorer, quels que soient par ailleurs les buts substantiels que ce système promeut⁷³. Ces buts procéduraux sont *immanents* dans tout système de règles qui se respecte et en ce sens représentent une forme de « droit naturel procédural ». Ils expriment *grosso modo* un *idéal procédural* de la *rule of law* et trouvent leur source dans la tradition vénérable de la *common law*, selon laquelle il est plus important d'organiser de bonnes procédures afin d'atteindre des objectifs d'une régulation de bonne qualité que de spéculer dans l'abstrait sur des grands principes substantiels comme la « liberté » ou l'« égalité ». Dans la philosophie de Fuller, qui parle de la fondation et des aspirations morales du droit, l'autorité du droit ne peut être fondée sur des menaces coercitives, puisque la force physique ne produit pas par elle-même de légitimité ; c'est plutôt par l'acceptation sociétale générale, notamment l'acceptation des règles et procédures par lesquelles le droit lui-même se produit et qui s'ensuivra si les citoyens apprécient durablement l'équité des

⁷⁰ *Ibid.*, p. 194. Voir le chapitre « La législation » consacré à la procédure législative, *ibid.*, pp. 169-194. Cette formulation de la légitimation par la procédure législative s'apparente à celle soutenue dans ce chapitre.

⁷¹ *Ibid.*, p. 183. L'identification d'un « scénario de base » clair y est présenté ainsi : « le fait de prendre le *statu quo* pour point de départ représente un moyen de simplification très utilisé et souvent indispensable ».

⁷² Le *magnum opus* de Fuller est *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964¹. Voir aussi le recueil posthume de papiers de Fuller par Kenneth Winston, *The Principles of Social Order : Selected Essays of Lon L. Fuller*, introduction Kenneth I. Winston, Oxford & Portland, Hart Publishing, 2001 (1981¹). Parmi une désormais vaste littérature secondaire sur la philosophie procéduraliste de Fuller, voir notamment Robert S. Summers, *Lon L. Fuller*, Stanford, Stanford University Press, 1984, et Willem Witteveen & Wibren van der Burg (dir.), *Rediscovering Fuller : Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 1999.

⁷³ Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, *op. cit.*, pp. 33-94. D'après Fuller, les règles de droit doivent être :

- 1) Suffisamment générales,
- 2) Publiquement promulguées,
- 3) Suffisamment prospectives,
- 4) Claires et intelligibles,
- 5) Non contradictoires,
- 6) Suffisamment cohérentes dans le temps afin que les personnes puissent conformer leur conduite à elles,
- 7) Pratiquement possibles, et
- 8) Appliquées de manière suffisamment congruente à leur formulation écrite afin que les personnes puissent les suivre.

procédures et la force morale des règles que celles-ci produisent, que « le droit engagera les citoyens comme des agents moraux »⁷⁴.

Cette philosophie trouve toute sa place dans le *modèle de « gouvernance » européenne*, un modèle complexe et a-centré de partenariat et de coordination non-hierarchique entre plusieurs niveaux de prise de décision (européen, national, local/régional) et plusieurs types d'acteurs (organes institutionnels, partenaires sociaux, collectivités, associations, médias, universités, groupes de pression, experts...). Pour qu'un tel modèle fonctionne correctement, il est crucial que les diverses parties prenantes puissent participer à la planification des politiques publiques et se sentent concernées par les enjeux. Cet idéal moral d'*acceptation* des règles, cher à Fuller, est bien illustré par le rôle que joue l'analyse d'impact dans la procédure décisionnelle de l'UE et peut donc servir de *stabilisateur social* dans ce monde normatif plein d'incertitudes.

⁷⁴ Selon la belle formule de Kenneth Winston dans son introduction à l'édition révisée de Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order*, c'était une constante de la pensée de Fuller que « le droit est l'œuvre de ses participants de tous les jours, un effort continu de construire et maintenir un cadre institutionnel commun pour satisfaire aux exigences d'une existence en commun, résoudre des conflits récurrents et en général réaliser l'aspiration de rapports justes et harmonieux parmi les citoyens » (*op. cit.*, p. 3).

Études d'impact législatives et études d'impact environnementales : éléments de comparaison

Sylvie CAUDAL

Professeur à l'Université Jean Moulin-Lyon 3

La technique des études d'impact⁷⁵, utilisée en France depuis près de 35 ans en droit de l'environnement, permet d'évaluer les incidences écologiques des projets d'aménagement soumis à autorisation administrative : elle compte parmi les instruments majeurs de ce droit et a fait l'objet d'extensions diverses, la plus notable concernant l'obligation pour de nombreux plans et programmes de comporter une évaluation de leurs incidences sur l'environnement⁷⁶. C'est pourquoi, à l'heure de la mise en place des études d'impact législatives, il est intéressant de se demander s'il s'agit bien du même outil, et de se livrer pour ce faire à une comparaison allant au-delà des apparences immédiates.

L'exercice comporte certes de sérieuses limites : « comparaison n'est pas raison »... Les champs dans lesquels le document s'insère sont en effet bien différents : administratif, dans le cas de l'étude d'impact environnementale ; politique, pour l'étude d'impact législative. Et dans ce dernier cas, il s'agit plus spécialement de répondre à des critiques – récurrentes depuis un certain nombre d'années – sur l'inflation législative, la dégradation de la norme, une pratique législative de plus en plus désordonnée et évènementielle. En outre, la réforme s'inscrit dans un mouvement très contemporain marqué par la généralisation des méthodes d'évaluation de l'administration, tout en débordant de son domaine traditionnel puisqu'il s'agit de rationaliser le travail législatif en lui-même.

En dépit de ces limites, il peut être utile de surmonter le traditionnel cloisonnement disciplinaire car les deux objets s'avèrent très proches, ne serait-ce que dans leur inspiration ou leur contenu. La comparaison peut ainsi permettre de mieux

⁷⁵ Codifiée aux articles L. 122-1 et s. du c. envt.

⁷⁶ Cette extension, due à la directive n° 2001/42 CE du 27 juin 2001 relative à l'évaluation de certains plans et programmes sur l'environnement, résulte en droit français des articles L. 122-4 et s. du c. envt.

faire ressortir les caractéristiques propres de chacun, les éléments de convergence ou au contraire de différenciation à propos d'un outil juridique devenu classique dans un cas, nouvellement institué dans l'autre. Et il ne paraît pas illégitime d'ajouter un nouvel angle d'étude, à celui de la légistique⁷⁷ ou encore du droit public économique⁷⁸ : l'enseignement du droit de l'environnement peut s'avérer fécond, même si, encore une fois, les deux champs présentent des différences substantielles.

A cet égard, la mise en parallèle des modalités d'introduction de la technique en offre une bonne illustration préalable. Si dans les deux cas, la France n'était nullement pionnière et s'est inspirée de précédents étrangers – notamment américain – le contexte s'est révélé bien différent. Dans le cas du droit de l'environnement en effet, le procédé s'est imposé très tôt : à l'initiative du rapporteur à l'Assemblée nationale, il figure dès l'article 2 de la loi du 10 juillet 1976, première grande loi de protection de la nature⁷⁹. Et même s'il a fallu surmonter de fortes résistances de la part des ministères « aménageurs », cette procédure, qualifiée de « révolutionnaire »⁸⁰, a très rapidement joué un rôle déterminant.

Tandis que pour l'étude d'impact législative, l'introduction a été plutôt chaotique, laborieuse, et pour finir, discrète. Après l'échec de plusieurs tentatives – par voie de circulaires – le dispositif avait en effet fini par être abandonné⁸¹, et c'est sur la recommandation de quelques rapports⁸², s'appuyant eux-mêmes sur plusieurs expériences étrangères concluantes⁸³, que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 en a permis l'introduction : mais le texte constitutionnel ne la citait pas explicitement⁸⁴ et il fallut attendre la loi organique du 15 avril 2009⁸⁵ pour la voir consacrée officiellement.

Dans les deux cas, derrière des préoccupations apparemment communes – l'amélioration de la décision publique, la rationalisation et la justification des choix publics – et bien d'autres éléments de similitude (§ I) on s'aperçoit qu'existent

⁷⁷ V. par ex. *infra* : L. Eck, « Les études d'impact et la légistique », cet ouvrage, pp. 40 et s., ou encore P. Mbongo, « La « constitutionnalisation » des études d'impact préalables à la loi. Un mirage légistique », *Dalloz* 2009, Études et commentaires, p. 108.

⁷⁸ V. not. la demi-journée d'étude organisée à l'Université Paris Ouest, le 29 novembre 2010 sur *L'impact du droit : l'évaluation économique comparée de la norme juridique*.

⁷⁹ V. par ex. : M. Prieur, *Droit de l'environnement*, 5^{ème} éd. 2004, pp. 72 et s.

⁸⁰ Selon l'expression de M. Prieur, *op. cit.*, p. 80.

⁸¹ Pour un rappel historique, v. not. : S. Braconnier, « La technique de l'étude d'impact et le renouveau de l'action publique », *RDP* 1998, p. 818 ; A. Noury, « L'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat : une tentative de rationalisation du travail gouvernemental », *RRJ* 2000, p. 599 ; J. Sirinelli, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RDP* 2010, p. 1368.

⁸² V. : Rapport Picq, *L'Etat en France. Servir une nation ouverte sur le monde*, mai 1994 ; Rapport au Premier ministre de B. Lasserre, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, 2004 ; Rapport public 2006 du Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation Française, EDCE n° 57.

⁸³ Notamment aux Etats-Unis, au Canada, au Royaume-Uni, en Allemagne, aux Pays-Bas, au Danemark et en Espagne ... sans oublier l'Union européenne.

⁸⁴ Art. 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008, modifiant l'art. 39 de la Constitution. La formule utilisée par le constituant est des plus elliptiques puisque l'alinéa concerné (le 3^{ème} de l'art. 39) se borne à indiquer : « la présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique ».

⁸⁵ Chapitre II de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, *JO* 16 avril 2009.

également d'irréductibles divergences : dans la finalité profonde de l'institution, laquelle n'est pas sans rejaillir sur son contenu et son régime juridique (§ II)⁸⁶.

I. Des éléments de similitude pluriels mais ponctuels

Une proximité entre les deux techniques s'observe d'abord dans la méthode elle-même, et donc dans ses conditions d'utilisation (A), mais aussi dans un certain nombre de difficultés rencontrées, conduisant à des limites communes (B).

A. UNE IDENTITE DE MÉTHODE ET DE PROCÉDURE

Il s'agit toujours d'un document obligatoire, préparé au stade d'un projet de décision publique, et qui en conditionne la légalité. L'idée est d'obliger le concepteur à réfléchir – en amont, c'est-à-dire à un moment où il est encore temps de renoncer au projet ou de le modifier – afin qu'il en éprouve le bien-fondé. En aucun cas elle ne doit servir de justification *a posteriori*.

Ainsi, l'étude d'impact environnementale concerne-t-elle les « projets de travaux, d'ouvrages et d'aménagements publics et privés qui, par leur nature, leurs dimensions ou leur localisation sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine »⁸⁷ : elle constitue une pièce du dossier à déposer auprès de l'autorité administrative compétente pour délivrer l'autorisation demandée. En principe le public doit pouvoir en avoir connaissance avant que l'administration compétente ne statue : le plus souvent, lors de la procédure de consultation organisée au travers de l'enquête publique. Mais en l'absence d'une telle procédure, le législateur – pressé par le droit international⁸⁸ – a fini par exiger que le pétitionnaire ou le maître d'ouvrage mette l'étude d'impact à la disposition du public, pour une durée minimale de quinze jours⁸⁹.

L'étude d'impact législative, elle, concerne la présentation des projets de loi, avant leur dépôt devant la première assemblée parlementaire saisie, et même avant leur transmission au Conseil d'Etat.

Le législateur organique, conscient que l'efficacité du document dépend du moment où il est réalisé, avait exigé que son élaboration soit effectuée « dès le début de l'élaboration des projets de loi ». Las, le Conseil constitutionnel a censuré cette disposition sans même s'en justifier explicitement⁹⁰. Or, comme l'indique Arnaud

⁸⁶ Précisons tout de même qu'il ne saurait s'agir de passer en revue l'ensemble des ressemblances et différences entre les deux types d'études d'impact, mais seulement de mettre en évidence quelques points, parmi les plus saillants. En outre, l'étude sera limitée aux textes instituant chacun des deux types d'études d'impact mais n'évoquera pas, faute du temps nécessaire, le contenu des études.

⁸⁷ Article L. 122-1-I, 1^{er} al. du c. envt.

⁸⁸ Il s'agit ici de la convention d'Aarhus, du 25 juin 1998, relative à l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement.

⁸⁹ Article L. 122-1-1 du c. envt, créé par la loi « Grenelle 2 » n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (article 230).

⁹⁰ Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, cons. 13.

Haquet, « l'étude d'impact est une contrainte qui n'a de sens que si elle peut inciter le rédacteur d'un texte à renoncer à son projet »⁹¹. Fort heureusement, la circulaire du 15 avril 2009 a réintroduit une disposition similaire en précisant que la préparation de l'étude d'impact « doit être engagée dès le stade des réflexions préalables sur le projet de réforme » ; elle a même été au-delà en prévoyant qu'elle « doit ensuite être affinée au fur et à mesure de l'élaboration du projet »⁹².

C'est donc ensuite au Conseil d'Etat, saisi de tous les projets de loi, de vérifier la présence et la qualité du document. Il semble d'ailleurs avoir spécialement à cœur d'exercer cette mission⁹³.

Quant à la mise à disposition du législateur et du public, elle s'effectue au moment du dépôt du projet sur le bureau de l'assemblée : s'agissant du premier, l'Assemblée nationale a modifié son règlement pour y indiquer que l'étude d'impact est imprimée et distribuée en même temps que le projet, et qu'il est « mis à disposition par voie électronique afin de recueillir toutes les observations qui peuvent être formulées »⁹⁴. Pour le second, il faut souligner l'heureuse initiative des pouvoirs publics qui ont créé une rubrique dédiée sur le site officiel Légifrance⁹⁵ : toutes les études d'impact réalisées sont ainsi très facilement accessibles.

Cette proximité de méthode et de procédure influe sur le contenu des études d'impact : au-delà de rubriques spécifiques à chacune et découlant logiquement de leurs finalités propres⁹⁶, on observe quelques similitudes – mention de la (ou des) méthode(s) retenue(s)⁹⁷ – et une même inspiration dans l'évaluation des conséquences attendues du projet.

Enfin, on relève une même latitude laissée à l'auteur de l'étude s'agissant de l'indication des diverses options possibles et de la justification du choix opéré : les exigences posées par le législateur sont à chaque fois moindres que pour les autres rubriques.

⁹¹ A. Haquet, « Les études d'impact des projets de loi : espérances, scepticisme et compromis », AJDA 2009, p. 1992.

⁹² Circulaire du Premier ministre du 15 avril 2009, n° 5373/SG relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle et à la procédure législative : 1/, 3^{ème} al.

⁹³ Cf. ci-dessous.

⁹⁴ Article 83, 2^{ème} al. du règlement de l'Assemblée nationale, ajouté par la résolution du 27 mai 2009. On ne peut que regretter que le Sénat se soit borné à reprendre les termes de la Constitution et de la loi organique.

⁹⁵ Dont on rappelle l'adresse : <http://www.legifrance.gouv.fr/> : rubrique « Études d'impact » dans droit français – Lois et décrets.

⁹⁶ Ainsi, on observe que les études d'impact législatives doivent se focaliser tout spécialement sur les modalités d'insertion du projet dans notre système juridique et territorial ; tandis que les études d'impact environnementales sont centrées sur l'impact prévisible du projet sur l'écosystème et sur les mesures envisagées pour y remédier.

⁹⁷ Article R. 122-3-II-5° du c. envt : « analyse des méthodes utilisées pour évaluer les effets du projet sur l'environnement mentionnant les difficultés éventuelles de nature technique ou scientifique rencontrées pour établir cette évaluation » ; et article 8, 3^{ème} al. de la loi organique précitée : « évaluation des conséquences économiques (...) en indiquant la méthode de calcul retenue ».

B. DES LIMITES COMMUNES

Outre la difficulté précitée tenant au moment où l'étude d'impact est réalisée⁹⁸, le principal obstacle tient à la question de l'objectivité du document, du fait de l'identité de son rédacteur. En effet, dans les deux cas c'est l'auteur du projet qui est à la fois juge et partie. Pour l'étude d'impact environnementale, c'est le pétitionnaire ou le maître d'ouvrage, les pouvoirs publics ayant renoncé à la mise en place d'instituts scientifiques indépendants. Pourtant, il aurait été envisageable de leur confier – si ce n'est la rédaction même des études – du moins la possibilité d'être saisis en cas de doute sur le sérieux et la sincérité de ces documents. On relève que dans les quelques pays où une telle commission – fondée sur les principes de compétence et d'indépendance – a été instituée, elle joue un rôle fondamental⁹⁹.

Pour l'étude d'impact législative, la loi organique ne disait rien de son auteur : or, c'est la circulaire du 15 avril 2009 qui indique qu'il s'agit du « ministre principalement responsable du projet de réforme ». On peut tout de même s'étonner qu'une disposition d'une telle importance résulte d'une simple circulaire. Certes, le ministre est aidé dans cette préparation puisque ses services doivent prendre contact avec le secrétariat général du Gouvernement afin notamment de « déterminer les concours susceptibles d'être recherchés auprès d'autres administrations pour contribuer aux travaux d'évaluation préalable »¹⁰⁰. Observons simplement que si ces personnes sont *a priori* expérimentées, il s'agit toujours de l'administration ; et que si des contributions peuvent être demandées à des personnes extérieures, cela ne sera certainement pas fréquent. Or une bonne partie des défauts imputables aujourd'hui à la qualité de la loi sont le fait du Gouvernement : c'est pourquoi la réalisation de l'étude par une instance extérieure à l'exécutif eût été hautement souhaitable¹⁰¹. Il est bien dommage que, là aussi, aucune possibilité de saisir une instance centrale et totalement indépendante n'ait été instaurée. Le rapport de M. Bruno Lasserre avait souligné que « les expériences des pays de l'OCDE montrent que le contrôle des évaluations par un pôle central est indispensable »¹⁰², et il est bien évident que ce « pôle est d'autant plus efficace qu'il est indépendant et animé par des experts »¹⁰³.

Par conséquent, dans les deux cas, la garantie du sérieux de l'étude effectuée va du coup reposer sur d'autres éléments : transparence et accessibilité de l'étude, possibilités de recours à une contre-expertise, contrôle sur l'étude et responsabilité de l'auteur. Mais on observe qu'en matière environnementale ce n'est qu'assez tardivement qu'a été instaurée une certaine transparence (indication du nom de

⁹⁸ Question cruciale si l'on veut éviter que l'étude d'impact ne serve qu'à justifier le projet ...

⁹⁹ C'est le cas par exemple aux Pays-Bas : cf. J.-J. Scholten, « Le contrôle des études d'impact aux Pays-Bas », *Aménagement et Nature* n° 102, p. 26.

¹⁰⁰ Circulaire du Premier ministre du 15 avril 2009 préc., 1/, 4^{ème} al.

¹⁰¹ Ceci a d'ailleurs été maintes fois souligné en doctrine : cf. not. S. Braconnier, art. préc. p. 830 ; A. Haquet, art. préc. p. 1986 ; J. Sirinelli, art. préc. p. 1378.

¹⁰² Rapport préc., pp. 37-38.

¹⁰³ Ainsi que l'écrit J.-J. Hyest, auteur du Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, 4 février 2009, *JO Doc. Sénat*, n° 196, p. 15.

l'auteur de l'étude, de la méthode utilisée¹⁰⁴). Par ailleurs, s'il existe depuis l'origine une possibilité pour le ministre de l'Environnement de se saisir de l'étude, ceci n'arrive que très rarement. En définitive, le contrôle incombe donc le plus souvent au juge saisi – en aval – de l'acte administratif faisant grief : or le juge administratif n'est pas spécialiste de ces questions techniques, même s'il s'est peu à peu familiarisé et a forgé divers principes guidant son contrôle. Ainsi, en sanctionnant certaines études d'impact insuffisantes, il a joué un rôle essentiel et donné toute sa place à la nouvelle procédure¹⁰⁵.

Pour les études d'impact législatives, le premier contrôle opéré est celui du cabinet du Premier ministre et du Secrétariat général du gouvernement : il faut en effet qu'ils donnent leur aval à la transmission du projet au Conseil d'Etat. Mais il s'agit d'un contrôle purement interne. Le Conseil d'Etat intervient ensuite au titre de ses fonctions consultatives. Jusqu'à présent, il s'est déclaré « particulièrement attentif » à l'« application scrupuleuse » des modalités relatives aux études d'impact, et exercer « un contrôle approfondi » en veillant notamment à leur « sincérité » et à leur « caractère complet »¹⁰⁶. Et même si ce contrôle n'est pas contentieux, le Conseil d'Etat dispose de moyens efficaces lui permettant de sanctionner le non-respect par le Gouvernement de ses obligations : de la note d'observation au rejet du projet, en passant par sa rétention dans l'attente d'une régularisation. Toutefois, le problème réside dans la non publication – sauf exception – de ses avis, et donc dans l'absence de transparence : tout dépendra du bon vouloir du Conseil d'Etat et de ce qu'il est disposé à laisser voir.

Ensuite, le constituant a attribué à la Conférence des présidents de la première assemblée saisie le soin de vérifier le bon respect de la loi organique : faute de quoi, et s'il y a désaccord entre la Conférence et le Gouvernement, le Conseil constitutionnel peut être saisi par le Président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre¹⁰⁷. C'est donc le Conseil constitutionnel qui est institué comme ultime recours. La loi organique juge bon de préciser que la décision est « motivée et notifiée » au Président de chacune des deux assemblées ainsi qu'au Premier ministre et qu'elle est publiée au *JO*¹⁰⁸ : il s'agit incontestablement d'une décision, et non d'un simple avis.

Néanmoins, on verra que les garanties n'ont pas tout à fait la même portée que dans le cas du contrôle opéré par le juge administratif sur les études d'impact

¹⁰⁴ Ceci résulte du décret n° 93-245 du 25 février 1993.

¹⁰⁵ Pour des bilans en la matière, voir : M. Prieur, « Les études d'impact et le contrôle du juge administratif en France », *R.J.E.* 1991, p. 23 ; R.-C. Dupuy, « Méthode de contrôle du juge administratif sur les études d'impact », in *Le juge administratif et l'environnement, Cinquantenaire des tribunaux administratifs*, *R.J.E.* n° spécial 2004, p. 83.

¹⁰⁶ V. par exemple le rapport public du Conseil d'Etat pour 2010, *Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, p. 97 ; J.-M. Sauvé, « Le rôle du Conseil d'Etat dans la mise en œuvre des études d'impact », intervention au colloque précité organisé le 29 novembre 2010 par l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense sur « L'impact du droit : l'évaluation économique comparée de la norme juridique » : en ligne sur le site Internet du Conseil d'Etat (<http://www.conseil-etat.fr/cde/>).

¹⁰⁷ Article 39, al. 4 de la Constitution, et articles 9 et 10 de la loi organique n° 2009-403.

¹⁰⁸ Article 26-1 inséré dans l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, portant loi organique relative au Conseil constitutionnel, par l'article 10 de la loi organique n° 2009-403 préc.

environnementales : ceci constitue un point, parmi d'autres, de divergence importante entre les deux types d'études d'impact.

II. De substantielles et irréductibles divergences

Un examen attentif montre que, par delà certaines préoccupations similaires, les finalités profondes des deux types d'études d'impact divergent, ce qui rejaillit sur leur contenu (A), tandis que se pose la question du caractère satisfaisant des contrôles institués (B).

A. DES DIFFÉRENCES DE FINALITÉS QUI REJAILLISSENT SUR LE CONTENU

Dans les deux cas on a pu souligner qu'est recherchée l'amélioration de la qualité de la décision ou de la loi. Néanmoins, au-delà de cette apparence commune, les enjeux ne sont pas identiques. Dans l'étude d'impact environnementale en effet, l'objectif est que l'aménageur ou le maître d'ouvrage prenne en compte les incidences écologiques ou sur la santé publique de son projet : par conséquent, elle vise à améliorer ce dernier et, compte tenu de la place prise par les mesures réductrices et/ou compensatoires, elle sert aussi – notamment au contentieux – à rendre le projet écologiquement acceptable. D'ailleurs en 1976, l'étude d'impact a été instituée en même temps qu'était posé le principe pour les travaux et projets d'aménagement de respecter les préoccupations d'environnement¹⁰⁹. Les textes actuels vont toujours dans ce sens et la loi « Grenelle 2 » a encore renforcé les liens entre étude d'impact et contenu de la décision finale, lorsqu'il s'agit d'une autorisation¹¹⁰ : celle-ci doit prendre « en considération l'étude d'impact »¹¹¹ et reprendre certains éléments de ce document (les mesures destinées « à éviter, réduire et, lorsque c'est possible, compenser les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine ainsi que les modalités de leur suivi »¹¹²). En outre, toute une gamme de

¹⁰⁹ Il suffit de se reporter à la rédaction des deux premiers al. de l'article 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 : « Les travaux et projets d'aménagement qui sont entrepris par une collectivité publique ou qui nécessitent une autorisation ou une décision d'approbation ainsi que les documents d'urbanisme doivent respecter les préoccupations d'environnement.

Les études préalables à la réalisation d'aménagements ou d'ouvrages qui, par l'importance de leurs dimensions ou leurs incidences sur le milieu naturel, peuvent porter atteinte à ce dernier, doivent comporter une étude d'impact permettant d'en apprécier les conséquences. (...).

¹¹⁰ Même si la loi a fait disparaître le 1^{er} al. de l'article 2 de la loi n° 76-629 (qui avait été codifié à l'article L. 122-1, 1^{er} al. du c. envt.) : voir l'article 230 de la loi n° 2010-788 préc. La raison invoquée est semble-t-il l'absence de portée normative de ce principe général de respect des préoccupations environnementales (cf. E. Diard, Avis présenté au nom de la Commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi portant engagement national pour l'environnement, 17 février 2010, *JO Doc. AN* n° 2310, p. 55) : un tel argument semble dénué de tout fondement pertinent.

¹¹¹ Article L. 122-1-IV, 1^{er} al. du c. envt.

¹¹² Article L. 122-1-IV, 2^{ème} al. du c. envt.

sanctions administratives est mise en place afin de parvenir au respect de ces mesures¹¹³.

Quant à l'étude d'impact législative, on est en présence d'une double finalité. D'une part cette disposition a, rappelons-le, un objectif de rationalisation du travail législatif : il s'agit de lutter contre l'inflation de textes, leur mauvaise rédaction, et donc de vérifier que, compte tenu des objectifs fixés, le projet est bien nécessaire et qu'il est le plus approprié. Ceci participe de la recherche d'une meilleure performance de l'action publique. Il ne s'agit pas de juger le fond de la démarche, l'objectif politique, mais plutôt le procédé utilisé. Derrière une apparence assez technique, la réforme doit contribuer à une véritable amélioration de la qualité du travail législatif – et plus largement normatif – réalisé par le gouvernement. C'est pourquoi la mention obligatoire par l'étude d'impact des « objectifs poursuivis par le projet de loi », le recensement des « options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles » et l'exposé « des motifs du recours à une nouvelle législation »¹¹⁴ doivent correspondre à un réel effort de légitimation du projet, et non à un simple exercice de style. Même si la rédaction du législateur organique laisse supposer que les exigences de précision sont moindres ici que pour les huit rubriques mentionnées ensuite¹¹⁵, il faut souligner qu'en matière d'études d'impact environnementales, on se situe bien en deçà encore : seule une « esquisse des principales solutions de substitution qui ont été examinées par le maître d'ouvrage et une indication des principales raisons de son choix »¹¹⁶ sont en effet exigées.

De même, les rubriques tenant aux aspects juridiques du projet, à ses modalités d'application – dans le temps et dans l'espace – ainsi qu'aux textes d'application nécessaires devraient contribuer à une meilleure qualité de rédaction et d'insertion des textes législatifs dans le système normatif existant.

Mais par delà l'amélioration de la qualité des textes, il s'agit d'autre part pour les études d'impact législatives « de mieux éclairer le Parlement sur la portée des réformes que lui soumet le Gouvernement »¹¹⁷ et de revaloriser son rôle aussi bien dans sa fonction normative que de contrôle¹¹⁸. Est-il d'ailleurs besoin de rappeler que cette revalorisation constitue l'un des trois piliers de la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 ? De ce point de vue, il faut à nouveau se féliciter de l'initiative de l'Assemblée nationale, qui a modifié son règlement afin d'assurer la plus large

¹¹³ Allant de l'obligation de consignation d'une somme jusqu'à l'exécution d'office ou à la suspension de la réalisation des travaux ou ouvrages (article L. 122-3-4 du c. envt) : le système est directement inspiré de ce qui existe pour les installations classées (ICPE) depuis ... 1976.

¹¹⁴ Article 8, 2^{ème} al. de la loi organique n° 2009-403.

¹¹⁵ L'article 8, 2^{ème} al. préc., s'il utilise l'indicatif, ne mentionne pas – à la différence de l'alinéa suivant – l'exigence de « précision ».

¹¹⁶ Article L. 122-3-2°, 2^{ème} al. du c. envt (souligné par Nous). Par conséquent, c'est seulement si le maître d'ouvrage a de lui-même envisagé d'autres solutions, qu'il doit en indiquer l'esquisse, ainsi que les principales raisons de son choix.

¹¹⁷ Pour reprendre les formules utilisées par la circulaire du 15 avril 2009 précitée.

¹¹⁸ Voir B. Lasserre, *op. cit.*, pp. 37 et 38 ; J. Sirinelli, art. préc., p. 1379 ; *infra* : Ph. Blachère, « Les études d'impact dans la procédure législative », cet ouvrage, pp. 49 et s. C'est ce qui explique d'ailleurs que seuls les projets de loi doivent faire l'objet d'une étude d'impact.

diffusion de l'étude d'impact¹¹⁹ ; et regretter, parallèlement, un certain manque d'intérêt – au moins apparent – du Sénat.

Il est vrai qu'il s'agit seulement d'« éclairer » le législateur car celui-ci reste totalement libre de son choix, de nature politique. Il peut donc fort bien adopter le projet, même si l'étude d'impact a mis en évidence un certain nombre d'inconvénients. Comme l'ont écrit certains parlementaires, « elle éclaire le choix de l'autorité politique sans se substituer à son appréciation »¹²⁰. Toutefois, il paraît évident que certains passages de l'étude d'impact – à condition bien sûr qu'ils soient objectivement et sérieusement rédigés – pourront permettre de critiquer le projet en lui-même : citons par exemple « l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus ». Ceci devrait conduire à une meilleure information des parlementaires, notamment grâce à une vision plus globale et complète des incidences de la réforme envisagée. Bien sûr, ils disposent déjà de moyens de renseignement et de contrôle conséquents, mais le fait qu'ici ce recensement soit systématique et complet ne peut que contribuer à rationaliser l'action législative.

Au-delà, cette différence fondamentale de finalités doit être prise en compte dans l'appréciation de la portée des mécanismes de contrôles institués.

B. UNE INÉGALE PORTÉE DES DISPOSITIFS DE CONTRÔLES

Cette différence importante entre les deux types d'études d'impact doit être appréciée en fonction des finalités poursuivies. On distinguera le déclenchement et la portée du contrôle.

A la différence du mécanisme de saisine du juge en matière d'études d'impact environnementales – ouvert à tout requérant ayant intérêt lui donnant qualité pour agir¹²¹ – celui du Conseil constitutionnel à propos des études d'impact législatives laisse apparaître de graves restrictions. Dès lors en effet que la Vème République fonctionne depuis 1962 sous le prisme du fait majoritaire, il y a solidarité politique entre la Conférence des présidents de l'Assemblée nationale – au moins – et le Gouvernement. C'est pourquoi les cas de saisine du Conseil par le Président de l'assemblée ou le Premier ministre devraient être rarissimes¹²² et réservés aux hypothèses de cohabitation avec une majorité de gauche à l'Assemblée nationale, à propos de projets de lois « ayant pour principal objet l'organisation des collectivités

¹¹⁹ Cf. ci-dessus, I-A.

¹²⁰ C. Goasguen et J. Mallot dans leur Rapport d'information au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi, 19 novembre 2009, *JO Doc. AN*, n° 2094, p. 34.

¹²¹ Rappelons que le requérant ne peut attaquer que la décision administrative (explicite ou implicite) à l'issue de l'instruction du dossier, puisque l'étude d'impact en elle-même n'est pas considérée comme un acte faisant grief.

¹²² Les désaccords éventuels entre le Gouvernement et sa majorité étant réglés en « interne » : ou bien que le premier renonce à son texte ou remédie aux défauts de l'étude d'impact, ou bien qu'il réussisse à convaincre le président de l'assemblée de ne pas saisir le Conseil constitutionnel.

territoriales »¹²³. Encore y aurait-il alors la possibilité pour le Gouvernement de faire présenter son texte par des parlementaires sous forme d'une proposition de loi, dont il faut rappeler qu'elle reste dispensée d'étude d'impact.

C'est pourquoi a été rapidement posée au Parlement¹²⁴ et en doctrine¹²⁵ la question de savoir si – dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité « classique » des lois – le Conseil constitutionnel pourrait examiner la conformité des études d'impact à la loi organique. Fort heureusement, il a fini par opter pour une réponse positive¹²⁶, ce qui élargit les possibilités de sa saisine – notamment aux parlementaires de l'opposition – pour insuffisance (voire absence) de l'étude d'impact.

Reste alors à s'interroger sur la portée du contrôle opéré par le Conseil constitutionnel. Comme on l'a rappelé, l'entier choix politique incombe au Gouvernement comme au Parlement : dès lors le contrôle risque de rester très limité. Ce caractère limité semble devoir être renforcé par deux constats.

D'une part, le Conseil constitutionnel semble tout disposé à laisser une grande latitude au Gouvernement : il a ainsi gommé ou atténué – de sa propre initiative – plusieurs exigences de la loi organique. Il a tout d'abord considéré que si la loi organique énumère un certain nombre de passages, en apparence obligés pour les études d'impact, ceux-ci ne s'imposent que pour autant qu'ils trouvent « effectivement à s'appliquer compte tenu de l'objet des dispositions du projet de loi en cause »¹²⁷. Par ailleurs, il a admis qu'une étude d'impact puisse être « commune à plusieurs projets de loi ayant un objet analogue »¹²⁸. Enfin, il a estimé que si « par suite de circonstances » tout ou partie de l'étude d'impact était mis à la disposition de la première assemblée saisie après la date de dépôt du projet, il lui appartiendrait d'apprécier le respect de l'article 8 de la loi organique « au regard des exigences de la continuité de la vie de la Nation »¹²⁹ : or une telle réserve d'interprétation, non seulement ne découle aucunement du texte organique, mais donne en plus toute latitude d'interprétation au juge constitutionnel.

D'autre part – quant au fond – il est à craindre que le Conseil constitutionnel ne soit mal outillé pour apprécier le bien-fondé de tel ou tel passage de l'étude d'impact. S'il a une bonne habitude des analyses juridiques, les appréciations plus techniques, de nature prospective au surplus, lui sont moins familières. Enfin, il aura toujours la possibilité de faire preuve d'une certaine souplesse dans l'appréciation liée au non respect de telle disposition relative aux études d'impact, en considérant qu'il s'agit d'une « formalité non substantielle ».

Certes on peut considérer cette souplesse d'une façon favorable, en estimant qu'elle offre « une solution pragmatique et raisonnable permettant de concilier

¹²³ Dès lors que, selon l'article 39, 2^{ème} al. de la Constitution, ils doivent être soumis en premier lieu au Sénat (et à supposer que le Sénat ait toujours une majorité de droite).

¹²⁴ Cf. par ex. : C. Goasguen et J. Mallot, Rapport préc. pp. 31 et 32.

¹²⁵ Cf. not. : J. Sirinelli, art. préc., pp. 1387 et s.

¹²⁶ Dans sa décision n° 2010-603 DC du 11 février 2010 relative à la loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux, cons. 3 à 5.

¹²⁷ Décision n° 2009-579 DC, préc., 15^{ème} cons.

¹²⁸ Décision n° 2010-603 DC préc., cons. 5.

¹²⁹ Décision n° 2009-579 DC, préc., 17^{ème} cons.

l’information du Parlement, l’amélioration de la production législative et les circonstances exceptionnelles exigeant une intervention rapide du législateur »¹³⁰. Néanmoins, la comparaison avec les études d’impact environnementales s’avère riche d’enseignements. Car au départ, les plus vives réserves avaient été formulées à l’égard de la portée de la réforme de 1976 : de caractère purement formaliste, elle avait toutes les chances de ne rien changer quant au fond, le juge n’ayant ni les moyens ni la volonté de sanctionner les études d’impact insuffisantes. Or la vigilance et la ténacité des associations de protection de l’environnement ont permis que le juge soit très fréquemment saisi, et qu’il développe un contrôle important : il a su faire bon usage des pouvoirs que lui avait conférés le législateur¹³¹, il a dégagé une méthode de contrôle – basée notamment sur le principe de proportionnalité – et sanctionné nombre de décisions prises sur le fondement d’études d’impact insuffisantes¹³². Il a ce faisant contribué à faire de l’étude d’impact « l’un des outils nécessaires pour assurer un niveau élevé de protection de l’environnement »¹³³.

C’est pourquoi l’efficacité de la réforme voulue par le constituant va largement dépendre, d’une part de la vigilance et de la volonté des parlementaires, d’autre part de la façon dont le Conseil constitutionnel va se saisir des pouvoirs qui sont les siens. S’il est bien évident qu’il ne s’agit nullement de prétendre que l’étude d’impact va remplacer les débats et les choix politiques – lesquels restent entre les mains du Gouvernement et du Parlement – sa contribution à une meilleure rédaction des textes et à une plus grande rationalité de l’action législative serait déjà un beau succès. Et à l’heure où le Conseil d’Etat publie son dernier rapport annuel, *Consulter autrement, participer effectivement*¹³⁴, il est intéressant de constater l’importance qui est donnée à cet instrument « très récent » mais qui a déjà permis de « mieux justifier la nécessité de légiférer et de mieux mesurer les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales de la réforme »¹³⁵ : un bon tiers des propositions se rapporte en effet aux études d’impact. Parmi celles-ci on trouve non seulement la suggestion d’utiliser au mieux les études d’impact législatives afin de renforcer les liens entre les différentes phases d’élaboration des textes¹³⁶, mais surtout celle de les étendre à

¹³⁰ En ce sens, J. Sirinelli, préc., p. 1395.

¹³¹ Et notamment de la possibilité de prononcer une suspension automatique pour absence d’étude d’impact (actuels articles L. 122-2 du c. envt et L. 544-11 du CJA).

¹³² Si les annulations ont été plus souvent le fait de Tribunaux administratifs, le Conseil d’Etat a lui aussi prononcé un certain nombre d’annulations, à partir de 1983 : pour un recensement, voir M. Prieur, *op. cit.*, p. 95. V. aussi : R.-C. Dupuy, art. préc., p. 83.

¹³³ Selon l’expression de J.-F. Struillou, *in* L’évolution du cadre légal des études d’impact, *RJE* n° spécial 2004 préc., p. 82. Des représentants des milieux associatifs conviennent également que « les exigences en la matière (...) ont permis progressivement, avec l’aide des juridictions administratives, d’introduire une véritable dimension environnementale dans l’appréciation de la pertinence d’un projet » : J. Zeimert, « Regard associatif sur les études d’impact », *RJE*, même numéro, p. 107.

¹³⁴ Rapport public annuel 2011, à paraître à la Documentation française le 8 juillet 2011 : un bref résumé, les 18 propositions, et 12 « questions-réponses » viennent, au moment où nous achevons la rédaction de cet article, d’être mis en ligne sur le site Internet du Conseil d’Etat.

¹³⁵ Selon les termes du résumé mis en ligne.

¹³⁶ Propositions n° 3 et 4.

l’essentiel des projets de décret¹³⁷ comme aux projets de directives et de règlements européens. Quant à leur utilisation au service d’une meilleure participation des citoyens à la prise de décision publique – thème central du rapport public – il s’agit d’un élément supplémentaire de rapprochement avec les études d’impact environnementales … et d’un thème futur de recherche !

¹³⁷ Projets de décrets d’application des lois et de décrets du pouvoir réglementaire autonome (proposition n° 5).

CHAPITRE 2

ÉTUDES DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

Les études d'impact et la légistique

Laurent ECK

Maître de conférences à l'Université Jean Moulin-Lyon 3

La légistique n'est pas « un art »¹³⁸ très connu en France et l'expression fait penser à un barbarisme d'ingénierie juridique. Pourtant et au-delà des mots, la légistique invite à « mieux légiférer »¹³⁹ en se dotant de différents outils dont les études d'impact représentent l'archétype.

Selon Jacques Chevallier, la légistique est « une science appliquée de la législation qui cherche à déterminer les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édition et d'application des normes »¹⁴⁰. Elle se distingue du droit parlementaire qui « traite des règles suivies dans l'organisation, la composition, les pouvoirs et le fonctionnement des assemblées politiques »¹⁴¹.

Cette discipline s'est imposée très tardivement en France contrairement aux pays de traditions germaniques (Allemagne ou Suisse) qui ont développé plusieurs analyses théoriques de la technique législative au cours des 19ème et 20ème siècles¹⁴². Depuis les années 1970 la science de la législation a gagné les pays de common law tels les Etats-Unis, le Canada ou le Royaume-Uni qui s'en sont saisis en privilégiant l'idée d'efficience économique. Dans les années 1980, des ouvrages de légistique et des guides méthodologiques d'élaboration des normes fleurissent dans des pays en pointe tels que les Pays-bas, la Suisse ou la Belgique. Le traité de légistique publié par le

¹³⁸ Karine Gilberg, « L'art de la légistique », *La Gazette du Palais*, 7 janvier 2010, n° 7, p. 8 ; « La légistique ou l'art de rédiger le droit », *Le Courrier juridique des finances et de l'industrie*, n° spécial, juin 2008.

¹³⁹ La légistique est étroitement reliée par un but noble dont les fondements lointains, peuvent être trouvés dans le préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

¹⁴⁰ Jacques Chevallier, « L'évaluation législative : un enjeu politique », Dir. Alain DELCAMP, *Contrôle parlementaire et évaluation*, La Documentation française, 1995.

¹⁴¹ Marcel Prélot, « Introduction au droit parlementaire », *Politique*, n° 21/24, p. 11.

¹⁴² Pour un aperçu très complet : Karine Gilberg, *La légistique au concret : les processus de rationalisation du droit*, Thèse, Paris 2, 2007.

Professeur suisse Peter Noll¹⁴³ contribue à faire connaître cette discipline¹⁴⁴. Les années 1990 puis 2000 vont constituer un tournant pour le développement de la légistique. En effet, devant le phénomène d'inflation législative et de mauvaise qualité des normes, dans des sociétés se complexifiant, les méthodes de la légistique poussant à la rationalisation du droit vont être mises en avant par des instances internationales telles que l'Union européenne ou l'OCDE et par les Etats eux-mêmes.

Il existe deux volets de cette science: la légistique formelle et la légistique matérielle. En premier lieu, « la légistique formelle vise à étudier l'activité de production normative et à définir les techniques adaptées à la gestion de cette production, valoriser une meilleure connaissance des normes existantes, assurer la mise à jour et l'actualisation du dispositif juridique, améliorer la rédaction et la formulation des textes »¹⁴⁵. En effet, selon Karine Gilberg, « la légistique formelle définit des règles d'écriture du droit en vue d'harmoniser la technique législative et offrir des outils aux rédacteurs : il s'agit d'une démarche méthodique qui n'est pas seulement descriptive (formalisation des pratiques) mais aussi performative (systématiser les pratiques afin d'améliorer la rédaction normative et d'accroître l'efficacité de la norme) »¹⁴⁶. En réalité, les principes d'intelligibilité et de clarté du droit constituent le noyau dur de la légistique formelle¹⁴⁷. En France, ce n'est que depuis une dizaine d'années, sous la pression de l'OCDE et sous l'impulsion des hautes juridictions administrative et constitutionnelle ainsi que du Secrétariat général du gouvernement que la légistique formelle a connu un formidable essor et a abouti non seulement à quelques consécrations constitutionnelles, mais aussi à la rédaction d'un guide de légistique publié en 2005 et actualisé en 2007¹⁴⁸.

En second lieu, la légistique matérielle est apparue plus tardivement et reste encore assez méconnue. Elle vise à rationaliser le contenu des textes en adoptant une

¹⁴³ Peter Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek bei Hamburg, 1973 Cité par : Alexandre Fluckiger, Jean-Daniel Delley, « L'élaboration rationnelle du droit privé: de la codification à la légistique », Dir. Christine Chappuis, *Le législateur et le droit privé*, Mélanges en l'honneur de Gilles Petitpierre, 2007, p. 123.

¹⁴⁴ La légistique est d'ailleurs enseignée au sein de certaines facultés de droit.

¹⁴⁵ Jacques Chevallier, « Vers un droit post-moderne », *RDP*, 1998, p. 684.

¹⁴⁶ K. Gilberg, Thèse, p. 147.

¹⁴⁷ Sur le sujet, par ex : Marc Guillaume, « Légistique et Constitution », *CJFI*, 2008, p. 15 ; Véronique Champeil-Desplats, « Les nouveaux commandements du contrôle de la production législative », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Economica, 2006, p. 267 ; Jean-François Kerléo, *La rénovation parlementaire à travers l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi*, Mémoire Master 2, Lyon 3, 2007. Globalement, depuis les années 1970, les pouvoirs publics français, par le biais notamment de circulaires ont considérablement développé les outils de la légistique formelle que cela soit par des impulsions en matière de qualité rédactionnelle des textes, de respect des consultations préalables ou plus récemment par le biais de la simplification du droit (notamment la simplification du langage), par sa codification ou par l'introduction des systèmes informatisés d'aide à l'écriture du droit (aussi appelé légitimatic). Mais ce développement a connu d'importantes limites en termes de lenteur et de résistances des protagonistes. La récente loi de simplification et d'amélioration du droit, invalidée partiellement par le Conseil constitutionnel, montre que l'objectif visé par cette loi, est parfois difficile à atteindre : Conseil constitutionnel, 12 mai 2011, *Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, n° 2011-629 DC.

¹⁴⁸ *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, Premier ministre, Secrétariat général du gouvernement, Conseil d'Etat, 2^{ème} édition mise à jour, 2007.

démarche scientifique dans l’élaboration et l’application des lois. Ce second versant de la légistique est exigeant car il invite à une modification des comportements des acteurs administratifs et politiques, de surcroît dans le contexte français de production législative. Les outils de la légistique formelle sont divers. Ils concernent, par exemple, l’évaluation de l’impact des lois, le recours à l’expertise, l’expérimentation, l’association des acteurs sociaux dans l’élaboration et la mise en œuvre du droit. Les études d’impact sont un instrument de la légistique matérielle car elles induisent une démarche évaluative dont la mise au point structurée s’est fait jour en Suisse, en Allemagne et aux Etats-Unis dans les années 1970 et 1980¹⁴⁹. Cette approche d’évaluation de la règle de droit a d’ailleurs jeté les bases de la légistique matérielle. En la matière, deux types d’outils permettent d’apprécier les effets de la loi et d’assurer le cycle de conception de la norme. Il existe, tout d’abord, des outils d’évaluation *ex ante* (dont font partie les études d’impact) qui permettent de guider à l’élaboration de la loi. Il existe, ensuite, une évaluation *ex post* qui permet d’apprécier la mise en œuvre de la règle. Parfois, ces deux parties de l’évaluation ne font qu’une à l’instar des lois expérimentales¹⁵⁰.

A la différence d’autres pays privilégiant des critères d’évaluation propres, la France a mis du temps à systématiser une telle démarche, car l’évaluation de la règle de droit était une pratique administrative participant à la modernisation des choix publics se réalisant au cas par cas et en raison notamment de la culture rousseiste de la souveraineté et de la rationalité intrinsèques de la loi. En cela, la légistique matérielle s’est développée que tardivement et ponctuellement contrairement à la légistique formelle. Mais, tout porte à croire que le mouvement français de l’évaluation *ex ante* a déterminé, pour une large partie, l’avènement d’une science de la législation mieux maîtrisée. En ce sens, la France est en voie, notamment par le biais de la constitutionnalisation des études d’impact de découvrir les tenants de la légistique matérielle (I) mais, il lui faudra choisir son modèle de légistique car de nombreuses limites à la consécration des études d’impact comme processus de la légistique matérielle sont encore trop prégnantes (II).

I. Les études d’impact, un instrument majeur de la légistique matérielle

La légistique matérielle comprend un volet plus large que la seule prévision ou anticipation de la qualité des lois, mais force est de remarquer que l’apparition en France de l’évaluation prospective est consécutive à une certaine acceptation des préceptes de la légitisque. En outre et au regard du droit comparé, il nous est permis de penser que l’ambiguïté de la position française sur le mécanisme de l’étude d’impact marque, en profondeur, une ambivalence sur le modèle de légistique à adopter.

¹⁴⁹ Luzius Mader, *L’évaluation législative. Pour une analyse empirique des effets de la législation*, Payot, 1985.

¹⁵⁰ Virginie Massieu, *L’expérimentation législative sous la Vème République*, Thèse, Paris 10, 2009.

A. LA NAISSANCE PARALLÈLE DES ÉTUDES D'IMPACT ET DE LA LÉGISTIQUE MATÉRIELLE EN DROIT FRANÇAIS

Il existe des corrélations induites entre l'appropriation par la France des méthodes de la légistique matérielle et le mouvement d'apparition des études d'impact par sa constitutionnalisation¹⁵¹. Des initiatives très éparses de légistique sont à noter. Comme nous l'avons remarqué, les pouvoirs publics ont privilégié, sous l'impulsion de différentes instances, le souci de rationalité du droit et de qualité de la loi caractérisée par la légistique formelle¹⁵². La légistique matérielle, quant à elle, a connu un mouvement désordonné autour de plusieurs instruments majeurs.

En premier lieu, la France a consacré l'expérimentation avec la réforme constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République qui entérine l'expérimentation législative (article 37-1 de la Constitution) et l'expérimentation locale (article 72 de la Constitution). En deuxième lieu, par exemple, la loi du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social a posé « l'obligation de concertation préalable » à l'élaboration de tout projet de réforme dans les domaines essentiels du droit du travail. En troisième lieu, le recours à l'expertise tant technique que juridique a connu depuis ces dernières années un bond significatif. Enfin, l'évaluation *ex post* par l'inscription dans une loi de révision nécessaire au bout d'un certain nombre d'années (comme les lois sur la bioéthique) ou encore par la création de mission parlementaire *ad hoc* ou sectorielles d'évaluation depuis les années 1990 ont permis de développer les idées de la légistique matérielle¹⁵³.

Mais c'est sans aucun doute l'outil de l'étude d'impact qui peut le mieux démontrer l'appropriation en droit français des formules de la légistique matérielle. A la suite du rapport Picq de 1994¹⁵⁴, c'est à la faveur de la circulaire du 26 juillet 1995¹⁵⁵ que les études d'impact sont apparues pour évaluer *ex ante* les effets des projets de loi et des décrets. Cette circulaire détenait des objectifs ambitieux et novateurs d'aide à la décision et à l'information afin de faciliter la transparence des choix. Toutefois, la pratique des études d'impact s'est heurtée à des résistances administratives et politiques et celles-ci, lorsqu'elles étaient faites, étaient élaborées très tardivement dans le processus législatif et s'apparentaient à un bref exposé des motifs. Aussi, des

¹⁵¹ Stéphane Braconnier, « La technique de l'étude d'impact et le renouveau de l'action publique », *R.D.P.*, 1998, p. 817.

¹⁵² Edwin Matutano, « La légistique à l'épreuve des exigences de clarté, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi », *RRJ*, 2006, p. 1791.

¹⁵³ Sur la question, V. les développements très complets de Karine Gilberg, *op. cit.*, p. 387.

¹⁵⁴ « L'Etat en France. Servir une nation ouverte sur le monde », Rapport de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'Etat de Jean PICQ, mai 1994.

¹⁵⁵ Circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics, JO, 28 juillet 1995, p. 11217.

tentatives de recadrage méthodologique ont été opérées sans succès¹⁵⁶. Dans une étude publiée en 2004 et portant sur la pratique des études d'impact françaises, l'OCDE porte un regard sévère en remarquant un cadre juridique et institutionnel insatisfaisant, un flottement méthodologique dû au manque de formation des agents en charge de l'élaboration de ces documents et, sur le fond, l'absence d'analyses coûts-bénéfices au sein des études.

Suite à ce constat accablant pour la France, un mouvement général va se mettre en place pour rationaliser et améliorer les études d'impact. On peut citer un rapport de 2004 de la commission interministérielle présidée par M. Bruno Lasserre¹⁵⁷, le rapport public du Conseil d'Etat de 2006¹⁵⁸ faisant état de graves lacunes dans la préparation des textes législatifs ou réglementaires ou encore l'action du Secrétariat général du gouvernement. Ces efforts ne pouvaient aboutir que grâce à la mise en place d'un système contraignant par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui modifie la rédaction de l'article 39 de la Constitution et consacre les études d'impact. En outre, comme le souligne M. Pascal Mbongo cette constitutionnalisation apparaît un peu comme un mirage légistique¹⁵⁹ en rendant obligatoires les études d'impact législatives par renvoi à une loi organique. La loi organique du 15 avril 2009¹⁶⁰ prise sur le fondement du nouvel article 39 de la Constitution énonce que la plupart des projets de loi déposés par le gouvernement doivent désormais faire l'objet d'une étude d'impact. L'OCDE a noté en 2009 que « cet ancrage constitutionnel constitue une « première » par rapport aux autres pays européens. En outre, elle relève que le recours à un texte constitutionnel et organique a traduit la difficulté à inscrire les études d'impact dans le processus de production normative sans une forte contrainte ». Au final, malgré des efforts constants, le principe d'une analyse préalable et systématique des effets de la loi n'a réussi à s'imposer que récemment¹⁶¹ et l'exemple des études d'impact est significatif des obstacles importants qu'a connu le développement de la légistique matérielle en France qui s'est réalisée de manière décousue, un peu comme si les pouvoirs publics cherchaient un modèle de légistique propre au système français. Au regard des expériences étrangères, la France pourrait peut-être trouver sa « voie légistique ».

¹⁵⁶ On peut citer une circulaire du 18 mars 1996 qui aurait dû généraliser les études d'impact et devant les blocages persistants une nouvelle circulaire du 26 janvier 1998 a tenté d'assouplir, en vain, la procédure. Une circulaire du 30 septembre 2003 va alléger la procédure de l'étude d'impact en ne la rendant obligatoire que pour les textes d'envergure. Elle redéfinit la procédure et le champ d'étude en privilégiant l'analyse économique mais ne fixe toujours pas d'objectifs méthodologiques précis.

¹⁵⁷ « Pour une meilleure qualité de la réglementation », Rapport de Bruno Lasserre, La Documentation française, mars 2004.

¹⁵⁸ Rapport public du Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit », La Documentation française, Études et documents, Conseil d'Etat, n° 57, 2006.

¹⁵⁹ Pascal Mbongo, « La « constitutionnalisation » des études d'impact préalables à la loi. Un mirage légistique », *Dalloz*, 2009, p. 108.

¹⁶⁰ Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, JO n° 0089 du 16 avril 2009, p. 6528.

¹⁶¹ Hervé Moysan, « La primauté donnée aux questions de légistique. A propos du rapport annuel 2009 de la Commission supérieure de codification », *JCP G*, n° 37, 2010, p. 1662.

B. L'APPORT DU DROIT COMPARÉ POUR LA CONSOLIDATION DU MODÈLE FRANÇAIS DE LÉGISTIQUE MATÉRIELLE

Si l'on peut constater de nombreux points communs au niveau des procédures d'analyse d'impact, il existe en réalité des différences entre les Etats des pays occidentaux qui ont connu des transformations similaires de la production juridique vers plus d'efficacité et de qualité¹⁶². Certaines expériences étrangères plus anciennes ne peuvent qu'inciter la France à renforcer sa référence en légistique matérielle en adaptant sa modélisation des études d'impact. Globalement deux systèmes de gestion de la prévision existent, influencés par les choix préalables de la légistique : il existe un modèle plutôt américain et un modèle plutôt européen.

Une première catégorie de pays de culture anglo-saxonne et représentée par les Etats-Unis, le Canada et le Royaume-Uni, connaît une procédure d'évaluation *ex ante* ancienne bénéficiant d'une base institutionnelle importante et d'une méthodologie très précise d'inspiration managériale. Par exemple, aux Etats-Unis, les études d'impact datent de 1974. Chaque agence réalise des documents contrôlés *in fine* par une agence centrale vérifiant la teneur des études. Sur le fond, les Etats-Unis privilégient une analyse en terme d'efficience économique basée sur le bilan coût-avantages d'une mesure et sur les risques de cette mesure sur certains domaines. Ici, les études d'impact constituent plus un outil de contrôle de la future mesure que d'aide à la décision.

En Europe, où la bureaucratie détient un poids plus important qu'outre-Atlantique, la rédaction des études appartient généralement aux administrations centrales. Le modèle de la Grande-Bretagne est hybride en ce sens où il empreinte à la culture européenne des études d'impact et à la culture américaine. Initiées à partir de 1985 et revues en 2003, les études privilégient le critère de l'efficience économique. L'analyse d'impact qui doit précéder l'écriture de toute réglementation interne et européenne doit rendre compte de l'effet sur les entreprises, les fondations et les associations en termes de coûts, d'avantages et de risques de la future norme. Les études sont rédigées par les départements ministériels, coordonnées par un département spécial des études d'impact et supervisées par un Cabinet des études d'impact placé auprès du Premier ministre. L'avantage du système britannique est l'ancre institutionnel des études qui permet au document d'évoluer sensiblement avec le texte en discussion devant le Parlement. D'ailleurs, ce système d'enrichissement itératif des études est également bien présent au Canada ou en Allemagne. Par exemple, dans ce dernier Etat, les études prennent la forme de trois documents successifs qui s'amendent au fil des discussions¹⁶³. Les Pays-Bas, la Belgique et la Suisse, qui ont développé depuis longtemps des modèles de légistique formelle clairs et précis, peinent à trouver un cadre institutionnel et méthodologique

¹⁶² L'OCDE a contribué à établir des standards communs. Sur son site internet, on retrouve des fiches évaluatives de pays membres intitulées « mieux légiférer » démontrant encore qu'il n'existe pas de modèle identique pour chaque pays qui conserve chacun sa spécificité.

¹⁶³ Il faut noter que la Cour constitutionnelle allemande requiert du législateur une évaluation *ex ante* poussée.

stable des évaluations *ex ante* du droit et donc d'approfondissement de la légistique matérielle. L'étude de l'OCDE de 2009 intitulée : « L'analyse d'impact de la règlementation : un outil au service de la cohérence des politiques » démontre une avancée encore insuffisante dans l'harmonisation de ces mécanismes. Par ailleurs, l'Union européenne connaît bien l'outil de l'analyse d'impact des normes européennes¹⁶⁴.

Ainsi, l'approche comparée de l'étude d'impact peut inspirer la France pour renforcer la nouvelle procédure d'évaluation *ex ante* et lui permettre de trouver sa voie en matière de légistique, une voie peut-être médiane que consacre la récente constitutionnalisation du processus des études d'impact mais qui reste encore à approfondir tant des limites peuvent apparaître à la consécration des études comme processus entier de la légistique matérielle.

II. Les limites à la consécration des études d'impact en tant que processus de la légistique matérielle

Telles que prévues dans la récente réforme, les études d'impact marquent une avancée réelle dans l'amélioration de la qualité et de la rationalisation du droit. Cependant des limites tant techniques que politiques peuvent encore constituer des freins à la consécration plénière des principes de la légistique matérielle.

A. LES LIMITES TECHNIQUES

Plusieurs blocages de forme et de fond peuvent être recensés.

En premier lieu et sur la forme, « la France n'a pas opté comme d'autres pays pour la constitution de véritables services de légistique au sein des administrations »¹⁶⁵ ce qui peut nuire à la qualité et à l'efficacité de ces documents destinés à éclairer le choix des représentants de la nation. En outre, la création d'un organisme central chargé de coordonner toutes les études et placé auprès du Parlement favoriserait l'efficacité de la nouvelle procédure constitutionnelle et respecterait le principe de la séparation des pouvoirs en laissant au législateur les moyens de se saisir de la portée des textes qu'il vote. En effet, un problème d'indépendance des experts du Secrétariat général du gouvernement peut se poser et, outre le Parlement, d'autres acteurs tels la Cour des comptes ou le Conseil d'Etat pourraient assurer les évaluations. Par ailleurs, comme le relève l'OCDE, « Le dispositif n'intègre pas de manière claire les procédures de consultation publique et ne dégage pas suffisamment l'option du *statu quo*. Pour que les études d'impact soient un véritable outil d'aide à la décision, il est indispensable qu'elles soient accompagnées par un processus de consultation publique pour

¹⁶⁴ Sur la question : V. le rapport spécial n °3 de la Cour des comptes européenne, « L'analyse d'impact dans les institutions européennes soutient-elle la prise de décision ? », 2010.

¹⁶⁵ Karine Gilberg, *op. cit.*, p. 438.

recueillir les éléments nécessaires à une bonne prise de décision »¹⁶⁶. Aussi, l'étude d'impact doit permettre de poser la question du besoin même de la loi très clairement dans le processus. Ceci nécessite que les études démarrent suffisamment en amont du projet de réforme. Rejoignant cette dernière limite, on peut regretter que le mécanisme ne prévoit pas une évaluation *ex post* du texte notamment en comparaison avec l'évaluation *ex ante* réalisée. En outre, on sait que le dispositif actuel est obligatoire pour tous les projets de loi, et n'inclut ni les propositions de loi, ni les projets de décrets ce qui peut entraîner des contournements importants¹⁶⁷. Egalement, il n'est pas prévu d'enrichissement progressif du texte suite aux amendements parlementaires le rendant ainsi trop statique. En la matière, il serait possible de s'inspirer des modèles anglais ou allemand très efficaces quant au suivi de l'ensemble du circuit du texte. Enfin, il existe une grave carence de justiciabilité¹⁶⁸ des études d'impact et l'on peut douter, en raison de la solidarité politique entre la conférence des présidents et le gouvernement, de la volonté de porter devant le Conseil constitutionnel, le contentieux des études comme le prévoit l'article 39-4 de la Constitution. En outre, on ne peut que constater la retenue actuelle du Conseil constitutionnel lorsqu'il est saisi, sur le fondement de l'article 61 de la Constitution, d'un grief tiré de la méconnaissance de la loi organique¹⁶⁹.

En second lieu et sur le fond, la France pourrait privilégier, tout en respectant sa tradition, l'analyse en terme de coût-avantages notamment économiques et modifier sensiblement sa culture administrative qui reste marquée par le poids prépondérant des formations juridiques¹⁷⁰. D'autre part, il serait sûrement possible de moduler le degré de précision de l'étude en fonction de l'importance du projet de texte.

Ces différents freins techniques montrent que la procédure française des études d'impact pourrait être améliorée pour respecter les finalités d'une légistique matérielle aboutie. Une simple modification de la pratique serait suffisante, mais, au-delà, des limites politiques peuvent constituer des blocages plus importants.

¹⁶⁶ « Mieux légiférer en Europe : France », OCDE, 2010, p. 18.

¹⁶⁷ En effet, dans un intérêt politique, le gouvernement pourrait se dispenser des contraintes juridiques de la loi organique en demandant à un parlementaire de la majorité de déposer une proposition de loi que l'exécutif aurait préparée.

¹⁶⁸ En ce sens : Jean Sirinelli, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RDP*, 2010, p. 1367.

¹⁶⁹ Conseil constitutionnel, 11 février 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*, n° 2010-603 DC, J.O., 10 février 2010, p. 2914.

¹⁷⁰ L'OCDE relève que « les outils méthodologiques doivent être renforcés. Le développement des études d'impact nécessite une mise à jour et un approfondissement de la méthodologie, notamment pour l'analyse économique et le chiffrage des coûts (dans la mesure du possible), un point repris par plusieurs interlocuteurs. L'effort doit aussi être poursuivi pour définir les besoins de collecte de données statistiques. Il conviendrait de porter une attention particulière aux impacts sur la compétitivité internationale de la France ».

B. LES LIMITES POLITIQUES

Des limites d'ordre politique de ce nouvel outil, insuffisamment empreint de technique légistique, ne manquent pas d'exister.

En premier lieu, et même si le guide de légistique publié en 2007 prend bien soin de préciser que « l'évaluation préalable ne saurait se comprendre comme un exercice formel de justification *a posteriori* d'une solution prédéterminée, ni une appréciation « technocratique » de l'opportunité d'une réforme qui viendrait se substituer à la décision politique », force est de remarquer que les risques de collusion entre le choix politique et les considérations techniques sont importants. Effectivement, on peut se questionner sur l'utilité même d'une évaluation préalable pour les parlementaires ou de ses influences potentielles sur leur choix final. Or une évaluation préalable trop technique peut être contre-productive et constituer un frein à la décision. Par ailleurs, un autre argument de poids peut être avancé. Les études d'impact, et la légistique en général, ont pour finalité de rationaliser le choix de la décision. Mais, comme le relève Jacques Chevalier, le « choix optimal est une illusion (...) le schéma rationaliste ne tient pas compte de l'incidence de la subjectivité individuelle sur le processus décisionnel »¹⁷¹. *A contrario*, peut-être que le processus des études d'impact tend à modifier le représentant du peuple, souvent soumis aux pressions politiques et à l'accélération du temps législatif imposée par le gouvernement. En réalité, surgit en filigrane la question de la vocation de la loi. Si l'on considère que la finalité de la loi est de poser des grands principes ou des grandes orientations générales de politique, on peut se demander si l'évaluation préalable posée par la réforme constitutionnelle de 2008 ne devrait pas être facultative pour les lois et uniquement fournies sur demande des parlementaires. Elle pourrait s'appliquer de manière quasi systématique aux actes du pouvoir réglementaire qui ont pour vocation de détailler les principes fixés par la représentation nationale.

Au total, l'aboutissement d'une véritable légistique matérielle passant par la consécration des études d'impact comme instrument majeur de cette science appliquée de la législation ne peut être total si ces différentes limites pratiques et politiques ne sont pas éclaircies voire levées. Mais, il ne faut pas dresser un tableau sombre du nouveau mécanisme. Il permet avant tout de « garantir « l'autonomie décisionnelle » des décideurs c'est-à-dire leur libre-arbitre, leur intime conviction, leur pouvoir discrétionnaire »¹⁷². Une lente immixtion de la légistique en droit français a permis récemment d'adopter une nouvelle approche de l'art de légiférer par la consécration des préceptes de légitique matérielle. Ces objectifs peuvent être difficiles à relever, mais le « dialogue des lois » que permet la méthodologie des études d'impact peut conduire à une nouvelle confection des lois afin de leur assurer une large adhésion et, pourquoi pas, permettre un « nouvel enchantement civique »¹⁷³.

¹⁷¹ Jacques Chevallier, *Science administrative*, PUF, 1986, p. 454.

¹⁷² Danièle Bourcier, *La décision artificielle. Le droit, la machine, l'humain*, P.U.F., 1995, pp. 21-22.

¹⁷³ Anne Teissier-Ensminger, *L'enchantement du droit : légistique platonicienne*, L'Harmattan, 2002, p. 53.

Les études d'impact dans la procédure législative

Philippe BLACHÈR

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Qu'il semble loin le temps où Poincaré, s'exprimant devant la Chambre des députés, proclamait: « Je me passerai d'une réforme constitutionnelle. Que l'on me donne un bon Règlement des Chambres, et cela suffit en fait à modifier la Constitution »¹⁷⁴. Sous la Cinquième République, la teneur des Règlements des assemblées parlementaires découle de la Constitution. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 rappelle ce renversement de perspective: le constituant est à l'origine de la « revalorisation du Parlement » au sein des institutions de la République.

L'étude d'impact s'inscrit dans ces mécanismes constitutionnels visant à renouveler la procédure parlementaire et les méthodes de travail des assemblées. Plusieurs points de la réforme de l'été 2008 ont déjà fait l'objet de commentaires à l'image du partage de l'ordre du jour, de la priorité donnée aux Commissions parlementaires pour l'écriture de la loi ou de l'aménagement du temps parlementaire grâce à la procédure de « temps législatif programmé »¹⁷⁵. La présence des études d'impact au moment du dépôt des projets de loi participe à l'objectif recherché par le constituant de rééquilibrer l'influence du Gouvernement et de la majorité parlementaire dans la procédure législative. Comme s'en explique le Président de l'Assemblée nationale, Bernard Accoyer, devant la Commission des Lois, la réforme de 2008 vise à mieux éclairer le Parlement afin que celui-ci voit sa fonction de contrôle renforcée. En revanche, « l'intérêt général est toujours porté par l'exécutif, par le Gouvernement »¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Cité par M. le député Jean-Jacques Urvoas devant la Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République le 28 avril 2009 sur la proposition de résolution n° 1546 tendant à modifier le Règlement de l'Assemblée nationale, publié dans le Rapport n°1630 de M. Jean-Luc Warsmann, 30 avril 2009, p. 27.

¹⁷⁵ Sur ces questions voir Pierre Avril et Jean Gicquel, *Droit parlementaire*, Précis Domat Montchrestien droit public, 4ème éd., 2010; Jean-Pierre Camby et Pierre Servent, *Le travail parlementaire sous la V^e République*, Clefs-politique Montchrestien, 2010.

¹⁷⁶ Rapport précité, p. 22. Voir également le rapport Mandelkern, La Documentation française, mars 2002.

L'étude d'impact, technique inédite en droit constitutionnel français mais bien connue du droit de l'environnement, est un mécanisme rattaché au processus d'amélioration des politiques publiques. Document préparé par les services ministériels en concertation avec le Secrétariat Général du Gouvernement, l'étude d'impact contient trois types de considérations destinées à aider à la prise de décision: Pourquoi apparaît-il nécessaire de proposer/modifier une loi ? Quels sont, pour le législateur, les choix possibles ? Quels sont les objectifs des choix de la nouvelle législation ?

En tant qu'instrument destiné à améliorer la loi, l'étude d'impact fut, dès le Rapport Picq¹⁷⁷, préconisée pour mesurer et justifier la portée d'un texte nouveau. Initialement dotée de l'autorité d'une circulaire administrative, le pouvoir de révision constitutionnel, sur la base du rapport public du Conseil d'État de 1986¹⁷⁸ et des travaux du Comité Balladur, est venu inscrire l'étude d'impact comme une étape obligatoire de la procédure législative. Sur ce point, le mécanisme doit être mis en relation avec la mission du Parlement désormais en charge de « l'évaluation des politiques publiques » (art. 24 C.).

Cette insertion de l'étude d'impact au plus haut niveau de la hiérarchie des normes s'est effectuée par une constitutionnalisation *a minima*. En effet, dans sa nouvelle rédaction l'article 39 C. dispose que : « La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale et le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique ». C'est la loi organique (L.O.) n° 2009-403 en date du 15 avril 2009 qui impose, pour la présentation des projets de loi, l'étude d'impact¹⁷⁹: « Art. 8 L.O.: Les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact. Les documents rendant compte de cette étude d'impact sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'État (...). » On sait que le président de la République n'était guère favorable à la présence des études d'impact en amont de la procédure législative. Il s'en explique dans la lettre de mission destinée au Premier ministre le 12 novembre 2007¹⁸⁰: « Je ne suis pas favorable à ce que le Conseil constitutionnel puisse être saisi de la recevabilité des projets de loi au regard de leur étude d'impact. » Et le président Sarkozy d'ajouter que: « C'est au Gouvernement qu'il incombe en la matière d'agir avec la discipline nécessaire. » Le Chef de l'Etat a néanmoins laissé ressurgir l'inscription de l'étude d'impact dans la L.O. en raison, sans doute, du large consensus entre les groupes parlementaires sur ce sujet. Comme l'expliquait le président du groupe U.M.P., Jean-François Copé, devant le Comité Balladur: « L'étude d'impact opère une transformation des mentalités en associant de près le député au processus législatif ».

¹⁷⁷ Rapport de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, 20 mai 1994, disponible sur: <http://admi.net/literacy/picq.html>. Sur les origines des études d'impact voir A. Haquet, « Les études d'impact des projets de loi: espérances, scepticisme et compromis », AJDA, 2009, p. 1986.

¹⁷⁸ E.D.C.E., Rapport public 1986, n° 57, La Documentation française, 1986.

¹⁷⁹ On peut regretter qu'après la révision constitutionnelle de « revalorisation » du Parlement, la rédaction de la loi organique ait été confiée au Gouvernement.

¹⁸⁰ Reproduit dans le Rapport A.N. n° 2094 fait par MM. Claude Goasguen et Jean Mallot, 19 novembre 2009, p. 57.

L'étude d'impact ambitionne de revaloriser les Chambres en donnant aux parlementaires, en amont de la discussion législative, une meilleure connaissance des textes déposés, ce qui facilite le travail en commission¹⁸¹. Car l'étude d'impact n'est – en théorie du moins – ni un exposé des motifs ni un avis, à l'image de l'avis rendu par le Conseil économique, social et environnemental ou des avis du Conseil d'État¹⁸².

Pourtant, l'observation d'une année de pratique des études d'impact dans la procédure législative conduit à la présentation d'un bilan mitigé. Entre le 1er septembre 2009 et le 31 août 2010, 83 études d'impact ont été jointes à des projets de loi. Si ces études exercent une portée fondamentale en amont de la procédure législative (I), leur influence reste marginale tout au long de la procédure législative (II).

I. Une portée fondamentale en amont de la procédure législative

Les études d'impact ne sont pas des techniques nouvelles puisque le droit de l'environnement et, dans une moindre mesure, le droit communautaire les expérimentent depuis longtemps. Mais désormais – et la nouveauté est bien là – ces documents d'aide à la décision deviennent des éléments de la régularité de la procédure législative. Si les textes insistent sur la présence des études d'impact comme condition indispensable au dépôt des projets de loi (A), les jurisprudences constitutionnelle et administrative ajoutent des exigences liées à la substance de ces études (B).

A. LA PRÉSENCE DES ÉTUDES D'IMPACT

L'étude d'impact est une formalité obligatoire (1) susceptible de constituer un vice d'inconstitutionnalité externe de la loi (2).

1) Une formalité obligatoire

La présence de l'étude d'impact est exigée par l'article 8 de la L.O. du 15 avril 2009. Cet article dispose que: « Les documents rendant compte de cette étude d'impact sont

¹⁸¹ Au-delà de la revalorisation du Parlement, la possibilité offerte aux citoyens de réagir sur les études d'impact en déposant des contributions sur le site internet de l'Assemblée nationale offre de nouvelles perspectives. L'article 83 du Règlement de l'Assemblée nationale, qui aménage cette participation, indique que le rapporteur de la loi est le destinataire de ces contributions. Cette initiative, ouverte à tous (et non réservée aux seuls citoyens), renvoie à la question du rôle de l'opinion publique dans la fabrication de la loi. Sur cette importante question voir la thèse de S. Bénéfouillière, *La démocratie d'opinion. Contribution à une approche constitutionnelle de l'opinion publique*, Lyon 3, 2007.

¹⁸² Deux différences majeures peuvent ici être soulignées entre les études d'impact et les avis du Conseil d'Etat: l'étude d'impact émane de l'auteur de la loi, le Gouvernement; elle n'est pas revêtue du secret puisque sa présentation est obligatoire.

joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'État. Ils sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi auxquels ils se rapportent. » La L.O. exclut de ce dispositif les projets de révision constitutionnelle¹⁸³, les projets de loi de finance, les projets de loi de financement de la sécurité sociale ainsi que d'autres catégories de projet de loi¹⁸⁴. L'article 146-6 du Règlement de l'Assemblée nationale aménage la possibilité d'assortir une proposition de loi d'une étude d'impact.

Lorsqu'elle est prévue, la présence de l'étude d'impact est véritablement obligatoire puisque la conférence des présidents détient le droit de refuser l'inscription à l'ordre du jour d'un projet non assorti de ce document. L'article 39, alinéa 4, dispose sur ce point que: « Les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues ». Et l'article 39 ajoute « qu'en cas de désaccord entre la conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'Assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours ». Ainsi, la réforme de 2008 réactive, par ce biais, la mission de gardien des compétences gouvernementales et parlementaires en matière d'initiative législative du Conseil constitutionnel. Si cette compétence s'avère superflue dans une situation politique de « fait majoritaire » (entendue comme le soutien inconditionnel du Gouvernement par la majorité de la Chambre des députés), elle pourrait se révéler décisive en cas de cohabitation ou de changement de majorité politique au Sénat.

2) Un vice d'inconstitutionnalité externe de la loi

La présence de l'étude d'impact devient un élément constitutif des vices d'inconstitutionnalité externe de la loi. Sur ce point, le juge constitutionnel se trouve en mesure de déclarer contraire à la Constitution une loi votée selon une procédure irrégulière car en l'absence d'étude d'impact. Un débat sur l'éventuelle compétence contentieuse du Conseil constitutionnel en la matière opposa, brièvement, le président de la Commission des lois, M. le député Jean-Luc Warsmann, et le Gouvernement. Si le premier défendait, lors des débats de la Commission, la thèse d'un juge constitutionnel « arbitre » via la restauration du mécanismes des fins de non-recevoir (F.N.R.) de l'article 41 C., le Gouvernement était favorable à ce que l'insuffisance des études d'impact entre au nombre des questions susceptibles d'être invoquées devant le

¹⁸³ Il est assez surprenant que les projets de lois constitutionnelles échappent aux études d'impact. Après tout, les lois constitutionnelles sont des lois! L'article 92.4 de la Constitution de 1958 dispose que « la présente loi sera exécutée comme Constitution de la République et de la Communauté ». Et la révision s'organise toujours comme une procédure législative originale, l'article 89 alinéa 2 C. rappelant que « le projet ou la proposition de révision doit être voté par les deux assemblées ». Il eut été intéressant, par exemple, de faire précéder la loi constitutionnelle du 2 octobre 2000 instaurant le quinquennat d'une étude d'impact...

¹⁸⁴ Voir la contribution de Guillaume Protière dans le présent ouvrage (*infra*, pp. 60 et s.). Également les commentaires de « Jurisprudence » in *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2009, p. 134.

Conseil constitutionnel dans son contrôle de l'article 61 C. La décision du 9 avril 2009¹⁸⁵ rendues à propos de la loi organique relative aux articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution ne tranche pas la question, mais le pas est franchi avec la décision n° 603 D.C. du 11 février 2010¹⁸⁶. Interrogé par les requérants parlementaires sur une éventuelle violation par le législateur des dispositions de la L.O. du 15 avril 2009, le juge accepte, en répondant au grief, d'intégrer la présence de l'étude d'impact comme vice d'inconstitutionnalité de la loi votée.

Cette jurisprudence était prévisible, le Conseil constitutionnel élaborant, au fil de ses décisions, une jurisprudence « ferme »¹⁸⁷ quant au respect des règles constitutionnelles de procédure par le législateur. A titre d'exemple, la haute instance accorde à la consultation du Conseil d'État, obligatoire pour les projets de loi, une portée effective. La décision n° 468 D.C. du 3 avril 2003 indique en ce sens que « si le Conseil des ministres délibère sur les projets de loi et s'il lui est possible d'en modifier le contenu, c'est, comme l'a voulu le constituant, à la condition d'être éclairé par l'avis du Conseil d'État ; que, par suite, l'ensemble des questions posées par le texte adopté par le Conseil des ministres doivent avoir été soumises au Conseil d'Etat lors de sa consultation »¹⁸⁸. Plus généralement, le Professeur Dominique Rousseau note que « le Conseil semble même étendre sa jurisprudence à des cas non prévus par la Constitution, mais où la nécessité de la consultation préalable d'un organisme non parlementaire découle, selon lui, de l'objet même de la loi en cause »¹⁸⁹.

Désormais « constitutionnalisée », l'étude d'impact se présente, sans surprise, comme un élément obligatoire du régime d'élaboration de la loi votée. Et le juge accepte même d'en contrôler la substance.

B. LA SUBSTANCE DE L'ÉTUDE D'IMPACT

Tant le Conseil constitutionnel que le Conseil d'État exigent une adéquation entre le contenu de l'étude d'impact et l'objet du projet de loi. Si cette exigence matérielle s'avère minutieusement contrôlé par la Haute juridiction administrative (1), elle est appréciée de manière beaucoup souple par le juge constitutionnel (2).

¹⁸⁵ C.C. 2009-579 D.C., Rec. p. 84.

¹⁸⁶ Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils régionaux et des conseils généraux, J.O. 17 février 2010, p. 2914.

¹⁸⁷ Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Domat Montchrestien droit public, 9ème édition, 2010, p. 140.

¹⁸⁸ C.C. 2003-468 D.C., Rec. p.325, considérant n° 7. Voir le commentaire de P. Jan, *AJDA*, 2003, p. 939.

¹⁸⁹ *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p. 141.

1) Un contrôle minutieux par le Conseil d'État

A l'occasion de sa mission consultative, le Conseil d'État veille à ce que le contenu de l'étude d'impact d'un projet de loi rende compte de manière sincère et intégrale du projet définitivement arrêté par le Gouvernement. Comme l'indique le Rapport public de 2010, « l'objectif étant de mieux légiférer, le Conseil d'État se réjouit de cette meilleure discipline dans la préparation des projets de loi. Il est donc particulièrement attentif à son application scrupuleuse dans tous les textes qui lui sont soumis. »¹⁹⁰

Ainsi, l'examen du projet de loi relatif au Grand Paris est l'occasion, pour la Haute instance, de rappeler la nécessité, pour le Gouvernement, d'amender une étude d'impact si des écarts significatifs sont constatés entre le projet de loi et les documents l'accompagnant. Le juge administratif insiste en particulier sur la sincérité de l'étude d'impact en matière de consultations menées préalablement, aux motifs des choix opérés et des stratégies délaissées, et aux ressources envisagées notamment pour la construction du réseau de transport public du Grand Paris. Prenant en considération « l' impact potentiel » du projet de loi, le Conseil d'État perçoit « un changement dans les circonstances de droit et de fait rendant nécessaires de nouvelles consultations et une nouvelle enquête publique pour que la procédure d'élaboration du schéma puisse être considérée comme régulière. »¹⁹¹

Le rapport public du Conseil d'Etat de 2011¹⁹² relève les progrès accomplis dans la généralisation des études d'impact. Sur les 128 projets de loi examinés à titre consultatif durant l'année 2010, le juge administratif ne relève pas d'omission d'études d'impact. En revanche, la haute juridiction constate les insuffisances des analyses de compatibilité entre les textes et le droit communautaire et les engagements internationaux de la France.

2) Une appréciation souple par le Conseil constitutionnel

Le Conseil constitutionnel accepte, dans le cadre du contrôle préventif de l'article 61 C., d'examiner la substance des études d'impact. Mais son appréciation se révèle plus tolérante que celle du Conseil d'État. Il est vrai, ainsi qu'il le rappelle parfois dans ses décisions par un *obiter dictum*, que le juge constitutionnel ne se trouve pas dans la même position que « le Conseil d'État dans l'exercice de ses fonctions administratives »¹⁹³.

¹⁹⁰ Études et Documents du Conseil d'Etat, Rapport 2010, La Documentation française, p. 97.

¹⁹¹ « Grand Paris: Préserver l'effectivité de l'information et de la participation du public », Communiqué officiel du Conseil d'Etat, Site internet: <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/grands-angles/grand-paris-preserver-l-effectivite-de-l-information-et-de-la.html>

¹⁹² Conseil d'Etat, Rapport public 2011, Études et documents n° 62, La Documentation française, mai 2011.

¹⁹³ C.C. 86-218 D.C. du 18 novembre 1986, Rec. p.167. Dans le même sens, CC 2010-602 D.C. 18 février 2010 (cons. 20).

Ainsi, par la décision n° 603 D.C. du 11 février 2010¹⁹⁴, le Conseil constitutionnel considère qu'en intégrant dans un document unique l'étude d'impact de trois projets de loi, le Gouvernement ne méconnait pas les exigences de l'article 39 C. dans la mesure où les textes législatifs ont un « objet analogue »¹⁹⁵.

Témoignant des limites de la portée des études d'impact sur les débats parlementaires, la décision n° 618 D.C. du 9 décembre 2010, rendue à propos de la loi de réforme des collectivités territoriales, conduit le juge à se demander si les insuffisances de l'étude d'impact constituent un éventuel détournement de procédure de nature à altérer la clarté et la sincérité des débats. Dans leur saisine, les députés de l'opposition estiment que « des éléments essentiels de la loi finalement votées que sont le mode de scrutin pour les élections des conseillers territoriaux par département et par région, ainsi que la répartition des compétences entre collectivités territoriales n'ont, quant à eux, fait l'objet d'aucune étude d'impact »¹⁹⁶. Pour les requérants, le non-respect des exigences de l'article 39 C. en matière d'étude d'impact constitue une irrégularité de procédure entraînant l'invalidation de la loi votée. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel rejette le moyen en jugeant les griefs d'inconstitutionnalité inopérants au motif que les dispositions mentionnées par la saisine présentent un lien direct avec « les dispositions qui figuraient dans le projet de loi » et que, de plus, les articles concernés « ont été insérés en première lecture par l'Assemblée nationale ». En somme, les exigences constitutionnelles liées aux études d'impact ne sauraient dénaturer, affecter, limiter l'exercice du droit d'amendement. Ce constat conduit à relever la portée finalement marginale de ces documents d'aide à la législation tout au long de la procédure législative.

II. Une portée marginale tout au long de la procédure législative

Les projets de lois sont désormais accompagnés d'études d'impact. Mais une fois déposée sur le bureau de l'une des deux chambres, l'étude d'impact est un document que les acteurs législatifs n'utilisent pas. Les rapporteurs ne citent pas explicitement ces études. Les discussions en séance plénière n'y font jamais référence. Deux types d'explications permettent de comprendre cette absence d'impact des études d'impact tout au long de la procédure législative: des raisons tenant à l'auteur de ces expertises (A) et au caractère inadapté des études d'impact avec la revalorisation de l'institution parlementaire (B).

¹⁹⁴ *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux* J.O. du 17 février 2010, p. 2914.

¹⁹⁵ Il s'agissait, en l'espèce, de la loi relative à l'élection des conseillers territoriaux, de la loi relative à la concomitance du renouvellement des conseils généraux et des conseils régionaux , et de la loi relative à l'élection des membres des collectivités territoriales.

¹⁹⁶ Saisine par 60 députés du 22 novembre 2010 relative à la loi de réforme des collectivités territoriales, J. O. Du 17 décembre 2010, p. 22181.

A. UNE MARGINALITÉ TENANT À L'AUTEUR DES ÉTUDES D'IMPACT

Quel est l'auteur d'une étude d'impact ? Rédigée par le Cabinet ministériel en charge d'une nouvelle législation, finalisée par le Secrétariat Général du Gouvernement, l'étude d'impact se présente comme un document anonyme. Aucune signature n'est apposée sur ces expertises. La mention des ministères éventuellement sollicités pour la confection fait systématiquement défaut. Le premier « rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi » souligne les difficultés à identifier, dans bien des cas, les contributeurs à la rédaction de l'étude. « Lorsque des contributions sont demandées à des personnes ou à des organismes extérieurs à l'administration dans le cadre de la réalisation d'une étude d'impact, il est souhaitable que l'existence et le contenu de ces contributions, ou la participation directe de tel ou tel organisme à la réalisation de l'étude d'impact, apparaissent clairement dans le document transmis au Parlement »¹⁹⁷. Ces omissions tranchent radicalement avec la transparence et la publicité des expertises extérieures conduites par les commissions parlementaires.

Si l'étude d'impact apparaît comme une source d'aide à la législation, les modalités de cette assistance technique restent marquées par le caractère éminemment unilatéral des informations collectées dans ces études. De toute évidence, ce sont les administrations ministérielles qui expriment la position « éclairée » du Gouvernement dans les domaines budgétaires et juridiques, l'essentiel étant d'assurer, en amont du dépôt d'un projet de loi, une « culture préalable » de la nouvelle législation. En ce sens, l'étude d'impact contribue, sans doute, à éclairer le *Gouvernement-législateur*.

Mais il faut immédiatement déplorer l'absence de procédure réellement contradictoire dans l'élaboration de ces documents. Contrairement aux pratiques anglo-saxonnes¹⁹⁸, la procédure « à la française » aménagée par la L.O. du 15 avril 2009 exclut totalement l'opposition parlementaire dans la phase d'évaluation préalable des politiques publiques. Certes, le nouvel article 83 du Règlement de l'Assemblée nationale prévoit la possibilité pour toute personne (particuliers, associations, syndicat, lobbies, entreprises, collectivités...) de formuler des observations par voie électronique sur chaque étude d'impact. Mais la collecte de ces données ne présente guère d'utilité. L'article 86, alinéa 8, du même règlement prévoit que ces observations seront publiées en annexe du rapport rendues sur chaque projet de loi, sans préciser les modalités de « filtrage » et de sélection des diverses contributions. Ainsi que le remarque un observateur attentif de la vie parlementaire: « La commission des lois a

¹⁹⁷ Rapport A.N. n° 2094 fait par MM. Claude Goasguen et Jean Mallot, 19 novembre 2009, p. 35.

¹⁹⁸ John Bell, « La loi britannique et la sécurité juridique », E.D.C.E., Rapport public 1986, La Documentation française, 1987, p. 381.

fait une première application de ces dispositions dans ses rapports sur le projet de loi de modernisation des professions juridiques et judiciaires réglementées et le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. Les rapporteurs ont toutefois pu constater que les contributions reçues tendaient moins à formuler des observations sur les études d'impact qu'à se prononcer sur le contenu du projet de loi¹⁹⁹. »

La possibilité, pour la minorité parlementaire ou pour les partis et groupements politiques, de réagir aux études d'impact, le droit de faire valoir des observations publiques sur les choix possibles en matière de législation alternative, la possibilité de valider les choix budgétaires de l'étude renforceraient l'image et la portée de ces documents joints aux projets de lois. On peut même considérer que l'insertion de l'opinion minoritaire – ou d'opinions dissidentes – dans les études d'impact transformeraient sensiblement la portée de ces instruments: plutôt que de répondre à la question « Pourquoi justifier une nouvelle loi ? », les études d'impact répondraient alors à la question « Pourquoi telle ou telle loi ? ».

Pour l'heure, l'étude d'impact n'exprime que la position du Gouvernement. C'est un document dont la logique formelle et matérielle est *unilatérale*. Il n'est par conséquent guère aisé d'établir une différence de nature entre ces études d'impact et le traditionnel exposé des motifs de la loi. Le rapport d'information parlementaire du 19 novembre 2009 opère, du reste, à demi-mot ce rapprochement: « La présentation des objectifs poursuivis, des options possibles et de la justification du recours à la loi ne doit pas s'apparenter à un simple exposé des motifs. (...) Le contenu doit être plus développé, plus argumenté. »²⁰⁰ L'analyse empirique des usages gouvernementaux confirme parfois cette tendance: les Ministres en charge d'un projet de loi utilisent certaines parties des études d'impact pour défendre le vote d'un texte présenté en séance²⁰¹. Cette pratique consistante, pour le Gouvernement, à s'appuyer – sans l'avouer – sur l'étude d'impact pour défendre le texte en discussion confirme le caractère unilatéral de ce type de document.

¹⁹⁹ Georges Bergounous, « L'évaluation de l'évaluation: le contrôle des études d'impact », *Revue Constitution*, Dalloz, 2010, p. 378.

²⁰⁰ Rapport A.N. 2094 précité, p. 36.

²⁰¹ Voir par exemple les travaux préparatoires de la Loi n° 2010-1215 complétant les dispositions relatives à la démocratie sociale, en particulier la séance au Sénat du 8 juin 2010 (Rapporteur Eric Woerth).

B. UNE MARGINALITÉ TENANT AU CARACTÈRE INADAPTÉ DE L'ÉTUDE D'IMPACT À LA REVALORISATION DU PARLEMENT

Dans une étude récente consacrée au « Conseil d'État, conseil du Parlement »²⁰², le Professeur Pascale Gonod évoque une collaboration « contre-nature » à propos de la possibilité, offerte par le dernier alinéa de l'article 39 C., de soumettre pour avis au Conseil d'État une proposition de loi. « En postulant que le Parlement ne dispose pas nécessairement des ressources utiles à l'élaboration de la loi, la possibilité qui lui est offerte de consulter le Conseil d'État revêt un caractère quelque peu paradoxal dans le cadre d'une réforme présentée comme devant contribuer à la revalorisation du rôle législatif du Parlement²⁰³ ». Le propos reste parfaitement transposable aux études d'impact telles qu'elles sont définies par la réforme de 2008.

L'institution parlementaire bénéficie déjà, en marge du dispositif aménagé par la L.O. du 15 avril 2009, de la possibilité et des ressources pour recourir à des expertises. Si ce droit est, traditionnellement, accordé aux commissions parlementaires, instituées pour « aider à la décision »²⁰⁴, la loi n° 96-516 du 14 juin 1996 (supprimée le 15 juin 2009) a créée « l'Office parlementaire pour l'évaluation de la législation » chargée de procéder à des études préalables selon une démarche très proche de celle retenue dans les études d'impact²⁰⁵. De même, le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, institué par l'article 146-3 du Règlement de l'Assemblée nationale, possède une compétence certaine en matière d'évaluation des lois. Mais, ainsi que le précise la décision du Conseil constitutionnel du 25 juin 2009²⁰⁶, cette fonction d'un organe parlementaire liée à l'évaluation des politiques publiques ne saurait empiéter sur les prérogatives du Gouvernement énoncées à l'article 20 C. Pour le juge constitutionnel, les missions du Comité « consistent en un simple rôle d'information contribuant à permettre à l'Assemblée nationale d'exercer son contrôle sur la politique du Gouvernement et d'évaluer les politiques publiques »²⁰⁷. Et plus généralement, le Conseil constitutionnel rappelle que « la séparation des pouvoirs interdit que pour conduire les évaluations, les rapporteurs du Comité puissent bénéficier du concours d'experts placés sous la responsabilité du Gouvernement »²⁰⁸. Il y aurait donc une différence de nature entre les études d'impact gouvernementales et les études d'impact parlementaires. Si les premières relèvent du domaine de l'action législative, les secondes se rattachent exclusivement à la fonction de contrôle du Parlement.

²⁰² Pascale Gonod, « Le Conseil d'Etat, conseil du Parlement. A propos de l'article 39 alinéa 3 nouveau de la Constitution », RFDA, 2008, p. 871.

²⁰³ *Idem*, p. 872.

²⁰⁴ Pierre Avril et Jean Gicquel, *Droit parlementaire*, précité, p. 97.

²⁰⁵ Voir par exemple le rapport n° 404 rendu par M. Patrice Gélard le 15 juin 2006 sur « Les Autorités administratives indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié ».

²⁰⁶ C.C. n° 2009-581 D.C. du 25 juin 2009, *Rec.* p.120.

²⁰⁷ Décision précitée, considérant n° 58.

²⁰⁸ Décision précitée, considérant n° 61.

Mais, et plus fondamentalement, la conception que le constituant retient de l'étude d'impact repose sur un présupposé qui paraît contradictoire avec l'objectif de « revalorisation » du Parlement. La qualité de la loi serait améliorée par l'évaluation préalable et systématique des projets de loi selon les modalités retenues par le législateur organique du 15 avril 2009. Or, comme le rappelle le président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale, M. le député J.L. Warsmann : « Il n'y a pas, en tout état de cause, de meilleurs experts que les parlementaires dans l'élaboration des textes législatifs. Parce qu'ils représentent la Nation dans son ensemble, ils sont les mieux placés pour mesurer précisément les attentes des citoyens et définir la manière la plus adaptée d'y répondre. »²⁰⁹ L'argumentation politique, en séances plénières ou en commissions parlementaires, n'emprunte pas la même logique, n'utilise pas les mêmes références que celles exposées dans les études d'impact du Gouvernement. Sans évoquer ici la distinction classique entre le « savant » et le « politique »²¹⁰, il est possible d'avancer l'hypothèse suivante : le perfectionnement « technique » des études d'impact ne changera pas les réticences des parlementaires à prendre ces instruments administratifs comme référence à l'appui de leurs argumentations. Car le Parlement reste – dans une logique de revitalisation de sa fonction législative – l'instance de la discussion au sens plein du terme. Dans une démocratie représentative, la Chambre parlementaire est « un lieu où les individus forment leur volonté par la discussion et l'échange des arguments. (...) Une discussion n'a de sens et de justification que si les acteurs peuvent changer d'avis entre le moment où ils s'y engagent et le terme de l'échange. »²¹¹ La revalorisation du Parlement, engagée par le constituant de l'été 2008, concerne aussi cette dimension délibérative de l'instance législative. Et il n'est pas certain que la logique « comptable », « technicienne » et « statistique » des études d'impact participe aux processus de revitalisation du débat public. Les travaux les plus récents en science politique insistent d'ailleurs sur les risques de désenchantement du politique face à l'épreuve managériale²¹².

Le contenu d'une étude d'impact se borne, en règle générale, selon les termes même de l'article 7 de la L.O. du 15 avril 2009, à « présenter les principales caractéristiques du projet et mettre en valeur l'intérêt qui s'attache à leur adoption ». Dans ces conditions, il est plutôt rassurant que la loi votée n'exprime pas (encore!) la volonté générale dans le respect des études d'impact...

²⁰⁹ Jean-Luc Warsmann, « La qualité de la loi en débat », *Revue Constitution*, Dalloz, 2010, p. 195.

²¹⁰ Max Weber, *Le savant et le politique*, édition La Découverte, Paris, 2003, Préface C. Coliot-Théâtre.

²¹¹ Bernard Manin, *Principe du gouvernement représentatif*, Champs Flammarion, 1996, p. 263.

²¹² Aude Harlé, *Le coût et le goût du pouvoir: le désenchantement politique face à l'épreuve managériale. Sociologie clinique des cabinets ministériels*, Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle, Dalloz, 2010.

L'exception à l'obligation d'études d'impact

Guillaume Protière

Maître de conférences à l'Université Lumière-Lyon 2

La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 entreprend de « rééquilibrer les rapports entre le Parlement et l'Exécutif²¹³ », afin de revaloriser le Parlement. Une telle entreprise est toutefois moins claire que ce qu'il peut paraître de prime abord. S'agit-il de renforcer la fonction législative ?, la loi²¹⁴ ?, la fonction de contrôle du Parlement ? Voire, le renforcement du Parlement implique-t-il un affaiblissement du gouvernement ? Peut-il se faire à « puissance gouvernementale constante » ? Autant de tensions que la notion de revalorisation recouvre sans véritable précision, chaque nouveauté étant traversée par elles à des degrés divers. Les études d'impact n'échappent pas à la règle et offrent, au contraire, un parfait reflet de ces interrogations. Cet « outil de décision²¹⁵ » est en effet censé favoriser l'évaluation et le contrôle parlementaire de la politique législative du gouvernement²¹⁶. À la fois consécration du poids législatif de l'Exécutif et expression d'une défiance à l'égard du gouvernement législateur (que l'on force à justifier sa production), le dispositif de l'étude d'impact repose sur une tension paradoxale difficile à mesurer, ainsi que l'illustre particulièrement la détermination des exceptions à ce dispositif.

Le régime juridique des exceptions à l'obligation d'évaluation préalable est déterminé par les articles 11 et 12 de la loi organique du 15 avril 2009²¹⁷. Introduites et *a priori*

²¹³ Lettre de mission du Président de la République, annexée au décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007 portant création d'un comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V^e République, *JORF*, n° 165, 19 juillet 2007, p. 12158.

²¹⁴ Guillaume Protière, « La modification du domaine de la loi, condition incertaine de revalorisation du Parlement », in Jean-Pierre Camby, Patrick Fraisseix, Jean Gicquel (dir.), *La révision de 2008, une nouvelle Constitution ?*, Paris, L.G.D.J., 2011, pp. 135-142.

²¹⁵ *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, Paris, La Documentation française, 2005.

²¹⁶ Arnaud Haquet, « Les études d'impact des projets de loi : espérances, scepticisme et compromis », *AJDA*, 2 novembre 2009, pp. 1986-1993.

²¹⁷ Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, *JORF*, n° 89, 16 avril 2009, p. 6528.

justifiées par « l'objet spécifique de certaines catégories de projets de loi²¹⁸ », les exceptions revêtent deux formes ; elles consistent soit en une exemption totale²¹⁹, soit en un simple aménagement de l'évaluation préalable²²⁰. Si le législateur organique entend circonscrire au maximum les dérogations admises, les exceptions énoncées sont logiques et adaptent les expériences passées. La circulaire du 21 novembre 1995²²¹ exemptait déjà d'étude d'impact les projets de loi de finances tandis que la circulaire du 26 janvier 1998²²² prévoyait une échelle à trois niveaux. À côté des textes soumis à l'obligation d'évaluation préalable, les projets de loi d'habilitation et de ratification des ordonnances en étaient totalement exclus tandis que les projets de loi de finances et les projets de loi de financement de la sécurité sociale étaient soumis à un régime spécifique²²³. Sur ce point, la loi organique reprend donc une construction préexistante qu'elle aménage pour tenir compte des défaillances²²⁴ de la pratique antérieure²²⁵. Le projet de loi organique manifestait ainsi une réelle compréhension des difficultés de l'action gouvernementale et admettait en conséquence de larges exceptions en faveur du gouvernement. Celles-ci ont été réduites au cours des débats parlementaires ; si le Parlement admet le principe de l'existence de « tempéraments et modulations²²⁶ », il n'entend toutefois pas tolérer de trop fortes exceptions. Manifestant une réelle défiance à l'endroit du gouvernement-législateur, la loi organique étend autant que possible le régime de droit commun et réduit au maximum les exceptions-exemptions d'évaluation préalable (I). Elle tient par ailleurs compte de la procédure spécifique d'adoption de certains textes (lois financières et engagements internationaux) en adaptant le régime d'évaluation (II).

²¹⁸ Jean-Jacques Hyest, *Rapport n° 196 sur le projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*. Sénat, Session ordinaire 2008-2009, p. 54.

²¹⁹ Selon l'article 11, alinéa 1^{er} de la loi organique, « l'article 8 n'est pas applicable aux projets de révision constitutionnelle, aux projets de loi de finances, aux projets de loi de financement de la sécurité sociale, aux projets de loi de programmation visés au vingt et unième alinéa de l'article 34 de la Constitution ainsi qu'aux projets de loi prorogeant des états de crise ».

²²⁰ Il en est ainsi pour les lois d'habilitation législative et les lois de ratification des conventions internationales (article 11, alinéas 2 et 4 de la loi organique).

²²¹ Circulaire du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et de décret en Conseil d'État, *JORF*, n° 279, 1^{er} décembre 1995, p. 17566.

²²² Circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État, *JORF*, n° 31, 6 février 1998, p. 1912.

²²³ Arnauld Noury, « L'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État : une tentative de rationalisation du travail gouvernemental. *R.R.J.-Droit prospectif*, 2000, 2, pp. 602-603.

²²⁴ Ces défaillances avaient justifié l'assouplissement opéré par la circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation (*JORF*, n° 199, 29 août 2003, p. 14720).

²²⁵ Jean Sirinelli, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RDP*, 2010, pp. 1370 & 1373.

²²⁶ Jean-Luc Warsmann, *Rapport n° 1375 sur le projet de loi organique n° 1314 relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*. Assemblée nationale, Session ordinaire 2008-2009, p. 21.

I. Le caractère strict des exceptions-exemptions : la défiance à l'égard du gouvernement-législateur

En retenant une conception stricte des exemptions à l'étude d'impact, le législateur organique exprime sa défiance à l'égard du gouvernement-législateur soupçonné de trop empiéter sur le domaine de la loi. Si cette conviction justifie que les textes pris à l'initiative du Premier ministre sont seuls soumis à l'obligation d'études d'impact (A), l'application de ce principe a dû être modulée afin de tenir compte des mécanismes constitutionnels d'habilitation législative du gouvernement (B).

A. L'ABSENCE D'ÉVALUATION PRÉALABLE DES PROJETS LÉGISLATIFS DONT LE PREMIER MINISTRE N'A PAS L'INITIATIVE

L'identité de l'initiateur de la loi constitue le critère déterminant dans l'application de l'obligation d'étude d'impact. Seuls les projets législatifs dont le Premier ministre a l'initiative sont soumis à l'obligation d'évaluation préalable (art. 8 L.O.). La loi organique du 15 avril 2009 impose ainsi l'obligation d'étude d'impact pour les *seuls* projets de loi (ordinaire ou organique), les propositions de loi (ordinaire ou organique) étant exemptées de toute évaluation préalable. Les amendements parlementaires peuvent tout de même faire l'objet d'une évaluation préalable, sans que l'omission de celle-ci empêche leur discussion (art. 98-1 R.A.N.) ; l'obligation s'avère donc pour le moins formelle. Le dualisme établi par la loi empêche de voir les études d'impact comme un simple procédé d'amélioration de la qualité de la législation (faute de quoi l'exemption des propositions de loi ne se justifie pas) ; cette motivation n'en est certes pas absente, mais ce mécanisme paraît davantage reposer sur des considérations organiques bien plus que légistiques.

Cette présomption organique est confirmée par l'exemption dont bénéficient les lois référendaires, dont la loi organique ne fait nulle mention (ni à l'article 8, ni aux articles 11 et 12). Or, si une telle exemption est justifiée en cas de proposition conjointe des deux chambres (les actes du Parlement échappant à cette obligation), le silence du texte est plus discutable en cas de projet du gouvernement. Du point de vue normatif, une loi référendaire ne se distingue pas d'une loi adoptée par le Parlement²²⁷ et rien ne justifie, sur ce plan, que le texte échappe à l'obligation d'évaluation préalable. D'autant moins que les parlementaires ayant assujettis toutes les matières relevant de la loi ordinaire à cette obligation, cette exemption ouvre une brèche dans la matière législative ordinaire. La seule justification possible nous semble résider dans les spécificités de la loi référendaire qui minorent l'influence du Premier ministre et de son gouvernement. La compétence du Président de la République pour convoquer le corps électoral joue en effet comme un premier filtre tandis que l'adoption directe par le corps électoral fait du texte « l'expression directe de la

²²⁷ Philippe Blachère, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, avril 2003, 105, pp. 17-28.

souveraineté nationale²²⁸ », garantissant par là-même sa perfection légale. Cette justification, si elle s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence constitutionnelle au sujet du contrôle de constitutionnalité de ces textes²²⁹, n'en est pas moins discutable du point de vue de la délibération démocratique. On peut en effet penser que le corps électoral, par ailleurs appelé à intervenir de manière informelle dans la procédure d'évaluation préalable²³⁰, aurait trouvé dans cet instrument une information technique pouvant éclairer son vote. L'absence de mention de ce type de lois paraît confirmer le présupposé organique au fondement de la consécration des études d'impact. Celles-ci constituent un instrument des rapports entre le gouvernement et le Parlement, non un outil général du débat public²³¹.

La défiance à l'endroit du Premier ministre justifie également (au moins partiellement) l'exemption d'études d'impact en faveur des projets de révision de la Constitution. Celle-ci repose en effet à la fois sur leur spécificité matérielle et sur leur origine. Le rapporteur Warsmann relève ainsi que les projets de révision constitutionnelle « traitent (...) de questions pour lesquelles les rubriques habituelles d'une étude d'impact seraient peu pertinentes. On peut même considérer que le Constituant, en visant à l'article 39 les conditions de présentation des « projets de loi », n'a pas entendu viser les « projets de révision constitutionnelle », qui forment une catégorie distincte et *dont l'initiative n'appartient pas au Premier ministre*²³² ». On ne s'étonne pas de trouver mention du Premier ministre en complément du premier argument (qui justifie pourtant à lui seul l'exemption accordée²³³) ; principal bénéficiaire du déséquilibre de la rationalisation du parlementarisme, le Premier ministre ne peut être que la principale victime du rééquilibrage organique auquel procède la loi organique, à travers les études d'impact.

Finalement, seule l'initiative primo-ministérielle en matière d'état de crise échappe à ce resserrement. Ces textes « interviennent [en effet] dans des délais trop brefs pour que l'élaboration d'une évaluation préalable semble possible²³⁴ ». On peut également penser qu'ils constituent un prolongement logique des pouvoirs de police administrative du Premier ministre, compétence propre dans laquelle le Parlement n'a pas vocation à s'immiscer²³⁵. L'évaluation préalable de ces textes, *a priori* dépourvue

²²⁸ C.C., déc. n° 92-313 D.C. du 23 septembre 1992, *Rec.* p. 94.

²²⁹ C.C., déc. n° 62-20 D.C. du 6 novembre 1962, *Rec.* p. 27.

²³⁰ *Réagir aux études d'impact*, Site de l'Assemblée nationale : <http://etudesimpact.assemblee-nationale.fr/>. Consulté le 14 décembre 2010.

²³¹ Il faut ici opposer les études d'impact telles que définies dans la loi organique à la pratique en matière environnementale. Pour une telle comparaison, voir dans cet ouvrage la communication du professeur Sylvie Caudal, pp. 27 et s.

²³² Jean-Luc Warsmann, *Rapport n° 1375...*, *op. cit.*, p. 114. Nous soulignons.

²³³ Ce point ne souffre d'ailleurs pas de vrai débat au Parlement, même si un amendement fut déposé devant la Commission des lois de l'Assemblée pour soumettre ces textes à l'obligation d'évaluation préalable. V. Jean-Luc Warsmann, *Rapport n° 1522 sur le projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-I, 39 et 44 de la Constitution*, Assemblée nationale, Session ordinaire 2008-2009, p. 58.

²³⁴ Jean-Luc Warsmann, *Rapport n° 1375...*, *op. cit.*, p. 114.

²³⁵ C.C., déc. n° 2000-434 D.C. du 20 juillet 2000, *Rec.* p. 107. Considérant 19.

de véritable pertinence, ne sera donc pas pratiquée. Cette exemption, pour le moins logique, devrait toutefois demeurer marginale.

Les exemptions à l’obligation d’étude d’impact montrent ainsi que ce dispositif est dirigé contre le Premier ministre, et son gouvernement, dont on désire freiner l’activisme législatif. Le procédé se heurte toutefois aux attributions constitutionnelles du gouvernement en matière législative.

B. L’ASYMÉTRIE DE L’ÉVALUATION DE L’HABILITATION LÉGISLATIVE, LES LIMITES CONSTITUTIONNELLES DE LA DÉFIANCE A L’ÉGARD DU GOUVERNEMENT-LÉGISLATEUR

Les conditions d’évaluation préalable des actes du gouvernement pris sur le fondement de l’article 38 de la Constitution (projets de loi d’habilitation et de ratification et ordonnances) mettent en évidence la tension contradictoire qui structure le débat sur les exceptions à l’étude d’impact : la grande compréhension du projet de loi organique initial pour les impératifs de l’action gouvernementale se heurte à la volonté du Parlement de cantonner l’action législative de l’Exécutif et de contrôler les conditions de mise en œuvre de l’article 38 de la Constitution. Le Parlement va en conséquence essayer d’aligner le plus possible le régime juridique des projets de loi d’habilitation et de ratification sur le régime de droit commun. Ce qui ne va sans difficulté et conduit à une modulation des conditions d’évaluation préalable des différents textes considérés.

Les projets de loi d’habilitation doivent ainsi être accompagnés de documents exposant les motifs du recours à la procédure de l’habilitation législative, présentant les conditions d’application du dispositif aux collectivités ultramarines et les consultations menées avant la saisine du Conseil d’État²³⁶. Le régime d’évaluation reprend donc une partie des exigences posées pour les lois ordinaires, sans que sa portée puisse être entendue de façon trop large ; le Conseil constitutionnel a en effet rappelé que l’évaluation préalable ne saurait aller jusqu’à « imposer au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu’il entend prendre sur le fondement de l’habilitation qu’il demande pour l’exécution de son programme²³⁷ ». Si cette réserve était attendue (et *a priori* jugée légitime par les parlementaires²³⁸), l’évaluation préalable ne s’en trouve pas moins largement minorée. Elle devient en effet un exercice purement formel qui consiste pour le gouvernement à expliquer pourquoi son intervention est plus pertinente que celle du Parlement et non à expliquer ce qu’il fera de l’habilitation demandée. La dérogation lui est donc plutôt favorable.

²³⁶ Là où le projet de loi organique initial soumettait simplement les projets de loi d’habilitation à un régime adapté consistant à en « la présentation d’éléments d’évaluation succincts ».

²³⁷ C.C., déc. n° 2009-579 D.C. du 9 avril 2009, *Rec.* p. 84. Considérant 21.

²³⁸ Jean-Luc Warsmann, *Rapport n° 1375..., op. cit.*, p. 118.

De leur côté, les projets de loi de ratification d'ordonnances demeurent marqués par une certaine incertitude. Le projet de loi organique déposé par le gouvernement, reprenant la circulaire du 26 janvier 1998, excluait purement et simplement les lois de ratification de l'obligation d'études d'impact. Or, la circulaire de 1998, à la différence du projet de loi organique, justifiait cette exemption par la soumission des ordonnances elles-mêmes à l'obligation d'étude d'impact ; il n'était donc pas nécessaire d'assortir le projet de loi de ratification d'une nouvelle évaluation, sauf, le cas échéant, pour les dispositions que le projet proposait de modifier. En ne prévoyant pas l'évaluation préalable des ordonnances, le projet de loi organique s'avérait donc extrêmement favorable au gouvernement qui bénéficiait de la souplesse introduite par la circulaire de 1998 sans avoir à supporter ses contraintes. Aussi, le Parlement est-il logiquement revenu sur ce point, considérant qu'« il serait sans doute regrettable, [...], qu'aucun élément d'évaluation nouveau ne soit communiqué au Parlement lors du dépôt du projet de loi de ratification²³⁹ ». Après quelques hésitations²⁴⁰, il est finalement décidé que le projet de ratification serait accompagné de l'évaluation des ordonnances adoptées au cours de la période d'habilitation. Les documents exigés reprenaient très largement ceux figurant à l'article 8 de la loi organique, alignant l'évaluation des ordonnances sur celle des lois ordinaires. Incontestable progrès dans le contrôle parlementaire de l'utilisation de l'habilitation législative par le gouvernement, ce dispositif a été censuré par le Conseil constitutionnel au motif que l'article 39 de la Constitution ne lui fournit aucun fondement²⁴¹. En distinguant l'ordonnance (non soumise à évaluation préalable) et le projet de loi de ratification (frappé par une telle obligation), le Conseil constitutionnel retient une acceptation formelle des normes en jeu qui n'emporte pas complètement la conviction. Il paraît en effet matériellement malaisé pour le gouvernement d'établir une étude d'impact de la loi de ratification sans procéder à l'évaluation, même indirecte, des ordonnances (qui constituent l'objet du projet de loi). Malgré la sévérité apparente, le présupposé formel de la décision conduit à une exception très limitée de l'obligation d'évaluation préalable. Ainsi que l'énonce Jean-Marc Sauvé, « la dispense d'étude d'impact ne s'applique qu'aux seules dispositions de la loi qui ratifient l'ordonnance²⁴² », le reste du projet relevant du régime de droit commun. La censure du Conseil constitutionnel n'aboutit donc pas à exempter les lois de ratification des ordonnances de toute évaluation préalable mais, au contraire, les rapproche du régime de droit commun (sous réserve de ne porter formellement que sur le projet de loi et non sur les ordonnances).

²³⁹ *Ibid.*, p. 120.

²⁴⁰ Jean-Jacques Hyest, *Rapport n° 196...*, *op. cit.*, pp. 56-58.

²⁴¹ C.C., déc. n° 2009-579 D.C., préc. Considérant 22.

²⁴² Jean-Marc Sauvé, « Le rôle du Conseil d'État dans la mise en œuvre des études d'impact », Conférence prononcée le 29 novembre 2010 à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, disponible sur le site Internet du Conseil d'État.

Au final, la soumission de l'habilitation législative à l'obligation d'évaluation préalable confirme le fondement organique des exceptions à l'obligation d'étude d'impact ; il s'agit bien de limiter les intrusions législatives de l'Exécutif. Son caractère asymétrique renvoie quant à lui à la difficulté de renforcer le Parlement sans affaiblir le gouvernement, celui-ci bénéficiant d'attributions et d'une jurisprudence constitutionnelles qui lui sont favorables. Ces derniers éléments expliquent d'ailleurs pourquoi une partie des exceptions prend la forme de régimes dérogatoires d'évaluation préalable (c'est-à-dire de régimes intermédiaires entre l'exemption que l'on veut circonscrire et le régime de droit commun que l'on ne peut appliquer), le Parlement devant prendre en compte la spécificité de certaines matières.

II. Les exceptions-dérogations : l'adaptation des modalités d'évaluation préalable aux caractères spécifiques des textes adoptés

Il est apparu au cours des débats parlementaires que certaines matières se prêtaient mal à l'obligation d'étude d'impact sans que l'on souhaite pour autant les exonérer complètement de toute évaluation préalable. Plusieurs régimes dérogatoires ont donc été introduits, justifiés par l'existence de modalités concurrentes d'évaluation (les lois financières – A) ou par la volonté de respecter la liberté de l'Exécutif (les lois de ratification des conventions internationales – B).

A. L'EXCEPTION D'ÉTUDE D'IMPACT À RAISON DE MODALITÉS CONCURRENTES D'ÉVALUATION : LES LOIS FINANCIÈRES

La matière budgétaire, véritable cœur de la fonction parlementaire, fait l'objet d'un traitement spécifique par la Constitution. Celle-ci mentionne trois séries de textes (les lois de programmation financière (art. 34 C, alinéa 21), les lois de finances (art. 47 C) et les lois de financement de la sécurité sociale (art. 47-1 C) qui sont tous exemptés d'évaluation préalable par une étude d'impact. Il ne faut toutefois pas en déduire qu'ils échappent pour autant à toute évaluation ; simplement celle-ci est régie par un régime spécifique défini dans la loi organique relative aux lois de finances (L.O.L.F.). La L.O.L.F. exigeant déjà une abondante documentation destinée à éclairer les travaux parlementaires²⁴³, l'étude d'impact est apparue inutile. Toutefois, si l'exemption générale a été très vite acquise et n'a jamais été remise en cause, deux incertitudes sont apparues au cours des débats et doivent être précisées.

Une première incertitude a concerné les lois de programmation des finances publiques. Le projet de loi organique initial avait en effet posé l'exemption de l'évaluation de tous les projets de loi de programmation (financière et économique,

²⁴³ Titre V, Chapitre Ier de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances, *JORF*, n° 177, 2 août 2001, p. 12480.

sociale et environnementale). L’Assemblée nationale, conformément à sa volonté de soumettre la matière législative ordinaire à l’obligation d’étude d’impact, a toutefois modifié cet équilibre en première lecture, soumettant les projets de loi de programmation en matière économique, sociale et environnementale au régime général, au motif qu’« à défaut de disposer de documents d’évaluation préalable, le Parlement serait privé d’informations précieuses sur les objectifs proposés dans les projets de loi de programmation, et plus encore sur les dispositions normatives pouvant figurer dans ces projets de loi de programmation²⁴⁴ ». De leur côté, les projets de loi de programmation des finances publiques sont assujettis à un régime spécifique fixé dans les articles 48 et 50 de la L.O.L.F. dont la portée évaluatrice (notamment le rapport annexé au projet de loi) est jugée suffisante au regard des nouveaux standards posés²⁴⁵. Elles sont donc exemptées de l’application de la loi organique du 15 avril 2009.

Une seconde incertitude est apparue au sujet des dispositions non exclusives figurant dans les projets de loi de finances et de financement de la Sécurité sociale, c'est-à-dire les dispositions qui ne relèvent pas exclusivement de ce type de loi mais pourraient figurer dans un projet de loi ordinaire. La question s'est alors posée de savoir si l'immunité d'évaluation des lois de finances et de financement de la Sécurité sociale imposée par la loi organique de 2009 sur le fondement de l'évaluation préalable « L.O.L.F. » pouvait valoir pour ces dispositions. Admettre cela, ainsi que l'y incitait le projet de loi organique initial, supposait d'admettre l'équivalence des niveaux d'évaluation préalable de la L.O.L.F. et de la future loi organique. Or, dans l'esprit des parlementaires, qui s'emparent rapidement de ce point, une telle équivalence ne va pas de soi, l'article 8 de la loi organique apparaissant plus contraignant que la L.O.L.F. Aussi, et afin d'éviter cette « lacune juridique », les deux Chambres entreprennent-elles un aménagement de l'obligation d'évaluation des dispositions non exclusives figurant dans les projets de loi de finances et de financement de la Sécurité sociale. Le cas de ces dispositions est réglé par l'article 12 de la loi organique, codifié dans la L.O.L.F. et le Code de Sécurité sociale : les dispositions non exclusives figurant dans les projets de loi de finances et de financement de la sécurité sociale sont soumises à une obligation d'évaluation reprenant les dix derniers alinéas de l'article 8 de la loi organique (c'est-à-dire l'essentiel des obligations imposées aux études d'impact accompagnant les lois ordinaires²⁴⁶). Cette codification permet alors de sortir ces dispositions de l'application formelle de la loi organique de 2009, tout en maintenant en (très substantielle) partie ses exigences matérielles²⁴⁷. Cette adaptation est dictée par les délais spécifiques d'adoption de ces projets de loi : ceux-ci doivent en effet être adoptés dans un laps de temps prédéfini par la Constitution. Or, les soumettre à l'évaluation sur le fondement de l'article 39 C, al. 4 conduirait à prendre

²⁴⁴ Jean-Luc Warsmann, *Rapport n° 1375...*, op. cit., p. 115.

²⁴⁵ *Ibid.*

²⁴⁶ Jean-Marc Sauvé, « Le rôle du Conseil d'État... », op. cit.

²⁴⁷ Jean-Jacques Hyest, *Rapport n° 196...*, op. cit., p. 58.

le risque d'une éventuelle déclaration d'irrecevabilité²⁴⁸ dont les conséquences s'avèreraient pour le moins néfastes (amputation substantielle du délai d'examen et partant, affaiblissement du Parlement²⁴⁹) et contraires aux objectifs poursuivis par le législateur organique.

L'extension de l'obligation d'étude d'impact à certaines dispositions des lois financières illustre la volonté du législateur organique d'assurer le plus large champ d'application possible de la loi organique de 2009. Dans cette hypothèse, les exceptions ne sont que des aménagements marginaux auxquels l'ensemble des acteurs (politiques et juridictionnels) donnent une portée limitée afin de ne pas contrecarrer la revalorisation du Parlement.

B. L'ÉVALUATION ADAPTÉE AFIN DE PROTÉGER LA LIBERTÉ DE L'EXÉCUTIF : LES LOIS DE RATIFICATION DES ENGAGEMENTS INTERNATIONAUX

L'Exécutif jouit d'attributions propres qu'il exerce sous le contrôle du Parlement. Ainsi, la conduite des relations internationales appartient au Président de la République (il négocie et ratifie les traités internationaux – art. 52 C) et, à titre second, au gouvernement (dans la détermination de la politique de la Nation – art. 20 C). Le Parlement n'intervient quant à lui qu'au stade de la ratification de l'engagement conventionnel, qu'il doit autoriser. Il a donc été admis que l'évaluation préalable du projet de loi de ratification des engagements internationaux ne saurait être trop poussée, sauf à porter atteinte aux attributions de l'Exécutif.

Tenant compte des spécificités formelles et matérielles de ces textes, la loi organique les soumet à un régime *ad hoc* largement dérogatoire du droit commun. Elle dépasse, ce faisant, les expériences antérieures ; la circulaire du 26 janvier 1998 laissait en effet l'évaluation préalable de ces projets de loi à la libre appréciation du gouvernement²⁵⁰. La loi organique de 2009 impose quant à elle que ces projets soient accompagnés des documents précisant les objectifs poursuivis par l'engagement conventionnel, ses conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, analysant ses conséquences sur l'ordre juridique français et présentant le contexte global du traité (conditions de négociation, état des signatures et des ratifications et, le cas échéant, les réserves et déclarations exprimées par la France). Même si cette disposition apparaît moins contraignante que le régime de droit commun, la différence entre les deux devrait s'avérer limitée, le Conseil d'État ayant affirmé qu'il retiendrait une conception exigeante de cette disposition et qu'il vérifierait le « caractère complet et suffisant²⁵¹ » des documents accompagnant le projet de loi de ratification, imposant ainsi un contenu formel et matériel minimal à

²⁴⁸ Jean-Luc Warsmann, *Rapport n° 1375...*, *op. cit.*, pp. 116-118.

²⁴⁹ Jean-Jacques Hyest, *Rapport n° 196...*, *op. cit.*, p. 57.

²⁵⁰ Jean-Luc Warsmann, *Rapport n° 1375...*, *op. cit.*, p. 120.

²⁵¹ Jean-Marc Sauvé, « Le rôle du Conseil d'État... », *op. cit.*

l'évaluation de ces projets de loi. On constate d'ailleurs que la plupart des projets de loi de ratification des conventions et engagements internationaux sont accompagnés d'études d'impact analogues à celles jointes aux projets de loi ordinaire²⁵². Certaines vont même plus loin en fournissant une mise en perspective aussi élaborée qu'utile du texte soumis à approbation parlementaire²⁵³. Malgré ces constats positifs, l'évaluation préalable se heurte à un obstacle constitutionnel majeur (la capacité du gouvernement d'énoncer des réserves aux engagements conventionnels) qui rappelle qu'elle ne saurait conduire le Parlement à empiéter sur la compétence de l'Exécutif en la matière.

Les réserves, énoncées à la discrétion de l'Exécutif, ont ainsi focalisé l'attention des parlementaires et du Conseil constitutionnel, mettant en évidence une limite objective de l'évaluation préalable (et partant, du contrôle parlementaire). Ne pouvant pas eux-mêmes « assortir de réserves, de conditions ou de déclarations interprétatives l'autorisation de ratifier un traité ou d'approuver un accord international soumis à ratification²⁵⁴ », les parlementaires, sous l'impulsion des sénateurs²⁵⁵, ont désiré être informés le plus exhaustivement possible des réserves et déclarations émises avant de se prononcer sur le projet de loi de ratification. Soucieux de protéger les prérogatives de l'Exécutif, le Conseil constitutionnel valide le mécanisme proposé par les parlementaires, mais l'assortit d'une réserve neutralisante, au terme de laquelle la mention des réserves exprimées par la France dans l'étude d'impact ne vaut que pour les réserves déjà émises et ne saurait entraver la liberté de l'Exécutif de les retirer ou d'en exprimer de nouvelles²⁵⁶. La réserve ainsi formulée s'inscrit logiquement en parallèle de celle émise à propos des ordonnances et de la censure de la mention des décrets à l'article 8 de la loi organique²⁵⁷, rappelant le souci évident du Conseil constitutionnel de protéger l'autonomie du gouvernement.

L'étude des exceptions à l'obligation d'étude d'impact conduit *in fine* à un double constat. Elle confirme que les études d'impact ne constituent pas une remise en cause de « la séparation des compétences du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire²⁵⁸ » antérieure mais un aménagement des rapports entre gouvernement et Parlement dans le cadre de leurs fonctions et attributions réciproques. En cela, elle met clairement en avant les difficultés à dépasser l'état antérieur des rapports

²⁵² À titre d'exception, voir la loi n° 2011-425 du 20 avril 2011 autorisant la ratification du traité instituant un partenariat de défense entre la République française et la République gabonaise (*JORF* n° 94, 21 avril 2011, p. 7034), dont l'étude d'impact était intégrée à l'exposé des motifs du projet de loi.

²⁵³ Voir en ce sens l'étude d'impact accompagnant le projet de loi n° 44 autorisant la ratification du deuxième protocole additionnel à la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (déposé au Sénat le 12 mai 2010) ou celle jointe au projet de loi n° 701 autorisant l'approbation de la convention postale universelle, déposé au Sénat le 8 septembre 2010.

²⁵⁴ C.C., déc. n° 2003-470 D.C. du 9 avril 2003, *Rec.* p. 359. Considérant 18.

²⁵⁵ Jean-Jacques Hyest, *Rapport* n° 196..., *op. cit.*, p. 63.

²⁵⁶ C.C., déc. n° 2009-579 D.C., préc. Considérant 23.

²⁵⁷ C.C., déc. n° 2009-579 D.C., préc. Considérant 16.

²⁵⁸ C.C., déc. n° 2009-579 D.C., préc. Considérant 16.

interinstitutionnels. Les exceptions à l'obligation d'étude d'impact apparaissent alors comme autant de points de résistance de l'armature institutionnelle antérieure, rappelant, s'il en était besoin, que la mue ne sera pas facile...

CHAPITRE 3

ÉTUDE DE L'ÉVALUATION DES ÉTUDES D'IMPACT

Réflexions sur l'audit des analyses d'impact de l'Union Européenne

Marc Hostert

(Luxembourg)

Chef de Cabinet à la Cour des comptes européenne

I. Qu'est-ce que l'analyse d'impact dans les institutions de l'UE ?

Avant d'aborder l'analyse d'impact, il convient d'abord de parler de l'initiative « Mieux légiférer ».

La législation européenne a vraisemblablement une plus grande incidence sur les citoyens européens que les programmes de dépenses de l'Union.

Dans ce contexte, l'initiative « Mieux légiférer » est une politique horizontale visant à améliorer et à simplifier la législation nouvelle et celle déjà en vigueur. Elle touche donc à l'activité principale de l'UE, à savoir favoriser l'intégration de l'UE par l'adoption d'une législation et d'une réglementation communes.

L'initiative « Mieux légiférer » relève donc de la responsabilité de l'ensemble des institutions de l'UE prenant part au processus législatif; la Commission engage le processus et le Parlement et le Conseil débattent ensuite de la législation et l'adoptent formellement.

A. QUEL EST LE RÔLE DE L'ANALYSE D'IMPACT ?

L'analyse d'impact constitue l'une des pierres angulaires de la politique « Mieux légiférer » de la Commission. Elle contribue à l'initiative « Mieux légiférer » par la collecte et l'analyse systématique d'informations relatives aux interventions prévues en matière de législation et de programmes de l'Union européenne, ainsi que par l'estimation de leur incidence probable. Les accords interinstitutionnels passés en la matière entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission définissent les analyses d'impact avant tout comme un outil devant aider la Commission à élaborer ses initiatives politiques et ses propositions législatives. Par conséquent, au cours de la

procédure législative, les analyses d'impact présentées par la Commission et, le cas échéant, celles élaborées par le Parlement européen et le Conseil, devraient fournir les informations permettant aux législateurs de déterminer quelle est la manière la plus appropriée de traiter un problème donné.

L'idée centrale est de donner, par l'analyse d'informations probantes, une base à la prise de décision.

L'analyse d'impact doit dès lors servir de base pour décider comment affronter les défis politiques. Pour ce faire, l'analyse d'autres actions politiques possibles s'avère essentielle.

B. L'ANALYSE D'IMPACT SOUTIENT-ELLE LA PRISE DE DÉCISION ?

L'audit de la Cour montre que la Commission a effectivement mis en place un système d'analyse d'impact complet, largement utilisé au sein des institutions de l'UE et qui soutient efficacement la prise de décision.

Un « **système complet** » signifie que celui-ci permet de couvrir tous les types d'incidences dans la même analyse et dans le même rapport d'analyse d'impact.

« **Largement utilisé** au sein des institutions de l'UE » signifie non seulement que tous les services de la Commission procèdent à des analyses d'impact pour leurs propositions, mais également que de nombreuses personnes au Parlement et au Conseil lisent ces rapports lorsqu'il s'agit d'adopter des textes législatifs.

Enfin, il s'avère que les analyses d'impact soutiennent la prise de décision de manière efficace parce qu'elles ont une incidence sur l'élaboration des propositions de la Commission et sur la manière dont le Parlement et le Conseil examinent ces propositions.

Cependant, un audit de la Cour a permis de mettre en évidence des possibilités d'amélioration en ce qui concerne les principales procédures, ainsi que le contenu et la présentation des rapports d'analyse d'impact.

II. Constatations et recommandations

A. L'UTILISATION DES ANALYSES D'IMPACT POUR LA PRISE DE DÉCISION AU SEIN DES INSTITUTIONS DE L'UE

Au cours de la période contrôlée, 2003-2008, les analyses d'impact ont bénéficié d'un soutien institutionnel marqué et ont été utilisées de façon croissante pour alimenter le

travail d'élaboration des initiatives politiques et des propositions législatives de la Commission. Globalement, 404 rapports d'analyse d'impact ont été publiés par la Commission au cours de cette période, dont 121 ont été effectuées en 2008.

La Commission a fait de l'analyse d'impact un élément à part entière de l'élaboration des politiques et elle y a recouru pour mieux concevoir ses initiatives. Par exemple, pratiquement toutes ses initiatives les plus importantes figurant dans son « Programme législatif et de travail » ont fait l'objet d'une analyse d'impact ces dernières années. Nous avons examiné des échantillons comme le règlement Itinérance I, pour lequel l'analyse d'impact avait conduit la Commission à améliorer sa proposition.

Au Parlement européen et au Conseil, la pratique recommandée consiste à examiner l'analyse d'impact de la Commission pour toute proposition soumise. Le Parlement et le Conseil ont jugé les rapports d'analyse d'impact utiles pour l'examen des propositions législatives de la Commission. Aussi, dans le cadre d'une enquête, une majorité de délégués des groupes de travail du Conseil a estimé que les analyses d'impact de la Commission jouent un rôle important dans l'information des décideurs.

Toutefois, la pratique courante observée au Parlement et au Conseil est loin de suivre l'approche recommandée, même si l'ensemble des rapports accompagnant les propositions a été transmis aux deux institutions.

En plus, à mesure que la procédure législative avance, les analyses d'impact de la Commission ne sont pas mises à jour de manière à tenir compte des modifications.

Actualiser un rapport d'analyse d'impact de la Commission serait particulièrement pertinent pour des textes législatifs importants ou lorsque des modifications notables de la proposition initiale de la Commission sont proposées pour adoption.

En outre, le Parlement européen et le Conseil réalisent rarement des analyses d'impact pour leurs propres modifications. En effet, l'audit n'a permis de trouver que huit propositions pour lesquelles des analyses d'impact des modifications avaient été réalisées par le Parlement ou par le Conseil.

Ces faiblesses ont une incidence en pratique. Dans de nombreux cas, la législation finalement adoptée diffère considérablement de la proposition initiale de la Commission. Si les incidences attendues des propositions de la Commission sont presque toujours analysées, celles de la législation adoptée peuvent ne pas avoir été analysées de la même manière.

B. LES PROCÉDURES DE LA COMMISSION EN MATIÈRE D'ANALYSE D'IMPACT

La Cour a vérifié si les procédures de la Commission en matière d'analyse d'impact ont soutenu efficacement le processus de prise de décision interne de la Commission.

Premièrement, un important degré de transparence a été atteint, par exemple par la publication des feuilles de route, des versions finales des rapports d'analyse d'impact et des avis du comité d'analyse d'impact.

Cependant, toutes les initiatives devant faire l'objet d'une analyse d'impact n'étaient pas notifiées à l'avance et, par ailleurs, les raisons pour lesquelles certaines initiatives étaient sélectionnées pour faire l'objet d'une analyse d'impact et pas d'autres n'étaient pas toujours rendues publiques.

Deuxièmement, le fait que la consultation des parties prenantes a souvent été utilisée pour la contribution initiale est un élément positif. La consultation avait été utilisée sous une forme ou une autre dans toutes les analyses d'impact examinées par la Cour, qui a également relevé que les périodes minimales de consultation étaient en général respectées.

Mais les projets de rapport d'analyse d'impact ne faisaient jamais l'objet d'une consultation. Par conséquent, les avantages potentiels de la soumission à l'examen public avant parachèvement de la proposition ne se sont pas complètement concrétisés. Une telle consultation est utile pour garantir une analyse complète, cohérente et précise. En particulier, elle permet de déterminer et de quantifier les coûts et avantages potentiels, ainsi que la charge administrative et les problèmes de mise en œuvre et d'application potentiels. Ce type de consultation existe pourtant dans certains pays de l'OCDE.

Troisièmement, le contrôle assuré par le comité d'analyse d'impact contribue positivement à la qualité des analyses. En réalité, de nombreuses améliorations apportées aux rapports et qui ont été relevées au cours de l'audit ne sont intervenues qu'après la mise en place de ce comité.

S'agissant du comité d'analyse d'impact, la critique qui peut être formulée est que celui-ci intervenait parfois à un stade trop avancé du processus, lorsque les décisions importantes concernant l'initiative avaient déjà été prises.

Sachant que les initiatives de la Commission passent par la consultation interservices, la décision des commissaires et la traduction, les avis du comité d'analyse d'impact ne peuvent avoir d'incidence notable sur la version finale d'une initiative que si les contrôles de son ressort interviennent à un stade suffisamment précoce du processus. Les recommandations du comité d'analyse d'impact sont souvent fondamentales et

impliquent, lorsqu'elles sont suivies, des travaux supplémentaires importants en matière d'analyse d'impact, et d'éventuelles modifications de l'initiative concernée.

Ainsi, la Commission devrait renforcer le processus d'analyse d'impact, en fournissant un aperçu de toutes les initiatives en matière de législation (révisions de la législation en place comprises) qu'elle entend soumettre à une analyse d'impact. Toute absence d'analyse d'impact devrait être dûment justifiée. Mais aussi en veillant à ce que le contrôle de la qualité du comité d'analyse d'impact des travaux en la matière ait lieu en temps opportun.

Quelles sont les recommandations de la Cour pour traiter les faiblesses mises au jour concernant les procédures ?

Premièrement, la Commission devrait fournir un aperçu de toutes les initiatives législatives qu'elle entend soumettre à une analyse d'impact. Cela permettrait d'assurer une transparence optimale pour toutes les parties prenantes souhaitant contribuer à l'analyse d'impact.

Deuxièmement, la Commission devrait justifier pourquoi elle ne soumet pas une initiative législative à une analyse d'impact. Cela permettrait de garantir que les initiatives législatives revêtant une importance particulière font l'objet, si nécessaire, d'une analyse d'impact.

Troisièmement, la Commission devrait publier, pour information et commentaires, les documents intermédiaires, par exemple le projet de rapport d'analyse d'impact. Cela permettrait d'accroître la participation des parties prenantes.

Enfin, la Commission devrait veiller à ce que le contrôle de la qualité assuré par le comité d'analyse d'impact ait lieu en temps opportun. Cela renforcerait l'incidence positive de ses travaux sur les initiatives de la Commission.

C. LE CONTENU ET LA PRÉSENTATION DES RAPPORTS D'ANALYSE D'IMPACT

La présentation des rapports d'analyse d'impact a permis de dégager les conclusions suivantes :

Premièrement, pour une large majorité de rapports, la Commission a respecté ses propres lignes directrices en matière d'analyses d'impact. Cela vaut pour toutes les parties importantes des rapports d'analyse, notamment celles consacrées à la détermination du problème et à l'analyse des autres options possibles.

Ensuite, la portée de l'approche globale de la Commission soutient largement la comparaison avec celles des approches adoptées par d'autres instances. En réalité, la comparaison internationale effectuée par la Cour n'a permis de mettre en évidence aucun autre système faisant appel à une approche d'une telle portée.

Toutefois, l'audit a montré que des améliorations étaient possibles.

Premièrement, les aspects liés à la mise en œuvre n'étaient pas toujours suffisamment analysés, ce qui a une incidence considérable, les problèmes de mise en œuvre constituant une entrave majeure à l'efficacité de la législation de l'UE. Par exemple, l'analyse d'impact relative aux « droits des consommateurs » ne comportait pas d'examen rigoureux de l'effet européen d'harmonisation dans les différents États membres qui résulterait de la directive proposée. En particulier, l'analyse d'impact n'abordait pas les différences entre la législation nationale existante et les nouvelles règles harmonisées proposées en matière de droits des consommateurs. En conséquence, la proposition initiale de la Commission devrait être considérablement remaniée au cours de la procédure législative afin de mieux prendre en compte la situation particulière des États membres.

Deuxièmement, les coûts d'application et la charge administrative potentiels ne sont pas toujours suffisamment chiffrés et la méthode des coûts standards est rarement appliquée. La Cour a noté qu'en pratique, si de nombreux rapports d'analyse d'impact font référence aux coûts liés à l'application, les estimations quantitatives de ces coûts n'étaient analysées rigoureusement que dans quelques cas. À titre d'exemple, sur les trente-neuf rapports d'analyse d'impact produits en 2008 et examinés par la Cour, la Commission a envisagé l'évaluation de la charge administrative dans trente-cinq cas. Dans quatorze de ces trente-cinq cas, la charge administrative a également été quantifiée. Toutefois, la méthode des coûts standards n'a été utilisée que dans quatre de ces cas.

Troisièmement, les difficultés à quantifier et à chiffrer les incidences peuvent être imputées à la disponibilité des données. En effet, les coûts et avantages économiques n'ont pu être quantifiés que dans la moitié environ des rapports examinés. Ce chiffre est encore plus faible dans le cas des incidences environnementales et sociales. Il a été constaté que la Commission n'a encore pleinement exploité ni ses capacités internes, ni celles des États membres, pour améliorer la disponibilité des données. Les ressources internes comme le Centre commun de recherche (CCR) ou Eurostat (service statistique de la Commission), ne sont pas encore mises à profit pour évaluer la disponibilité d'informations spécifiques aux États membres pouvant servir aux analyses d'impact.

Enfin, bien que la présentation des rapports d'analyse d'impact suive une structure commune définie dans les lignes directrices en la matière, il n'est pas toujours facile de saisir leurs principaux messages et résultats. Il ressort d'une enquête menée auprès

des utilisateurs dans le cadre de l'audit que cela tient principalement à l'utilisation de vocabulaire technique, à la version linguistique non disponible, à l'absence de synthèse bien faite et à la longueur des documents.

D. QUELLES SONT LES RECOMMANDATIONS DE LA COUR POUR RÉPONDRE AUX DÉFIS CONCERNANT LE CONTENU ET LA PRÉSENTATION DES RAPPORTS D'ANALYSE D'IMPACT ?

Premièrement, la Commission devrait faire l'objet d'un suivi permanent et d'une évaluation a posteriori afin d'améliorer l'élaboration des interventions à venir. Pour permettre un apprentissage et un retour d'informations utiles à l'élaboration d'initiatives futures, les évaluations ex post devraient comporter une collecte d'informations pertinentes sur le respect de la législation et sur l'efficacité des règlements par rapport aux résultats escomptés initialement définis dans l'analyse d'impact. Ces évaluations peuvent servir de base pour mesurer les défis potentiels liés à la mise en œuvre d'une nouvelle législation.

Deuxièmement, les coûts d'application et la charge administrative potentiels résultant des propositions législatives devraient être pleinement analysés et la méthode des coûts standards devrait être systématiquement appliquée. L'élaboration d'une législation facile à appliquer est la manière la plus efficace d'éviter que les coûts liés à son application deviennent excessifs.

Troisièmement, il importe d'améliorer la quantification et le chiffrage des incidences en élaborant une stratégie pour améliorer la qualité des données. La coopération avec les autorités des États membres pourrait jouer un rôle central dans cette perspective. Enfin, la Commission devrait améliorer la présentation de l'analyse qualitative et élaborer les rapports de façon à faciliter la comparaison des différentes politiques possibles. Les rapports d'analyse d'impact ne peuvent être utiles aux décideurs que s'ils sont faciles à comprendre.

III. Eléments de réflexion sur l'analyse d'impact dans l'UE

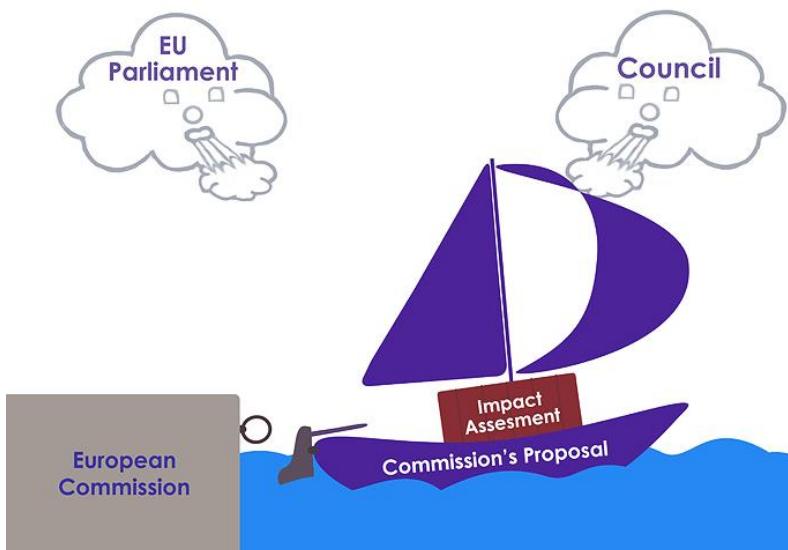
Dans la dernière partie de cet article sont proposés quelques éléments de réflexion sur l'analyse d'impact dans l'UE. Pour ce faire, cette partie de l'article s'articule autour de trois questions particulièrement ambitieuses.

A. PREMIÈRE QUESTION : « QUI TIENT LA BARRE DU VAISSEAU « ANALYSE D'IMPACT » LORSQU'IL QUITTE LA COMMISSION ? »

Les propositions législatives de la Commission peuvent connaître, avant leur adoption, un parcours agité. Le Conseil et le Parlement formulent souvent une série de modifications, dont certaines peuvent avoir une incidence considérable. Toutefois, dans son rapport, la Cour conclut que l'impact des modifications – importantes – apportées aux projets d'actes législatifs n'est pas évalué. En d'autres termes, l'analyse d'impact n'a souvent guère de rapport avec la législation finalement adoptée.

Jusqu'à présent, la Commission a joué un rôle moteur dans tous les aspects liés à l'analyse d'impact, et ce, à juste titre. Le Conseil et le Parlement ont plutôt adopté une position de *preneurs* et non d'acteurs impliqués à part entière dans le processus. S'agit-il réellement d'une bonne base pour mieux légiférer ?

Si l'analyse d'impact devait devenir une activité véritablement interinstitutionnelle, la législation de l'UE pourrait alors être élaborée de manière plus appropriée et, en conséquence, être mieux adaptée à l'objectif qu'elle poursuit. Pour ce faire, le Conseil et le Parlement devraient pour leur part adopter un rôle plus actif. Les États membres sont invités à se joindre au débat et à présenter le plus tôt possible leurs propres avis sur les incidences potentielles de la législation proposée. C'est pourquoi la Cour, dans son rapport, a souligné l'importance de la prochaine révision des accords interinstitutionnels « Mieux légiférer » – elle estime qu'il s'agirait là d'un cadre approprié pour exposer la meilleure façon de réaliser les analyses d'impact au cours du cycle législatif.



B. DEUXIÈME QUESTION : « L'ANALYSE D'IMPACT EST-ELLE UN ÉLÉMENT DU MÉCANISME DE FREINAGE QUE PEUT REPRÉSENTER LA SUBSIDIARITÉ ? »

Le traité de Lisbonne a renforcé le pouvoir des États membres lorsqu'il s'agit d'adopter de nouvelles dispositions législatives. Comme auparavant, les États membres peuvent engager au Conseil des débats et des négociations sur les projets d'actes législatifs. Cependant, depuis



Lisbonne, les parlements nationaux ont la possibilité de procéder à un examen minutieux des textes à un stade antérieur. Le traité prévoit également un mécanisme permettant aux parlements nationaux de demander une réévaluation plus approfondie de la législation proposée.

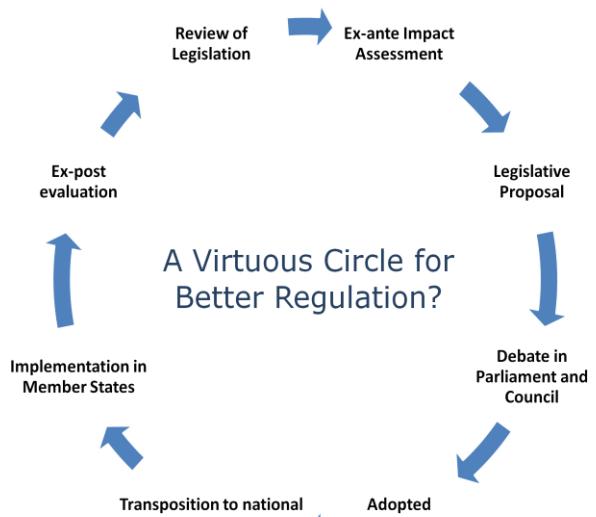
Dans ce contexte, l'analyse d'impact pourrait également s'avérer un instrument utile. Le fait de disposer d'une analyse détaillée peut aider les parlements nationaux à évaluer les incidences probables de la législation de l'UE au niveau national, en particulier dans un délai limité à huit semaines.

C. DERNIÈRE QUESTION : « UN CERCLE VERTUEUX D'ÉLABORATION DES POLITIQUES EST-IL RÉELLEMENT POSSIBLE ? »

Dans les manuels théoriques concernant l'élaboration des politiques il est expliqué que, dans un monde idéal, notre législation repose sur une analyse approfondie des enjeux sociaux. Nous savons que nous devons évaluer les dispositions législatives de manière à pouvoir les améliorer ou les remplacer. Néanmoins, un tel cercle vertueux est-il réellement possible en pratique ? Il s'agit assurément d'un défi – mais, à mon avis, un défi surmontable.

Les travaux portant sur l'analyse d'impact ne sont que les prémisses d'un long processus. Il convient de savoir si l'acquis communautaire génère ce dont nous avons besoin. Ainsi, une fois les dispositions législatives intégrées dans le corpus de la législation, il est nécessaire, après un certain temps, d'évaluer leurs incidences réelles en profondeur, en particulier pour ce qui concerne les problèmes de mise en œuvre auxquels les États membres sont confrontés.

L'amélioration des politiques passe impérativement par une analyse d'impact complète tenant compte des évaluations réalisées à partir des expériences réelles en matière de législation européenne.



IV. RÉSUMÉ

Sous l'initiative « Mieux légiférer » la Commission a mis en place un système d'analyse d'impact complet. Ce système est largement utilisé et soutient efficacement

la prise de décision au sein des institutions de l'UE, notamment ces dernières années. Mais, comme on vient de l'expliquer, des améliorations sont possibles en ce qui concerne les principales procédures, ainsi que le contenu et la présentation des rapports. La Cour estime en plus, que la Commission devrait prendre dûment en considération les principes de clarté des objectifs, de simplification, de réalisme, de transparence et d'obligation de rendre compte lors de la conception de nouvelles interventions ou de la révision d'anciennes.

En plus, selon l'auteur de cet article, pour que l'analyse d'impact devienne une activité véritablement interinstitutionnelle, le Parlement et le Conseil devraient adopter un rôle plus actif dans le processus. Notant que l'analyse d'impact peut notamment aider les parlements nationaux à évaluer les incidences probables de la législation de l'UE au niveau national.

L'amélioration des politiques, à travers un cercle vertueux d'élaboration des politiques, passe impérativement, d'après l'auteur, par une analyse d'impact complète.

BIBLIOGRAPHIE

- Commission européenne, « Livre blanc sur la gouvernance européenne », COM(2001) 428 final.
- Commission européenne, « Rapport de la Commission sur les travaux des comités en 2006 », COM(2007) 842, 2007
- Parlement européen, groupe de travail sur la réforme du Parlement européen, « Deuxième rapport sur les activités législatives et les relations interinstitutionnelles », 15 mai 2008, PE 406.309/CPG/GT (document interne au Parlement européen), partie B, chapitre 4, p. 41.
- OCDE, « *Indicators of Regulatory Management Systems* », *Regulatory Policy Committee*, Rapport 2009.
- *Evaluating Integrated Impact assessments (E VIA)*, Rapport final, mars 2008.
- Commission européenne, « Lignes directrices concernant l'analyse d'impact », SEC(2005) 791.
- Commission européenne, « Lignes directrices concernant l'analyse d'impact », SEC(2005) 791 du 15 juin 2005, dans leur version modifiée du 15 mars 2006.
- Commission européenne, « Lignes directrices concernant l'analyse d'impact », SEC(2009) 92 du 15 janvier 2009.
- Note d'information du président à la Commission, « Amélioration du système de support à la qualité et du contrôle de qualité des analyses d'impact effectuées au sein de la Commission », comité d'analyse d'impact, le 14 novembre 2006.
- Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » (*JOUE C 321* du 31 décembre 2003), paragraphe 28.
- « Approche interinstitutionnelle commune en matière d'analyse d'impact » (14901/05 JUR, adoptée le 29 novembre 2005).
- PE: La Conférence des présidents des commissions, IA: *The European Parliament's Experience, A Stocktaking Report of The Common Approach to IA*. Conseil: Note du directeur de la direction générale du secrétariat général, direction I, *Review of the Inter-institutional Common Approach to IA – State of play of the handling of IA in the Council*, Bruxelles, 3 novembre 2008 Commission: *Review of the Interinstitutional Common Approach to IA (IA) – Implementation of the Common Approach by the Commission*, Document de travail du secrétariat général SG.C.2 D (2008) 9524.
- Commission européenne, Communication sur l'« Analyse d'impact », COM(2002) 276 final.
- Commission européenne, Communication « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue — Principes généraux et normes minimales applicable aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées », COM(2002) 704 final.
- Groupe de travail Mandelkern sur la qualité de la réglementation, Rapport final, 13 novembre 2001.
- OCDE, *L'analyse de l'impact de la réglementation — Meilleures pratiques dans les pays de l'OCDE*, 1997; OCDE, *APEC-OCDE Integrated Checklist on*

Regulatory Reform: final draft ; OCDE, *Indicators of Regulatory Management Systems*, 2009.

- Commission européenne, « Lignes directrices concernant l’analyse d’impact », SEC(2009) 92 du 15 janvier 2009
- Conférence des présidents des commissions du Parlement européen, « *IA Handbook* », 17 juillet 2008 ; Conseil de l’Union européenne, secrétariat général, « *Traitements des analyses d’impact au sein du Conseil — Orientations indicatives à l’intention des présidents de groupes* », Luxembourg, 2007.
- Parlement européen, Commission de l’industrie, de la recherche et de l’énergie, ITRE(2008) 0123_1 du 23 janvier 2008, réunion de 17h00 à 18h30 ; Lettre du commissaire Piebalgs concernant l’analyse d’impact de la Commission, Poursuite de l’échange de vue, sur le paquet énergétique pour l’électricité et le gaz.
- Conseil de l’UE, secrétariat général, « Traitements des analyses d’impact au sein du Conseil - Orientations indicatives à l’intention des présidents de groupes », 2007.
- Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » (2003/C 321/01), article 30.
- « Approche interinstitutionnelle commune en matière d’analyse d’impact » (14901/05 JUR, adoptée le 29 novembre 2005).
- Directive 2006/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 relative aux piles et accumulateurs ainsi qu’aux déchets de piles et d’accumulateurs et abrogeant la directive 91/157/CEE (*JOUE L* 266 du 26 septembre 2006, p. 1).
- Conseil, secrétariat général, Conclusions du Conseil « compétitivité » sur le programme « Mieux légiférer », 9663/09 COMPET 264 du 13 mai 2009.
- Communication de la Commission « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue — Principes généraux et normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission avec les parties intéressées », COM(2002) 704 final.
- *Council of Australian Governments : Best Practice Regulation. A Guide for Ministerial Councils and National Standards Setting Bodies*, Octobre 2007.
- O’Connor Close, C. Mancini D.J. : « *Comparison of US and European Commission guidelines on Regulatory IA/Analysis* », *Industrial Policy and Economic Reforms papers*, n° 3. Avril 2007.
- Cabinet Office du Royaume-Uni, *Better Regulation Executive*, « *IA Guidance* », Londres, mai 2007.
- Note d’information du président à la Commission, « Amélioration du système de support à la qualité et du contrôle de qualité des analyses d’impact effectuées au sein de la Commission », comité d’analyse d’impact, le 14 novembre 2006.
- Cour des comptes européenne, Rapport spécial n° 9/2007, « Évaluation des programmes-cadres de recherche et de développement technologique (RDT) de l’UE - L’approche de la Commission peut-elle être améliorée ? ».
- Cour des comptes européenne, Rapport spécial n° 7/2008, « Énergie intelligente pour l’Europe (2003-2006) ».

- Cour des comptes européenne, Rapport spécial n° 2/2009, « Le programme de santé publique de l’Union européenne (2003-2007): un moyen efficace d’améliorer la santé ? ».
- *National Audit Office, Delivering High Quality IAs*, 30 janvier 2009, p. 14.
- Conseil, secrétariat général, conclusions du Conseil « compétitivité » sur le programme « Mieux légiférer », 9663/09 COMPET 264 du 13 mai 2009, point 18.
- Commission européenne, « *Evaluation in the Commission - Reporting on Results: Annual Evaluation Review 2007 - Conclusions and findings from evaluations in the Commission* », COM (2008) 300, mai 2008; annexes I et II.
- Bruegel, *Priorités économiques de l’Europe 2010-2015 - Mémos adressés à la nouvelle Commission*, édité par André Sapir, 2009, p. 17.
- Commission européenne, « Pour une Europe des résultats - Application du droit communautaire », COM(2007) 502 final, p. 6.
- Respectivement SEC(2004) 924 et SEC(2005) 430.
- Commission européenne, communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions — Programme d'action pour la réduction des charges administratives dans l’Union européenne - COM(2007) 23 final du 24 janvier 2007.
- Commission européenne, « Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen - Programme d'action pour la réduction des charges administratives dans l’UE - Plans sectoriels d’allégement et actions pour 2009 », COM(2009) 544 final du 22 octobre 2009.
- Commission européenne, « Réformer le budget, changer l’Europe » et Avis n° 1/2010 de la Cour relatif aux « risques et défis inhérents à l’amélioration de la gestion financière ».

Sites Web

- http://ec.europa.eu/governance/impact/ia_carried_out/ia_carried_out_en.htm
- http://eur-lex.europa.eu/RECH_menu.do?ihmlang=fr

SECONDE PARTIE

L'IMPACT DES ÉTUDES D'IMPACT

CHAPITRE 1

L'IMPACT SUR LA FONCTION LÉGISLATIVE

Les études d'impact : mieux légiférer par l'évaluation préalable

Jean-Pierre BALCOU

Directeur de projet au Secrétariat général du Gouvernement

La production des études d'impact sur les projets de loi est désormais régie par les dispositions combinées des troisième et quatrième alinéas de l'article 39 de la Constitution introduits par l'article 15 de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 et du titre II de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 prise pour son application. Une circulaire du Premier ministre signée le même jour complète le dispositif en donnant aux ministres des instructions quant aux principes et à la procédure qui doivent présider à leur préparation.

Les objectifs sont connus : les études d'impact doivent contribuer à améliorer la qualité de la loi, à juguler l'inflation normative et l'instabilité du droit en s'assurant de la nécessité et de la proportionnalité de nouvelles dispositions. Elles renouvellent également les termes du dialogue entre les deux assemblées et le Gouvernement pour l'examen au fond du projet de loi, ainsi que les pratiques qui régissent son élaboration jusqu'à son adoption en conseil des ministres. Ainsi, en présentant le projet de loi organique, le 13 janvier 2009, le président de la commission des lois de l'Assemblée nationale n'hésitait pas à y voir une « révolution totale » dans le processus de production de la loi.

La formule consistant à ériger au rang constitutionnel et organique l'obligation de procéder à une évaluation préalable du projet de loi et de la formaliser par une « étude d'impact » a été préconisée par le Conseil d'Etat dans son rapport public 2006, avant d'être endossée par le comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions présidé par Edouard Balladur. Elle fait écho au bilan très mitigé des précédents dispositifs mis en place, sur la base de simples circulaires du Premier ministre, successivement par Alain Juppé en 1995, Lionel Jospin en 1998 et Jean-Pierre Raffarin en 2003.

Certains ont pu pourtant s'étonner de cette « constitutionnalisation » d'une simple technique administrative. D'autres ont pu craindre que, les mêmes causes conduisant aux mêmes effets, les anciennes habitudes ne reprennent bientôt le pas sur les « bonnes pratiques », aussi vertueuses soient-elles.

Une certaine prudence est évidemment de bon aloi. Mais il ne paraît plus faire de doute que le nouveau cadre méthodologique et institutionnel a profondément changé la donne, ne serait-ce qu'en conférant de réels enjeux – politique, juridique et

administratif – à ce travail d'évaluation préalable et en donnant à chaque citoyen une visibilité sur les éléments qui ont déterminé le choix du Gouvernement, puisque ces documents sont aujourd'hui en ligne sur Légifrance comme sur les sites des assemblées. En 2010, 31 études d'impact sur des projets de loi ordinaires, organiques ou de finances et 55 sur des projets de loi autorisant la ratification d'accords internationaux ont ainsi été présentées.

Il n'est toutefois pas inutile de situer cette nouvelle discipline dans le cadre des intentions qui ont pu animer ses promoteurs et de commenter ses caractéristiques les plus marquantes au regard de la pratique sur ces quelque deux années d'application.

I. Un champ d'application volontairement large

Les circulaires du Premier ministre de 1995 et 1998 soumettaient à étude d'impact l'ensemble des projets de loi, les projets d'ordonnance ainsi que les projets de décrets en Conseil d'Etat. Dans un souci d'efficacité, la circulaire du 26 août 2003 recentrerait le champ sur les projets de loi dont les incidences étaient jugées suffisamment significatives à l'aune de plusieurs critères, que le groupe de travail présidé par M. Bruno Lasserre s'était attaché à préciser²⁵⁹.

L'intérêt de la démarche d'évaluation préalable est certainement variable selon l'objet du projet de loi, le nombre de bénéficiaires ou l'importance des enjeux économiques, sociaux ou environnementaux qui s'y attachent. Par ailleurs, des circonstances particulières peuvent parfois exiger une réponse législative sans délai²⁶⁰, et quelques voix militaient en conséquence pour que les projets de loi présentant un caractère d'urgence soient exclus du champ.

Le Gouvernement et le Parlement ont retenu cependant un champ d'application volontairement large dans le projet de loi organique. En effet, indépendamment du paradoxe tenant à ce que l'importance d'un impact constitue un critère pour savoir s'il convient de le mesurer, une démarche sélective eut présenté plusieurs inconvénients :

- Il se peut qu'un texte ne concerne un faible nombre de personnes, mais induise des conséquences majeures pour elles (loi du 5 janvier 2010 relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français par exemple) ;
- Il n'existe en fait que très peu de textes de loi dont la portée est purement « administrative » ou « technique » en ce qu'ils ne toucheraient ni les citoyens, ni les entreprises ou ne traiteraient que de pures questions de principe ;

²⁵⁹ Le rapport Lasserre préconisait de circonscrire le champ aux projets de loi dont l'enjeu financier dépassait 50 millions d'euros, ou concernait au moins un million de « destinataires finaux » ou encore affectait de façon significative un secteur économique ou social particulier ou une profession déterminée.

²⁶⁰ Tel fut le cas par exemple du projet de loi de finances rectificative pour 2009 portant relance de l'économie adopté en conseil des ministres le 19 décembre 2008, faisant suite aux annonces faites par le Président de la République le 4 décembre à Douai.

- Des exclusions aux contours incertains auraient pu fournir des prétextes pour ne pas se soumettre à la discipline, en invoquant opportunément des enjeux jugés négligeables ou des circonstances d'urgence, comme cela fut le cas par le passé.

En contrepartie, le projet de loi organique initial du Gouvernement introduisait un tempérament selon lequel la teneur de l'évaluation pourrait être fonction de l'ampleur de la réforme proposée et de son urgence ainsi que, le cas échéant, de l'importance de son incidence prévisible pour les comptes des administrations publiques ou du nombre de personnes directement concernées. Le Parlement écarta l'affirmation de ce « principe de proportionnalité », estimant qu'il relevait du bon sens et pouvait donc rester implicite, d'autant qu'il risquait également de fournir un alibi pour justifier du minimalisme de certaines études d'impact.

Le Conseil constitutionnel, attentif à la question, a entendu introduire à cet égard deux réserves d'interprétation dans sa décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009 :

- Le respect de chacune des exigences énumérées à l'article 8 ne vaut que pour autant que ces prescriptions « trouvent effectivement à s'appliquer compte tenu de l'objet des dispositions du projet de loi en cause » (considérant 15) ;
- « Si, par suite des circonstances, tout ou partie d'un document constituant l'étude d'impact d'un projet de loi venait à être mis à la disposition de la première assemblée saisie de ce projet après la date de dépôt de ce dernier, le Conseil constitutionnel apprécierait, le cas échéant, le respect des dispositions précitées de l'article 8 de la loi organique au regard des exigences de la continuité de la vie de la Nation » (considérant 17).

La loi organique du 15 avril 2009 ne prévoit en définitive qu'un **nombre très limité d'exceptions** à l'obligation de produire une étude d'impact :

- Les projets de loi constitutionnelle, compte tenu de leur valeur de principe ou de leur caractère général ; en revanche, les projets de loi organique qui viennent en préciser la portée doivent faire l'objet d'une évaluation préalable ;
- Les projets de loi prorogeant un état de crise, pour lesquels les impératifs de continuité de la vie de la Nation s'imposent évidemment ;
- Les projets de loi de programmation des finances publiques prévus au 21^{ème} alinéa de l'article 34 de la Constitution, qui comportent un rapport annexé qui se suffit à lui-même ; les autres lois de programmation sont en revanche comprises dans le champ ;
- Les projets de loi de règlement, qui n'ont d'autre objet que de constater l'exécution du budget de l'Etat pour l'exercice clos et n'induisent donc aucun impact en eux-mêmes ;
- Les projets de loi tendant à ratifier une ordonnance de l'article 38 ou de l'article 74-1 de la Constitution, à la suite de la censure par le Conseil constitutionnel du troisième alinéa de l'article 11 de la loi organique définitivement adoptée, qui

prévoyait une étude d'impact dont le contenu couvrait les rubriques des huit derniers alinéas de son article 8. Le Conseil constitutionnel a jugé que cette obligation revenait à exiger la production *a posteriori* de la teneur de l'étude d'impact qui se serait attachée à l'ordonnance en question, entrée en vigueur dès sa publication, de sorte qu'elle méconnaîtrait implicitement la délégation qui avait été accordée au Gouvernement (considérant 22 de la décision du 9 avril 2009). Le Conseil d'Etat a toutefois été conduit à préciser par la suite, dans le cadre de ses formations consultatives, que cette exclusion ne saurait valoir à l'égard de dispositions introduites dans le projet de loi de ratification tendant à amender l'ordonnance ou introduire des règles additionnelles qui iraient au-delà de rectifications matérielles ou d'une mise en cohérence d'ordre légistique.

L'article 11 de la loi organique du 15 avril 2009 paraît introduire d'autres limitations du champ d'application, qui correspondent en réalité à des adaptations du régime. Elles sont de trois ordres :

a) La loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances prévoyait déjà les conditions dans lesquelles les projets de loi de finances sont présentés au Parlement. Il en va de même pour la loi organique n° 2005-881 du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la sécurité sociale pour ce qui concerne les projets de loi de financement de la sécurité sociale. Le parti a donc été retenu de prévoir l'obligation d'évaluation préalable pour ces deux catégories de projets dans leurs textes organiques spéciaux, en procédant ensuite par renvoi partiel aux règles applicables aux projets de loi ordinaire.

Ainsi, cette obligation se trouve-t-elle désormais inscrite au 8^e de l'article 51 de la LOLF pour les projets de loi de finances initiale et au 4^e de son article 53 pour les projets de loi de finances rectificative qui renvoient aux rubriques des dix derniers alinéas de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 quant au contenu de l'évaluation. Ce jeu de renvoi conduit à ne pas inclure les dispositions des projets de loi de finances qui relèvent de son domaine exclusif et obligatoire, soit pour l'essentiel les tableaux généraux d'équilibre et les articles dits « de chiffres »²⁶¹, ce qui se comprend aisément. En revanche, toutes les dispositions de nature fiscale se trouvent dans le champ.

S'agissant des projets de loi de financement de la sécurité sociale, de façon analogue, les articles qui relèvent du V de l'article LO. 111-3 du code de la sécurité sociale entrent dans le champ, avec un renvoi aux rubriques des dix derniers alinéas de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009²⁶².

b) S'agissant ensuite des projets de loi tendant à autoriser la ratification ou l'approbation d'une convention internationale dans les conditions prévues à l'article 53 de la Constitution, l'exclusion mentionnée au quatrième alinéa de l'article 11 n'est qu'apparente puisque l'alinéa suivant prévoit aussitôt un contenu spécifique : « le dépôt de ces projets est accompagné de documents précisant les objectifs poursuivis par les traités ou accords, estimant leurs conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, analysant leurs effets sur l'ordre juridique français et

²⁶¹ L'obligation d'évaluation préalable ne concerne que les dispositions relevant du 2^e du I de l'article 34 de la LOLF et du 7^e du II du même article.

²⁶² cf. 10^e de l'article LO. 111-3 du code de la sécurité sociale.

présentant l'historique des négociations, l'état des signatures et des ratifications, ainsi que, le cas échéant, les réserves ou déclarations interprétatives exprimées par la France ».

L'objectif est double à cet égard :

- même si la teneur de la convention internationale dont il s'agit est figée à ce stade et si la formulation de réserves éventuelles relève du ministre des affaires étrangères, un intérêt particulier s'attache à éclairer les parlementaires sur les circonstances qui ont entouré la conclusion de cet accord et sur les conséquences qui peuvent en être raisonnablement attendues, y compris en termes d'incidence budgétaire pour les pouvoirs publics ;
 - cette obligation de produire une étude d'impact spécifique vise également à faire en sorte qu'elle soit préparée le plus en amont possible dans la phase de négociation qui relève du Gouvernement. Il est évidemment préjudiciable d'attendre le stade de la ratification pour prendre la mesure d'éventuels effets négatifs de l'accord ou des difficultés sérieuses que pourraient rencontrer les autorités publiques ou les entreprises pour s'y conformer.
- c) Le troisième aménagement concerne les articles d'habilitation à prendre des ordonnances sur le fondement de l'article 38 de la Constitution. Une difficulté tient à ce que le Gouvernement se situe généralement, lorsqu'il sollicite cette autorisation, à un stade intermédiaire de la préparation de la réforme. La tentation était grande par conséquent d'exclure ces dispositions d'habilitation, faute de disposer d'un contenu suffisamment « cristallisé ».

Le législateur organique n'a pas retenu cette option, estimant qu'elle aurait pu constituer une incitation supplémentaire à recourir aux ordonnances pour échapper à la discipline. Il a considéré au contraire que le Gouvernement doit être en situation, lorsqu'il sollicite une habilitation, de présenter un diagnostic, de définir l'objectif, de tracer les grandes options concevables et de démontrer la nécessité de légitérer ou l'articulation possible avec le droit européen ou international. En revanche, l'analyse détaillée des incidences de toute nature de la future ordonnance a été écartée, puisque sa teneur est partiellement indéterminée à ce stade. A tout le moins, la version définitivement adoptée de la loi organique prévoyait-elle que le Gouvernement présentait les grandes lignes du dispositif appelé à être édicté par ordonnance. Le Conseil constitutionnel censura cette dernière exigence, estimant en quelque sorte que l'on ne saurait déléguer et retenir à la fois selon la logique qui sous-tend l'article 38 de la Constitution²⁶³.

Sous réserve de ces quelques aménagements dont la nécessité se conçoit aisément, l'obligation couvre donc presque l'ensemble des projets de loi, le législateur organique ayant manifesté ainsi sa volonté d'éviter de laisser subsister des « échappatoires ». Certains observateurs ont pu cependant objecter que le nouveau partage de l'initiative au profit des propositions de loi depuis 2008 conduirait à accroître en retour le nombre de textes définitivement adoptés qui n'auraient pas été soumis à une évaluation préalable. L'observation est certes pertinente, mais les termes

²⁶³ Décision DC n°2009-579 du 9 avril 2009, considérant 21.

de l'article 39 de la Constitution ne permettaient évidemment pas à la loi organique d'imposer une obligation symétrique pour les auteurs des propositions d'origine parlementaire. Tout au moins, s'agissant de l'exercice du droit d'amendement, l'article 15 de la loi organique du 15 avril 2009 est venu prévoir que des amendements des membres du Parlement, à la demande de leur auteur, ou des amendements de la commission saisie au fond peuvent faire l'objet d'une évaluation préalable communiquée à l'assemblée avant leur discussion en séance, dans des conditions prévues par les règlements des assemblées²⁶⁴.

II. Des exigences précises et étendues quant au contenu de l'étude d'impact

La teneur des études d'impact est déterminée par l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009, de façon précise. Tant l'Assemblée nationale que le Sénat se sont attachés à spécifier la nature des informations attendues ou la nature des impacts à prendre en compte, bien au-delà de la formulation assez générique proposée initialement par le Gouvernement. Au total, les rubriques qui sont énumérées à l'article 8 résultent d'un équilibre entre les préoccupations de précision d'un côté, et de polyvalence nécessaire eu égard à la diversité des dispositions envisageables, de l'autre. Leur présentation en liste ne permet toutefois pas d'identifier immédiatement le lien étroit entre ces différents items, que l'on peut tenter de dégager ici à travers trois composantes : le schéma de base des études d'impact inspiré des « meilleures pratiques » au niveau international, les préoccupations qui touchent plus particulièrement à la qualité du droit et les informations répondant à la fonction d'aide à la décision en termes de « gouvernance ».

a) Le modèle de base correspondant aux meilleures pratiques au niveau international :

Le terme « étude d'impact » pourrait laisser à penser qu'il s'agit seulement de quantifier les incidences prévisibles de la réforme. Si les études d'impact doivent bien, au premier chef, répondre à cette préoccupation, leur vocation ne peut se résumer à cet aspect.

Le législateur organique s'est largement inspiré du modèle de base des études d'impact promu depuis 1995 par l'OCDE, issu d'un relevé des bonnes pratiques au niveau international et repris par presque tous les Etats européens aujourd'hui ainsi que par la Commission européenne pour ses propositions de directives ou de règlement. Les « analyses d'impact réglementaire » (AIR ou RIA en anglais²⁶⁵) visent en effet à expliciter l'ensemble du raisonnement qui conduit à édicter une nouvelle norme : diagnostic, objectif, options, consultations, mesure des impacts, modalités de mise en œuvre. Les études d'impact se veulent des documents techniques, fournissant une démonstration étayée par les faits (*evidence based*) selon une méthode rigoureuse.

²⁶⁴ Voir article 98-1 et 146-6 du règlement de l'Assemblée nationale.

²⁶⁵ *Regulatory impact assessment* : le terme *regulation* ne se résumant pas à la norme réglementaire dérivée, mais correspondant plutôt à la norme juridique appliquée à un domaine particulier ; *assessment* peut se traduire selon les cas comme une évaluation, une analyse ou une appréciation.

La phase de **diagnostic** est essentielle. Elle est destinée d'une part à énoncer précisément les difficultés auxquelles le Gouvernement veut remédier et à en déterminer les causes, souvent multiples et imbriquées, afin de montrer la part qui tient à l'inadaptation supposée de la législation en vigueur. Il s'agit notamment de montrer que le Gouvernement a cherché à utiliser pleinement toutes les ressources du droit en vigueur (« *état d'application du droit sur le territoire national dans le ou les domaines visés par le projet de loi* ») et que l'inadaptation de celui-ci, telle qu'elle est invoquée, constitue la principale cause des problèmes rencontrés (« *motifs du recours à une nouvelle législation* »). Chacun sait que la réponse normative peut parfois constituer une solution de facilité, à peu de frais et médiatiquement visible, alors que les principaux déterminants du problème sont ailleurs : organisation des services, moyens disponibles, faible appropriation par les acteurs en raison d'une connaissance insuffisante ou d'obstacles pratiques qui relèvent au plus du domaine réglementaire.

L'énoncé de **l'objectif poursuivi** fournit également un excellent test de la nécessité de légiférer. Les auteurs du projet sont souvent tentés de faire référence soit à un objectif beaucoup trop large ou assez banal (modernisation, adaptation, allègement), soit à une série de buts qui dissimulent en réalité des options prédéterminées ou un assemblage de mesures d'ajustement sans finalité commune dans un contexte de droit mouvant.

A cet objectif – ou à ces deux ou trois objectifs au plus – peuvent répondre **plusieurs options qu'il s'agit de comparer en termes d'efficacité, d'efficience et de faisabilité**. Le modèle de l'OCDE, comme la loi organique du 15 avril 2009, mettent l'accent sur la nécessité de rechercher systématiquement des alternatives à la norme (« *options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles* ») : pourrait-on envisager un dispositif incitatif, un guide de bonnes pratiques, un mécanisme contractuel, une autorégulation du secteur ? En pratique, tant le Parlement que le Conseil d'Etat souhaitent que la discussion des options permette aussi de s'interroger sur la possibilité des dispositions plus génériques, moins complexes ou moins contraignantes ou une simplification concomitante du régime existant. Enfin, cette section de l'étude d'impact va expliciter le parti qui a été retenu par le Gouvernement dans l'orientation de la réforme, sous réserve qu'elle procède par comparaison à d'autres approches possibles, contrairement à l'exposé des motifs dont le message est au contraire univoque.

La présentation des **consultations menées** (10^{ème} alinéa de l'article 8) constitue le corollaire de la discussion des options. Comme cela a été rappelé à plusieurs reprises par le Parlement et le Conseil d'Etat, il ne s'agit pas seulement d'un contrôle juridique de ce que toutes les consultations obligatoires ont été menées, mais aussi de faire état de la teneur des avis rendus et de leur prise en compte, en tout ou partie, par le Gouvernement. Cette attente a été mentionnée explicitement à l'article 8 s'agissant de la mention de la consultation du Conseil économique, social et environnemental²⁶⁶.

L'analyse des impacts constitue évidemment une partie déterminante de la valeur ajoutée et présente des difficultés particulières de méthode. Alors que nombre d'Etats comparables ciblent cette analyse sur des indicateurs financiers (impact budgétaire

²⁶⁶ Ajout d'un alinéa par la loi organique n° 2010-704 du 28 juin 2010.

pour l'Etat, charge administrative pesant sur les entreprises), la France²⁶⁷ a retenu un spectre d'examen très large: « *l'évaluation des conséquences économiques, sociales et environnementales* », bilan coûts/avantages pour les administrations publiques ou chaque catégorie d'entreprises ou de citoyens, charges induites pour la fonction publique en équivalent temps-plein.

Il s'agit ici de prévoir, avec une marge d'incertitude inévitable en raison du caractère prévisionnel de l'exercice, chacune des incidences – positives ou négatives, directes ou indirectes, certaines ou de l'ordre du risque – susceptibles de résulter de la réforme envisagée. Cette analyse doit être chiffrée en principe, soit en termes physiques, soit de façon monétaire selon le type d'impact en cause. Craignant que les estimations ne soient avancées sans véritable moyen de contrôle, le législateur organique a entendu préciser que le Gouvernement devait fournir « la méthode de calcul retenue » à l'appui de ces estimations.

Enfin, figure au titre du « modèle » de base la présentation des **modalités d'application** envisagées en termes juridiques, organisationnels et matériels. Chacun sait que trop de dispositions législatives ont pu rester longtemps lettre morte faute que les conditions concrètes à réunir pour en assurer l'application aient été pleinement envisagées au préalable.

b) Les rubriques de l'article 8 de la loi du 15 avril 2009 renvoient également à une série de **questions juridiques ou légistiques qui se posent de façon récurrente** et dont la prise en compte sera essentielle en termes de qualité du droit :

- l'articulation du dispositif envisagé avec les règles du droit européen ou du droit international, y compris en préparation ;
- l'impact du texte envisagé « sur l'ordre juridique interne », ce qui peut couvrir bon nombre de sujets (codification, simplification, constitutionnalité, sécurité juridique, impact contentieux ou au contraire, prévention du risque en la matière).
- les modalités d'application dans le temps : entrée en vigueur différée, mesures transitoires, effets sur les situations antérieurement constituées ;
- les conditions d'application dans l'espace, notamment dans les collectivités des articles 73 ou 74 de la Constitution, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres Australes et Antarctiques Françaises.

c) Enfin, le contenu obligatoire des études d'impact a été guidé par **une volonté de moderniser la « gouvernance publique »** sur plusieurs points essentiels :

- **la réduction des délais d'application des lois** : le Parlement et le Gouvernement attachent une importance toute particulière à cet objectif depuis plusieurs années. Il est attendu que les études d'impact dressent la « *liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires* », car l'on sait qu'anticiper la préparation de ces mesures, dès la conception du texte de loi, constitue la première des solutions pour parvenir à l'objectif. La loi organique définitivement adoptée prévoyait

²⁶⁷ Comme la Commission européenne.

même « *la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires, leurs orientations principales et le délai prévisionnel de leur publication* ». Le Conseil constitutionnel a censuré le dernier membre de phrase, considérant que cette « injonction au Gouvernement d'informer le Parlement sur les orientations principales et le délai prévisionnel de publication des dispositions réglementaires qu'il doit prendre dans l'exercice de la compétence exclusive qu'il tient des articles 13 et 21 de la Constitution » était contraire au principe de la séparation des pouvoirs.

- **La prise en compte des incidences sur les collectivités territoriales :** cette préoccupation figure, sous forme allusive, dans la formule « coûts et bénéfices financiers attendus (...) pour chaque catégorie d'administrations publiques (...) intéressée », mais elle a été régulièrement évoquée dans les travaux préparatoires. Elle s'est aussi traduite, on le sait, par la création de la commission consultative d'évaluation des normes qui examine l'impact financier des projets de textes réglementaires concernant les collectivités territoriales et leurs établissements publics (article L. 1211-4-2 du code général des collectivités territoriales créé par la loi de finances rectificative du 25 décembre 2007) et par l'édition d'un moratoire sur les normes concernant ces collectivités par une circulaire du Premier ministre du 6 juillet 2010²⁶⁸.

Le champ de ce moratoire ne saurait naturellement couvrir les textes d'application des lois, ce qui ne fait que renforcer l'utilité d'une évaluation précise des mesures au niveau législatif. Dans cette circulaire, le Premier ministre demande aux membres du Gouvernement qu'« une exigence particulière s'attache à la qualité des études d'impact préparées par le Gouvernement à l'appui de la réforme envisagée, notamment en ce qui concerne l'évaluation des coûts et bénéfices financiers attendus par les collectivités territoriales. La consultation de la commission consultative d'évaluation des normes sur les projets de loi, facultative aux termes de l'article L. 1211-4-2 du code général des collectivités territoriales, sera plus largement utilisée et devra donc être systématiquement anticipée par vos soins, de sorte que la commission puisse, lorsque je déciderai de la saisir, prendre connaissance non seulement du projet de loi, mais également des mentions correspondantes de l'étude d'impact ».

- La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a conduit à réaffirmer la **fonction d'évaluation des politiques publiques dévolue aux deux assemblées** parallèlement à leur fonction législative. Les études d'impact s'inscrivent dans cette perspective puisqu'elles s'assignent comme ambition de mener une évaluation *ex ante* et de tracer les résultats attendus de l'application de la réforme. Le contenu des études d'impact, dont le « logiciel » combine la méthodologie de la gestion de projet et celle de l'évaluation, a été également conçu pour fournir aux instances d'évaluation *ex post* des points d'appui pour procéder à cette confrontation avec les faits et à l'analyse de la performance de la politique publique dont il s'agit.

²⁶⁸ Circulaire du 6 juillet 2010 relative au moratoire applicable à l'adoption de mesures réglementaires concernant les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics. Publiée au Journal officiel du 7 juillet 2010 p. 12312.

III. Une procédure exigeante

Les évaluations successives de la pratique des études d'impact avant la révision constitutionnelle imputaient, de façon convergente, l'essoufflement de la démarche à la perception formelle de l'exercice par les ministères et à sa prise en compte beaucoup trop tardive. Il suffit de citer à cet égard la contribution de M. Rémi Bouchez, conseiller d'Etat et actuel commissaire à la simplification, au rapport Mandelkern²⁶⁹ en 2002 : « La situation paraît se résumer à un cercle vicieux, dont on n'est pas parvenu à s'extraire : les études d'impact sont produites tardivement et leur contenu est faible parce que les administrations savent qu'elles ne correspondent qu'à une exigence formelle et ne pèsent pas dans le processus de préparation et d'arbitrage d'un projet ; inversement, les études d'impact ne peuvent jouer aucun rôle utile pour infléchir les décisions à prendre parce qu'elles sont de qualité insuffisante et transmises au dernier moment ».

De ce point de vue, le Gouvernement et le législateur organique ont souhaité tirer les leçons de cette expérience et soumettre l'évaluation préalable d'une réforme à une procédure exigeante quant à la prise en compte *ab initio* de la discipline et comportant une phase contradictoire intermédiaire et plusieurs étapes de contrôle.

A. UNE PRISE EN COMPTE TRÈS EN AMONT

Le travail d'évaluation préalable ne peut influer sur le fond du projet de loi que s'il précède l'écriture de celui-ci ou tout au moins, intervient de conserve avec la rédaction du projet selon un processus itératif. Par ailleurs, le chiffrage des indicateurs ou des estimations à présenter à l'appui de la démonstration peut nécessiter plusieurs mois d'expertise lorsque les statistiques nécessaires ne sont pas déjà disponibles. Enfin, le document lui-même comprend plusieurs versions successives avant de répondre pleinement aux exigences organiques.

Lors de l'examen du projet de loi organique, l'Assemblée nationale avait entendu souligner cet impératif et adopté un amendement au premier alinéa de l'article 8 précisant que les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact « dès le début de leur élaboration ». Le Conseil constitutionnel a toutefois écarté cet ajout, estimant que le législateur n'était pas fondé à intervenir de la sorte dans le fonctionnement du Gouvernement. Quoi qu'il en soit, le message était livré quant à l'approche à retenir.

La circulaire du Premier ministre du 15 avril 2009 est venue la confirmer clairement : la préparation de l'étude d'impact « doit être engagée dès le stade des réflexions préalables sur le projet de réforme. L'étude doit ensuite être affinée au fur et à mesure de l'élaboration du projet ».

En pratique, conformément à cette même circulaire, le secrétariat général du Gouvernement se rapproche du ministère rapporteur du futur projet de loi dès « la mise en chantier du projet de réforme », c'est-à-dire dès que son principe est acté, généralement à l'occasion des réunions semestrielles de programmation du travail du Gouvernement. L'objectif est d'arrêter conjointement un « cahier des charges », de

²⁶⁹ *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation* présidé par M. Dieudonné Mandelkern. Mars 2002, p. 104.

fixer un calendrier précis pour la production de l'étude d'impact compte tenu de la date prévisionnelle de passage en conseil des ministres, et de déterminer les modalités de cette préparation, notamment « les concours susceptibles d'être recherchés auprès d'autres administrations pour contribuer aux travaux d'évaluation préalable ». Ce cadrage permet en particulier de spécifier les attentes quant au contenu de l'étude et de lancer en temps utile les travaux nécessaires pour collecter les éléments d'appréciation qui font défaut à ce stade. Il reste néanmoins adaptable par la suite, soit que de nouvelles questions surgissent, soit que la démonstration soit faite que quelques éléments qu'il apparaissait utile d'intégrer ne pourront être disponibles.

B. LE CONTRADICTOIRE INTERSERVICES

Si le ministère rapporteur du texte se voit confier la rédaction de la première mouture de l'étude d'impact, en liaison éventuellement avec d'autres services selon les modalités retenues dans le cadrage initial, ce document fait l'objet d'une diffusion pour observations auprès de l'ensemble des ministères intéressés, soit dans le cadre du travail interservices habituel sur le projet de loi, soit en tout état de cause, par les soins du Secrétariat général du Gouvernement. Dans la plupart des cas, celui-ci convoque une réunion interservices entre toutes ces administrations en vue de confronter les analyses éventuellement différentes et de rechercher les termes d'un consensus, ce qui nécessite parfois des échanges approfondis.

Ces travaux sur l'étude d'impact sont de nature technique et n'ont aucune vocation à entrer dans l'examen de désaccords politiques entre plusieurs ministres quant aux options de la réforme, ce qui relève des réunions interministérielles placées sous la présidence du Premier ministre ou d'un membre de son cabinet en vue d'un arbitrage. Pour autant, ils jouent un rôle important pour équilibrer et objectiviser certains développements de la première mouture. Par ailleurs, ces versions même intermédiaires des études d'impact sont d'une grande utilité pour le Cabinet du Premier ministre avant de valider le dispositif proposé ou de trancher un différend entre plusieurs ministères.

C. DES CONTRÔLES A PLUSIEURS NIVEAUX

Les services du secrétariat général du Gouvernement en charge de la supervision des études d'impact sont amenés à contrôler à chaque stade la conformité des versions intermédiaires aux exigences fixées par la loi organique du 15 avril 2009 et à prescrire, s'il y a lieu, les compléments ou rectifications nécessaires. Ils sont également les garants du respect du calendrier de travail déterminé lors de la réunion de cahier des charges.

Un point de contrôle est prévu en toute hypothèse au moment de la transmission du projet de loi pour examen au Conseil d'Etat. La circulaire du Premier ministre du 15 avril 2009 mentionne que ce dernier « ne sera saisi du projet de loi que si l'étude d'impact est jugée suffisante par mon cabinet et par le secrétaire général du Gouvernement ».

Le Conseil d'Etat procède lui-même à une appréciation de la qualité de l'étude d'impact, dès lors qu'un enjeu juridique direct s'attache à sa conformité aux

exigences organiques dans la suite de la procédure mais également dans la mesure où le document lui est destiné en propre. Il permet en effet aux formations consultatives de connaître de façon précise les intentions du Gouvernement et le raisonnement qui a été le sien lors de la préparation du texte, de façon à rechercher une traduction à la fois fidèle et de bonne facture juridique. Cet examen critique peut conduire à relever des imperfections qui seront signalées au Gouvernement, à charge pour lui d'y remédier avant l'adoption du projet de loi en conseil des ministres. S'agissant de la nature de ce contrôle, on pourra se référer utilement à l'allocution prononcée par le Vice-président du Conseil d'Etat, le 29 novembre 2010, lors de la conférence « L'impact du droit : l'évaluation économique comparée de la norme juridique »²⁷⁰ ou aux rapports d'activité du Conseil d'Etat dans leurs développements consacrés à son activité consultative²⁷¹.

Au terme de l'examen par le Conseil d'Etat, le contenu définitif du projet de loi est fixé lors de la phase dite « de relecture », ce qui amène une mise en cohérence de l'étude d'impact et un ultime contrôle qualitatif. Le document se trouve alors stabilisé avant d'être diffusé aux membres du Gouvernement en vue du conseil des ministres, puis déposé au Parlement conjointement avec le décret de présentation, le projet de loi lui-même et son exposé des motifs. Il est alors mis en ligne sans délai sur le site légifrance.

Le contrôle de recevabilité du projet de loi fondé sur la qualité de l'étude d'impact :

Le dispositif prévu par l'article 39 de la Constitution précisé par la loi organique du 15 avril 2009 a pu apparaître comme une innovation à deux titres au moins.

- Jusqu'alors, les irrecevabilités constitutionnelles visaient les propositions de lois, seules mentionnées aux articles 40 et 41 de la Constitution, et non les projets de loi²⁷² qui pouvaient faire l'objet seulement de motions de procédure, notamment d'une exception d'irrecevabilité soulevée au début de la discussion générale en application des règlements des assemblées, donc à un stade où le projet de texte est définitivement inscrit à l'ordre du jour et a déjà été examiné en commission. On sait par ailleurs que ces motions n'ont guère de chance de prospérer dans les faits.

Sans doute cette nouveauté n'est-elle que relative. En effet, le second alinéa de l'article 39 prévoyait déjà, sans employer le terme, des conditions de présentation des projets de loi. On peut se demander si la conférence des présidents d'une assemblée n'était pas déjà en situation de mettre en doute la recevabilité d'un projet de loi relevant manifestement de l'examen en premier lieu de l'autre assemblée ou dont il ne serait pas établi qu'il ait été soumis au Conseil d'Etat et adopté en conseil des ministres, pour autant que cette hypothèse soit concevable.

²⁷⁰ <http://www.conseil-etat.fr/cde/fr/discours-et-interventions/le-role-du-conseil-d-etat-dans-la-mise-en-oeuvre-des-etudes-d-impact.html>

²⁷¹ Notamment : *Rapport d'activité* 2010 p. 12 et pp. 97 à 99.

²⁷² Cette asymétrie étant un peu moins tranchée s'agissant de la recevabilité des amendements, ne serait-ce qu'en application du premier alinéa de l'article 45.

- L'autre nouveauté du dispositif tient à ce que, à côté de l'irrecevabilité dans l'intérêt des finances publiques (article 40) ou dans l'intérêt du domaine réglementaire (article 41), vient s'insérer une irrecevabilité en quelque sorte « dans l'intérêt de la qualité de la loi ».

En revanche, la procédure spéciale permettant au Conseil constitutionnel d'être saisi d'un éventuel désaccord entre le Gouvernement et l'assemblée dont il s'agit pour trancher immédiatement la question n'est pas inconnue puisque la rédaction est le décalque du dispositif prévu à l'article 41, lui-même modifié en 2008 pour assurer une possibilité de déclenchement non seulement par le Gouvernement que par le président de cette même assemblée.

Comme pour l'article 41, la célérité du dispositif a été recherchée afin d'éviter une situation de blocage : la conférence des présidents ne peut constater l'absence ou l'insuffisance de l'étude d'impact que dans un délai de dix jours suivant le dépôt pendant les sessions²⁷³ (article 9 de la loi organique du 15 avril 2009). Aucun délai maximal n'est prévu pour l'expression d'un désaccord par le Gouvernement, mais l'on peut raisonnablement penser que ce dernier ne tarderait pas en pareille hypothèse. De même, l'élévation du différend devant le Conseil constitutionnel n'est pas enserrée dans un délai déterminé. S'il vient à être saisi par cette voie, le Conseil constitutionnel en avise immédiatement le Premier ministre et les présidents des deux assemblées (article 26-1 de l'ordonnance organique du 7 novembre 1958), qui statue dans un délai de huit jours (article 39 al. 4) de façon motivée. La décision est notifiée aux présidents des deux assemblées ainsi qu'au Premier ministre et publiée au Journal officiel.

De fait, les deux assemblées procèdent aujourd'hui à la vérification de l'existence et de la conformité de l'étude d'impact à chaque projet de loi. A l'Assemblée nationale, le comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques s'est vu assigner un rôle particulier en la matière afin d'apporter son appréciation dans un délai très bref avant la réunion de la conférence des présidents. Si aucun projet de loi n'a été déclaré irrecevable sur le fondement de ces nouvelles dispositions, il est arrivé qu'à la demande de l'opposition, la question soit examinée en détail dans quelques cas isolés, pour conclure en l'espèce à la conformité de l'étude d'impact.

Certainement faut-il considérer que le dispositif a essentiellement pour vocation de jouer un rôle de dissuasion afin de s'assurer que les études d'impact sont systématiquement produites et répondent aux attentes de leurs destinataires. La mise en œuvre effective de cette procédure qui viendrait sanctionner, avec une publicité négative assez redoutable, l'absence totale d'étude d'impact ou une indigence caractérisée du document, constitue désormais un risque qu'aucun ministère ne souhaitera sans doute prendre.

En guise de conclusion, quelques remarques peuvent être esquissées quant à la portée pratique de la réforme au terme de deux années d'application. Ayant été partie prenante dans la coordination et le contrôle interne de ces documents pendant cette

²⁷³ Lorsque le Parlement n'est pas en session, ce délai est suspendu jusqu'au dixième jour qui précède le début de la session suivante.

période, je laisserai naturellement à d'autres observateurs le soin de juger l'intérêt que présentent ces documents et leur qualité intrinsèque.

Il me semble tout d'abord que ces documents font aujourd'hui l'objet d'une grande attention de la part de chacun des acteurs, qu'il s'agisse des services, des cabinets ministériels et des ministres eux-mêmes. Naguère regardé comme un exercice « technocratique », voire une « lubie de juristes » pour reprendre l'expression de Bruno Lasserre, le travail d'évaluation préalable imprime désormais sa marque dans les discussions interministérielles et lors de l'examen au Conseil d'Etat.

L'apport « technique » de l'étude d'impact est également tangible dans la phase d'examen parlementaire. Les travaux en commission font apparaître désormais régulièrement des références au contenu de l'étude, ce qui suscite parfois des débats approfondis sur tel chiffrage ou sur telle appréciation. Il semblerait bien difficile de revenir à une situation où le Gouvernement se bornait à fournir aux parlementaires un exposé des motifs très général et univoque assorti d'une paraphrase de chacun des articles. D'une certaine façon, le rééquilibrage entre l'exécutif et le Parlement, marqué par le fait que le texte qui vient en discussion publique est désormais, dans la plupart des cas, celui proposé par la Commission, a nécessité parallèlement que le Gouvernement s'ouvre beaucoup plus sur le raisonnement qu'il a mené, sur la motivation technique des choix qu'il préconise et sur la prise en compte de l'ensemble des paramètres du choix politique dans des situations complexes ou incertaines.

Enfin, l'obligation organique nouvelle conduit à développer la « culture de l'évaluation » dans les processus de décision, en exigeant d'opérer un lien constant entre le bilan des mesures précédentes et la genèse des nouvelles réformes. Cette approche soulève en réalité de nombreuses difficultés en termes de collecte de l'information et de mesure de l'efficacité et de l'efficience des politiques publiques ou des instruments d'interventions, qu'il s'agit de résoudre en adaptant l'administration à cette attente. A cet égard, l'évaluation *ex ante* se nourrit de l'évaluation *ex post* pour une large part et bien des ressources sont déjà disponibles, quoique insuffisamment valorisées. L'extension plus récente encore du champ de l'obligation d'évaluation préalable à une part significative de la production réglementaire, soit qu'elle touche les collectivités territoriales et leurs établissements publics, soit qu'elle concerne les entreprises, permet de mieux ancrer la dynamique vertueuse de l'évaluation dans les pratiques et de conforter l'analyse de chaque niveau de normes.

Les études d'impact ont-elles influé sur la qualité du droit ? S'agissant du volume des textes, il serait certainement prématuré de l'affirmer. D'ores et déjà les travaux d'évaluation préalable ont pu conduire à délester certains projets de loi de dispositions qui n'apparaissaient pas bien stabilisées, voire à renoncer parfois à la voie législative au profit d'une solution réglementaire plus légère. De fait, les études d'impact conduisent à se poser des questions qui paraissaient jusqu'alors assez secondaires sur la complexité du droit, sur l'empilement de régimes dans un même champ, sur l'insécurité juridique, sur les mesures transitoires ou sur la cohérence des règles. Dès lors, peut-on raisonnablement escompter que la meilleure prise en compte de ces paramètres dans le processus d'élaboration des lois apportera une contribution décisive au renforcement de la stabilité du droit positif, à la maîtrise de son volume et à la réduction de sa complexité à l'échelle de quelques années.

Regards parlementaires sur les études d'impact accompagnant les projets de loi

Jean MALLOT

Député, co-auteur, du rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi (2009)

Depuis le 1^{er} septembre 2009 les projets de loi déposés par le gouvernement sur le bureau de l'Assemblée nationale ou du Sénat doivent être accompagnés d'une étude d'impact.

La loi organique du 15 avril 2009, en son article 8, précise le contenu de cette étude d'impact et les questions auxquelles elle doit permettre de répondre. Elle doit notamment définir les objectifs poursuivis par le projet, recenser les options possibles en dehors de l'édition de nouvelles règles et exposer les motifs du recours à une nouvelle législation.

Les études d'impact sont donc censées constituer un outil de lutte contre l'inflation législative. Cet aspect de leur rôle méritera d'être examiné au vu de l'expérience.

Elles doivent également exposer « avec précision » un certain nombre d'éléments décrits en huit alinéas, notamment l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales des dispositions envisagées, les coûts et bénéfices financiers attendus pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, ou encore les conséquences sur l'emploi public.

La méconnaissance de ces dispositions peut avoir de lourdes conséquences puisque, dans le cas où les règles fixées par la loi organique ne seraient pas respectées, le projet de loi ne pourrait être inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée saisie. La Conférence des présidents dispose de dix jours pour apprécier le respect ou non des dispositions prévues et, en cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le gouvernement, le Conseil constitutionnel peut être amené à trancher dans un délai de huit jours.

Ainsi présenté le dispositif n'est donc pas anodin.

Il est certes prématuré, un an et demi après l'entrée en vigueur de la loi organique, d'effectuer un véritable bilan de son application s'agissant de cette obligation de présenter des études d'impact.

L'expérience récente permet néanmoins de jeter un premier regard.

Ces dispositions offrent en effet des possibilités nouvelles et opportunes pour améliorer la qualité et l'efficacité du travail parlementaire. Elles comportent cependant un certain nombre de limites et se heurtent, dans leur application, aux réalités de la pratique institutionnelle de la Vème République. Elles supposent, pour produire l'effet escompté, une volonté politique forte et durable.

L'intérêt des études d'impact préalables au vote de la loi n'est plus à démontrer. Sans insister sur la multiplication des textes législatifs qui s'accumulent, parfois se contredisent, trop souvent répondent dans l'instant à un évènement particulier ou comportent des dispositions dont le caractère législatif n'est pas toujours évident, les exemples abondent de lois importantes dont les conséquences s'avèrent a posteriori bien différentes de ce que le gouvernement avait annoncé et/ou de ce que les parlementaires avaient cru voter.

La loi du 11 décembre 2003 de financement de la sécurité sociale pour 2004 a institué la prestation d'accueil du jeune enfant pour regrouper diverses prestations et donner une logique d'ensemble aux aides destinées aux familles. L'extension du dispositif d'aide et l'augmentation du nombre de bénéficiaires ont eu pour conséquence de faire passer les dépenses relatives au jeune enfant de 8,1 milliards d'euros en 2003 à 11,6 milliards d'euros en 2008 soit une augmentation bien supérieure à ce qu'avait anticipé le législateur.

Plus récemment l'article premier de la loi dite TEPA (en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat) du 21 août 2007 a défiscalisé et exonéré de cotisations sociales, salariales et patronales, les heures supplémentaires. Il s'agissait d'encourager les salariés à « travailler plus pour gagner plus ».

Le nombre d'heures supplémentaires réellement effectuées dans les entreprises et administrations françaises n'étant pas connu précisément ex ante, l'impact de la mesure sur le volume d'heures travaillées et son coût pour les finances publiques étaient difficiles à prévoir. Il était en revanche possible d'anticiper notamment l'effet d'aubaine par lequel les 4,2 milliards d'euros que coûte cette mesure chaque année viennent sur-rémunérer des heures supplémentaires qui étaient déjà effectuées mais, pour une grande part d'entre elles, non déclarées comme telles, de sorte qu'aucun surcroît d'activité économique n'en a résulté globalement.

De fait les études d'impact qui accompagnent les projets de loi et les évaluations préalables annexées aux projets de loi de finances et aux projets de loi de financement de la sécurité sociale peuvent constituer, lorsque les parlementaires s'en saisissent, des points d'appui pour l'examen des textes, la préparation d'amendements et les discussions qui interviennent tant en commission qu'en séance publique.

La mise en œuvre des nouvelles dispositions de la loi organique du 15 avril 2009 a conduit l'Assemblée nationale à adapter ses procédures.

Un rapport d'information a été fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) sur « les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi » (rapport n° 2094 de Claude Goasguen et Jean Mallot). Un certain nombre de recommandations ont été formulées quant à la

présentation des études d'impact, à leur contenu et à la procédure. Le rapport recommande également une définition plus précise du rôle de la Cour des comptes dont le concours serait très précieux, en cohérence avec l'assistance de sa part aux organes du Parlement compétents en matière d'évaluation des politiques publiques (art 47-2 de la Constitution).

Compte tenu du délai, très court, de dix jours suivant le dépôt d'un projet de loi pour que la Conférence des présidents se prononce, il a été recommandé aux présidents des commissions permanentes de désigner dès le dépôt, pour chaque projet de loi dont est saisie leur commission, deux députés – dont un représentant de l'opposition – pour examiner la conformité de l'étude d'impact.

De sorte que, lors de la réunion de la Conférence des présidents du mardi suivant le dépôt, chacun de ses membres peut soulever la question de la conformité d'une telle étude d'impact.

La Conférence des présidents peut ainsi « décider » que cette étude d'impact est satisfaisante. Mais elle peut aussi la considérer comme insuffisante et refuser l'inscription du projet de loi à l'ordre du jour. Elle peut également, en cas de doute, saisir pour avis le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) qui devra se prononcer assez rapidement pour que le délai global des dix jours puisse être respecté par la Conférence des présidents.

Il faut rappeler, à ce stade, que l'évaluation n'est pas une préoccupation nouvelle au Parlement. Toutes les commissions permanentes constituent régulièrement des missions d'information sur tel ou tel sujet (sur la prise en charge des personnes âgées dépendantes, l'application de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, les fichiers de police...).

Les travaux de l'office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques sont bien connus.

La MEC (mission d'évaluation et de contrôle) réalise pour la commission des finances des travaux d'évaluation, comme par exemple sur le crédit d'impôt-recherche. De même la MECSS (mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale) pour le compte de la commission des affaires sociales : sur le médicament, sur le fonctionnement de l'hôpital public, ou encore sur la lutte contre la fraude sociale.

Certaines lois, telle la loi HPST (portant réforme de l'hôpital, et relative aux patients, à la santé et aux territoires) du 21 juillet 2009, prévoient leur propre dispositif d'évaluation *a posteriori*, en l'occurrence par un comité de suivi composé de parlementaires, députés et sénateurs.

L'architecture a été complétée, à l'occasion de la réforme du Règlement de l'Assemblée nationale intervenue en mai 2009, par la création du CEC (Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, article 146-2 du Règlement).

Ce comité, présidé par le Président de l'Assemblée nationale, réalise des travaux d'évaluation sur des sujets dépassant le champ d'intervention d'une seule commission. Chaque groupe politique y dispose d'un « droit de tirage » dans le choix

des sujets et chaque thème est traité par deux co-rapporteurs, dont un appartenant à un groupe de l'opposition.

Le Comité a produit notamment un rapport sur les autorités administratives indépendantes, un autre sur les quartiers défavorisés et se penche sur un premier bilan de la RGPP (révision générale des politiques publiques).

En théorie la production d'études d'impact en accompagnement des projets de loi devrait permettre de « boucler la boucle ». En énonçant de façon précise les objectifs poursuivis par le projet et ses effets attendus elle permettra de les confronter, le moment venu, à la réalité constatée a posteriori, une fois le dispositif en action, débouchant ainsi sur une véritable évaluation et, le cas échéant, sur des mesures correctives faisant elles-mêmes l'objet d'un nouveau projet de loi accompagné d'une étude d'impact...

Pourtant, dans la pratique, si elle constitue une avancée, l'obligation de produire des études d'impact reste insuffisante.

Bien qu'ils représentent une part majeure du travail parlementaire, les projets de loi de finances et les projets de loi de financement de la sécurité sociale ne sont pas passibles de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009.

Les évaluations préalables présentées à l'appui de chacun des articles qui les composent sont souvent très succinctes et leur insuffisance ne peut, en tout état de cause, donner lieu à aucune « sanction » ni même demande de complément.

Les amendements présentés au cours de l'examen d'un texte ne font l'objet d'aucune étude d'impact obligatoire. Il est pourtant fréquent que des éléments importants de notre législation soient modifiés de la sorte. A titre d'exemple, la réforme de la taxe professionnelle par un amendement gouvernemental de plusieurs dizaines de pages en cours d'examen du projet de loi de finances pour 2010 aurait, de toute évidence, mérité une véritable étude d'impact.

Les propositions de loi, elles non plus, ne sont pas soumises aux dispositions de la loi organique du 15 avril 2009. Elles permettent ainsi, sous couvert d'initiative parlementaire, à un gouvernement et à sa majorité de « contourner l'obstacle ». La loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires (HPST) du 21 juillet 2009, issue d'un projet de loi déposé avant l'entrée en vigueur de la loi organique, fait l'objet dès 2011 d'une proposition de loi sénatoriale destinée à modifier certaines de ses dispositions. Il s'agit en particulier de revenir sur le contrat santé-solidarité (article L. 1434-8 du Code de la santé publique) avant même sa mise en application effective. Afin de lutter contre les « déserts médicaux » cet article permet aux directeurs d'agence régionale de santé de proposer aux médecins qui s'installent dans une zone où l'offre en médecine de premier recours est particulièrement élevée de consacrer une part de leur temps à contribuer à répondre aux besoins dans une zone où l'offre est insuffisante. La proposition de loi prévoit de supprimer la contribution forfaitaire annuelle dont doivent s'acquitter les médecins qui refusent de signer ce contrat ou ne respectent pas les obligations souscrites. Aucune étude d'impact n'avait été présentée à l'appui de la disposition initiale,

aucune n'est venue étayer la modification qui la prive de toute effectivité. Le débat législatif en a pâti.

Curieusement seuls les amendements d'origine parlementaire, à la demande de leur auteur, ou les amendements de la commission saisie au fond peuvent, selon l'article 15 de la loi organique, faire l'objet d'une évaluation préalable communiquée à l'Assemblée avant leur discussion en séance.

Dans ce cas le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) est saisi pour réaliser cette évaluation préalable. Mais le Règlement de l'Assemblée nationale prévoit, en son article 98-1, que « le défaut de réalisation, d'impression ou de distribution d'une évaluation préalable sur un amendement ne peut faire obstacle à sa discussion en séance publique ». Pour peu que le texte soit discuté selon la procédure accélérée, il y a peu de chance que les débats parlementaires aient l'occasion de prendre appui sur les conclusions de cette évaluation.

De fait, à ce jour, cette procédure n'a pas été utilisée, ou en tout cas menée à son terme, ne serait-ce que pour des raisons de délai, car c'est souvent au stade de la discussion en séance, ou au mieux en commission c'est-à-dire quelques jours avant la séance, qu'apparaît l'opportunité d'évaluer un amendement parlementaire. Il est alors trop tard pour le faire de manière utile.

Pour ce qui concerne les projets de loi directement concernés par l'article 8 de la loi organique, l'application du dispositif se heurte à la pratique institutionnelle de la Vème République. En effet, en cas de contestation d'une étude d'impact par des députés, il est peu probable que la majorité parlementaire refusera, pour ce motif, l'inscription à l'ordre du jour d'un projet de loi déposé par le gouvernement qu'elle soutient.

A cet égard le cas du projet de loi portant réforme des retraites est assez éclairant. Déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale le 13 juillet 2010 ce projet de loi particulièrement important et complexe était accompagné d'une étude d'impact de 88 pages que le Groupe socialiste, radical et citoyen a considérée comme nettement insuffisante et non-conforme aux prescriptions de la loi organique du 15 avril 2009 ainsi qu'aux critères établis par le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques.

Le Président de ce groupe d'opposition a donc saisi le président de l'Assemblée nationale le 20 juillet 2010 et celui-ci lui a répondu le 22 juillet qu'il convoquerait pour le 31 août 2010 la Conférence des Présidents afin que celle-ci se prononce, le délai de dix jours auquel elle est soumise se trouvant suspendu par le fait que le Parlement se trouvait hors session.

Le groupe d'opposition faisait notamment valoir que, contrairement aux prescriptions de la loi organique, les options alternatives au projet de loi du gouvernement étaient ignorées ou présentées de façon caricaturale. Le coût des mesures proposées était estimé de façon très succincte sans présentation des méthodes de calcul utilisées. Les travaux importants réalisés par le Conseil d'orientation des retraites (COR) auraient pourtant permis de construire de véritables démonstrations et l'avis du COR sur le schéma retenu par le gouvernement aurait été intéressant. L'étude d'impact ne traitait

aucunement des conséquences du projet, notamment du report des bornes d'âge, sur l'évolution du chômage, sur les régimes complémentaires de retraite, ou sur d'autres régimes sociaux (RSA...). Rien non plus quant à l'évolution du pouvoir d'achat des ménages, aux conséquences sur l'emploi public, ou à l'incidence sur l'égalité entre les femmes et les hommes.

S'agissant des consultations effectuées, l'étude se contentait de les mentionner en indiquant les votes intervenus sans présenter les avis exprimés notamment par les partenaires sociaux.

Toutes ces objections ont été présentées à la Conférence des présidents. Le président de la commission saisie au fond et le président du groupe majoritaire ayant indiqué que cette étude d'impact leur paraissait convenir, la procédure s'est arrêtée là. Une étude d'impact digne de ce nom aurait pourtant été bien utile, non seulement dans les débats parlementaires mais également pour les travaux d'évaluation qui vont commencer au Parlement.

Dans ce domaine comme dans d'autres le rôle du Parlement et l'importance prise par l'Assemblée dans le fonctionnement des institutions sont largement soumis à ce qu'il est convenu d'appeler le fait majoritaire. En réalité le devenir des études d'impact et leur usage, comme pour les travaux de contrôle et d'évaluation en général, dépendent largement de l'existence ou non d'une volonté politique de donner du poids au travail parlementaire. De fait, dix-huit mois après leur instauration, les études d'impact sont probablement utilisées par les administrateurs et assistants qui préparent les débats mais assez peu par les parlementaires eux-mêmes.

Pourtant les importants travaux d'évaluation et de contrôle accomplis et les outils à disposition des élus pour améliorer la pertinence et la qualité du travail législatif mériteraient une meilleure utilisation. Nombreux sont en effet les rapports qui, bien que reconnus par tous et adoptés à l'unanimité, sont restés sans suite.

La prise en considération de leurs recommandations aurait pourtant permis d'éviter bien des difficultés ultérieures.

Une des plus récentes illustrations nous est donnée par l'affaire dite du Médiator. Chacun s'accorde désormais à proposer des réformes souvent radicales dans le domaine du médicament en particulier et de la santé en général, que ce soit en termes d'organisation administrative, de modalités de prises de décision, de financement, ou pour la gestion des conflits d'intérêts, afin d'éviter qu'une telle situation ne se reproduise. Pourtant toutes ces mesures figuraient dans plusieurs rapports parlementaires sur le médicament, dont celui de 2008 établi par la MECSS (mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale) et les recommandations formulées n'ont connu aucune suite.

S'agissant des études d'impact il ne faudra donc pas se contenter de la loi organique du 15 avril 2009, mais faire la preuve, par une action quotidienne et persévérande, qu'elles constituent un élément majeur pour l'élaboration de lois de qualité et que chacun, exécutif comme législatif, peut y trouver son compte au service de l'intérêt général.

CHAPITRE 2

L'IMPACT SUR LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Études d'impact de l'article 39 de la Constitution et contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel

Valérie GOESEL-LE BIHAN

Professeur de droit public à l'Université Lumière-Lyon 2

Lorsque j'ai reçu, il y a quelques mois, un mail me demandant si j'acceptais de participer à la journée décentralisée consacrée aux études d'impact, j'ai commencé par penser que ma réponse serait négative, tant le temps laissé pour la confection d'une intervention était court. Puis j'ai changé d'avis, me disant qu'il y avait peut-être là une possibilité, en traversant la rue et comme le disait R. Barthes, de venir « rêver tout haut la recherche » : non pas de présenter un bijou ciselé, mais, avec un peu de savoir, de faire quelques remarques et poser quelques questions qui me sont venues à l'occasion de l'adoption et de l'entrée en vigueur de la révision de 2008 sur ce point.

Commençons par rappeler que l'article 39 al. 3 de la Constitution, dans sa nouvelle rédaction issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, prévoit que le dépôt des projets de loi doit répondre aux conditions fixées par une loi organique. La loi organique du 15 avril 2009 qui le met en oeuvre exige qu'ils fassent l'objet d'une étude d'impact. Son absence ou son insuffisance peut être sanctionnée par le Conseil constitutionnel en application du nouvel article 39 al. 4. Il doit alors être saisi – avant l'inscription du projet à l'ordre du jour et en cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement – par le Président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre et statuer dans un délai de 8 jours. L'absence d'une telle étude peut également être sanctionnée sur saisine de l'opposition dans le cadre de l'article 61 al. 2 ainsi que l'a jugé le Conseil dans sa décision du 11 février 2010, Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux²⁷⁴. En amont, c'est donc la Conférence des présidents de la première assemblée saisie qui dispose d'un délai de 10 jours suivant le dépôt du projet pour constater que les règles relatives à l'étude d'impact sont méconnues²⁷⁵ et empêcher ainsi l'inscription du projet à l'ordre du jour de l'assemblée.

²⁷⁴ Décision n° 2010-603 DC, JO du 17 février 2010, p. 2914. Sur la compétence du Conseil constitutionnel, v. l'article de J. Sirinelli, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *R.D.P.* 2010, p. 1367.

²⁷⁵ Le nouveau règlement de l'Assemblée nationale a prévu que le CEC (comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques) peut être saisi pour donner son avis sur l'étude d'impact transmise par le gouvernement.

Je ne vais pas vous parler de ce qui aurait pu exister, c'est-à-dire du contrôle par le Conseil constitutionnel de la proportionnalité des études d'impact elles-mêmes en application de la loi organique. Le respect par les études d'impact d'un principe de proportionnalité figurait certes dans le projet de loi organique. L'alinéa 4 de son article 7 prévoyait en effet que « la teneur de l'évaluation est fonction de l'ampleur de la réforme proposée et de son urgence ainsi que, le cas échéant, de l'importance de son incidence prévisible pour les comptes des administrations publiques ou du nombre de personnes directement concernées ». Il a toutefois été supprimé à l'initiative de la commission des lois au profit d'une énumération plus détaillée du contenu de l'évaluation. L'objectif était non seulement d'éviter « les études d'impact à deux vitesses », mais aussi l'incertitude liée à l'application de ce principe. Comme l'écrivait très clairement J.-L. Warsmann dans son rapport sur le projet de loi organique, « il paraît nécessaire de laisser le moins de place possible à une appréciation unilatérale, génératrice de contestations, et de fixer dans la loi organique le plus grand nombre de règles²⁷⁶ ».

Une telle substitution me paraît assez sage dans la mesure même où elle est possible, ce qui n'est justement pas le cas dans la plupart des autres hypothèses de mise en œuvre d'un contrôle de proportionnalité, en particulier en cas d'atteinte aux droits fondamentaux. Si l'on déplore en effet traditionnellement la marge d'appréciation que ce contrôle confère au juge dans ce dernier domaine, c'est en général pour déplorer aussitôt l'inexistence de toute autre technique qui pourrait avantageusement le remplacer : la proportionnalité y est telle qu'elle n'a pas d'alternative. Rien ne peut la remplacer, écrit le professeur allemand Rainer Arnold²⁷⁷. Tel n'est pas le cas ici... pour l'essentiel.

En effet, il reste quand même quelque chose de cette proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil. Lors de l'examen de la loi organique, celui-ci s'est en effet réservé la possibilité d'apprécier, en cas de dépôt tardif de tout ou partie d'un document constituant l'étude d'impact, « le respect des dispositions précitées de l'article 8 de la loi organique au regard des exigences de la continuité de la vie de la Nation »²⁷⁸. L'urgence reste donc bien susceptible, non de justifier des études d'impact allégées, mais le non-respect du calendrier normalement applicable : la condition de recevabilité du dépôt des projets de lois mue alors en obligation de dépôt de l'ensemble de l'étude au cours de la procédure législative²⁷⁹, le Conseil pouvant faire varier ses exigences en fonction de celles – antagonistes – de la continuité de la vie nationale.

²⁷⁶ Commission des lois, A. N., Rapport n° 1375, 07 janvier 2009.

²⁷⁷ En ce sens, v. mon rapport de synthèse sur les limites du contrôle de proportionnalité, *AJJC* 2009, p. 425.

²⁷⁸ Décision n° 2009-579 DC du 9 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, JO du 16 avril 2009, p. 6530.

²⁷⁹ Dans le sens du réalisme, une réserve de l'urgence devant en toute hypothèse être aménagée, v. le Rapport au Premier ministre du groupe de travail chargé d'une réflexion sur les suites du rapport 2006 du Conseil d'Etat, La Documentation française, p. 19.

Je souhaiterais plutôt vous entretenir du pont que l'on peut à mon sens jeter entre le contenu des études d'impact et le contrôle juridictionnel exercé sur le fond de la loi. Travaillant sur l'étendue exacte du contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, j'ai en effet été amenée à constater qu'il existait une parenté de limitation entre le contenu des études d'impact tel que défini par la loi organique de 2009 et l'étendue du contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel à partir de sa décision Rétention de sûreté en date du 21 février 2008²⁸⁰.

D'un côté, le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil sur les atteintes portées aux droits et libertés de valeur constitutionnelle s'est progressivement développé et a été rationalisé dans la décision précitée. A l'image du contrôle opéré par la plupart des Cours constitutionnelles ou quasi constitutionnelles européennes, il comprend aujourd'hui trois éléments différents :

- Premièrement, le contrôle de l'adéquation de la mesure : la mesure prise doit être appropriée à l'objectif poursuivi par le législateur. En d'autres termes, elle doit être a priori susceptible de permettre ou de faciliter la réalisation du but recherché par son auteur.

- Deuxièmement, le contrôle de la nécessité de la mesure : elle ne doit pas excéder – par sa nature ou ses modalités – ce qu'exige la réalisation du but poursuivi.

- Troisièmement, le contrôle de la proportionnalité stricto sensu : la décision ne doit pas, par les charges qu'elle crée, être sans commune mesure avec le résultat recherché.

Dans la jurisprudence du Conseil, le contrôle de la nécessité n'inclut en principe que le contrôle de la mesure prise, tant dans les garanties qu'elle offre que dans le champ d'application qui est le sien, qu'il soit matériel, personnel ou temporel ; la recherche d'une mesure alternative de nature différente est exclue. Le Conseil a maintes fois affirmé qu'il « ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient donc pas de rechercher si l'objectif que s'est assigné le législateur pouvait être atteint par d'autres voies dès lors que les modalités retenues par la loi déférée ne sont pas manifestement inappropriées à la finalité poursuivie ». Le contrôle opéré ne s'accompagne donc pas de la recherche d'une éventuelle autre voie, moins dommageable pour le ou les droits en cause. Il suffit que la mesure adoptée n'excède pas ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif poursuivi. La nécessité contrôlée par le Conseil peut donc à cet égard être qualifiée de restreinte : elle ne concerne que la mesure prise, le reste étant laissé à la libre appréciation du législateur.

Une exception à cette restriction du contrôle de la nécessité est toutefois apparue dans la décision relative à la rétention de sûreté. Le juge y affirme en effet « qu'en égard à la gravité de l'atteinte qu'elle porte à la liberté individuelle, la rétention de sûreté ne saurait constituer une mesure nécessaire que si aucune mesure moins attentatoire à cette liberté ne peut suffisamment prévenir la commission d'actes portant gravement atteinte à l'intégrité des personnes ». Cette exception a ensuite été

²⁸⁰ Décision n° 2008-562 DC, Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour trouble mental, *Rec.* p. 89.

étendue par la décision Hadopi²⁸¹ aux atteintes portées à l'exercice de la liberté de communication et rappelée – toujours à propos de cette liberté – dans l'une des premières décisions QPC rendues par le Conseil, celle du 28 mai 2010 Associations familiales²⁸² avant d'être à nouveau appliquée à la liberté individuelle dans la décision QPC du 26 novembre 2010, Hospitalisation d'office. Elle est donc devenue l'une des caractéristiques du régime de protection des libertés dites de « premier rang », c'est-à-dire des libertés les plus essentielles, liberté individuelle au sens large et liberté de communication.

Dans mon rapport à la Table ronde internationale de Justice constitutionnelle de 2009 portant sur le juge constitutionnel et la proportionnalité, je me demandais si cette nouvelle nécessité ne constituait pas une simple « version 2.0 » de la nécessité restreinte que je viens de décrire : le Conseil ne se contente-t-il pas d'exiger que le nouveau dispositif soit applicable uniquement si les autres mesures moins contraignantes imposées ou proposées par le droit en vigueur sont insuffisantes pour atteindre l'objectif recherché ? Si le terme de la comparaison est constitué par le seul droit applicable (en l'occurrence, s'agissant de prévenir la récidive, le droit positif comprend déjà une panoplie de mesures de sûreté et impose une prise en charge médicale des détenus concernés), le travail du Conseil se réduit alors à vérifier que les conditions d'application de la mesure nouvelle obéissent à l'exigence de « stricte nécessité ». Le contrôle de la loi ne serait donc pas exercé au regard des mesures simplement envisageables, c'est-à-dire celles auxquelles le Parlement aurait pu recourir mais qu'il n'a pas retenues. En d'autres termes, ce n'est pas la nécessité du dispositif lui-même – mais de sa seule application – qui serait contrôlée.

La décision Hadopi semble confirmer cette limite : le Conseil aurait pu – même s'il ne l'a pas fait en l'occurrence – contrôler que l'atteinte à la liberté de communication n'intervient qu'en dernier ressort dans le cadre d'une « riposte graduée » et permet même d'éviter – en tout cas dans la loi adoptée – l'application du délit de contrefaçon. Il aurait alors exercé la version 2.0 du contrôle de la nécessité restreinte, auquel la loi satisfaisait à l'évidence et dont les requérants ne demandaient même pas l'exercice, tant cette évidence était partagée. En revanche, le Conseil n'a pas recherché si d'autres dispositifs simplement potentiels – du type de la licence globale – n'étaient pas susceptibles – avec des contraintes moindres et peut-être de meilleurs résultats – d'aboutir à l'objectif poursuivi. Sur ce point, ce ne sont pas les conditions d'application de la loi examinée qui auraient livré la réponse au juge, mais l'analyse comparée des contraintes et des effets de cette dernière et de ceux de l'autre ou des autres dispositif(s) envisageable(s). Or, un tel contrôle n'a été exercé par le Conseil, ni dans sa décision Hadopi – la requête ne l'évoquait même pas – ni dans ses décisions antérieures ou ultérieures. Son exercice serait-il d'ailleurs souhaitable ? A l'évidence, seule une atteinte d'une particulière gravité à l'un des droits les plus précieux pourrait

²⁸¹ Décision n° 2009-580 DC, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, JO du 13 juin 2009, p. 9675.

²⁸² Décision n° 2010-3 DC, JO du 29 mai 2010, p. 9730.

justifier son introduction et conférer une légitimité suffisante à la plus grande restriction de la marge de pouvoir discrétionnaire du législateur qu'elle emporte²⁸³.

De l'autre côté, qu'en est-il des études d'impact qui doivent désormais accompagner les projets de lois ? L'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 dispose que « ces documents définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation. Ils exposent avec précision (...) l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus » pour les différents intéressés.

L'étude d'options, qui précède l'analyse d'impact, est donc limitée à la recherche de solutions autres que « la » solution législative : elle n'impose de recenser que les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles, et non les différentes options possibles de législation. En d'autres termes, la question à poser est : pourquoi une nouvelle loi plutôt que le droit en vigueur, et non pourquoi telle législation plutôt qu'une autre ?

Comment expliquer cette limitation ? Sans doute par le fait que l'objectif assigné aux études d'impact en France est pour l'essentiel de freiner l'inflation législative. La lecture du rapport Lasserre est d'ailleurs édifiante sur le point qui nous intéresse : son chapitre 2 relatif au contenu des études d'impact oppose « la » solution réglementaire aux autres solutions et insiste sur la nécessité d'analyser en quoi elle permet mieux d'atteindre l'objectif envisagé. L'étude des solutions réglementaires alternatives est entièrement passée sous silence²⁸⁴. S'il s'agit, comme le dit ce rapport, de « poser les bonnes questions » pour percevoir l'ampleur des impacts, la seconde – c'est-à-dire quelle réglementation choisir – n'en est manifestement pas une en France et ne mérite apparemment pas d'être posée. L'objectif est donc avant tout quantitatif – faire moins de lois – et non qualitatif – faire de meilleures lois.

Témoignent d'une même optique restrictive :

- le rapport public du Conseil d'Etat de 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit²⁸⁵ – et le rapport du groupe de travail de 2007 chargé d'une réflexion sur ses suites. La proposition de loi organique qui figure dans ce dernier fait d'ailleurs déjà référence aux seules « options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles »²⁸⁶ même si le guide méthodologique des études préalables qui l'accompagne est plus exigeant. Il préconise en effet l'examen d'au moins deux dispositifs réglementaires, un tableau de synthèse devant récapituler les avantages et les inconvénients prévisibles de chacun d'entre eux²⁸⁷.

- le rapport Balladur, qui fait sienne la position du Conseil d'Etat²⁸⁸

²⁸³ En ce sens, v. mon rapport, *AIJC* 2009, p. 191.

²⁸⁴ Rapport précité, p. 13 et 14.

²⁸⁵ La Documentation française, 2006, p. 300.

²⁸⁶ La Documentation française, 2007, Annexe II.

²⁸⁷ Document de travail, 2006, p. 11.

²⁸⁸ p. 38.

- et, enfin, le projet de loi organique déposé par le Gouvernement (qui entérine la formule restrictive des « options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles »).

Ce tableau général n'exclut pas quelques dissonances. On veut parler :

- de la circulaire Jospin du 26 janvier 1998²⁸⁹. En effet, même si elle n'a été que peu appliquée, sa rédaction est assurément moins restrictive : elle exige « l'exposé des différentes solutions possibles », « les principales solutions alternatives » devant également faire l'objet d'un bilan coût-avantage. Comme le note Rémi Bouchez dans sa contribution au rapport Mandelkern relative aux études d'impact, « par rapport à la circulaire de 1995²⁹⁰ (...) l'accent paraît surtout mis sur la meilleure qualité des décisions (« obtenir une meilleure adéquation des mesures proposées aux objectifs poursuivis ») plus que sur la réduction de leur quantité²⁹¹. Un dispositif plus ambitieux donc, mais en pratique souvent resté lettre morte, la plupart des études d'impact ne présentant pas de solutions alternatives.

- Plus proche de nous dans le temps, le rapport Warsmann sur le projet de loi organique contient également un point de vue hétérodoxe. Celui-ci émet en effet le vœu que l'évaluation préalable ne se borne pas à évoquer vaguement une seule autre option, mais présente « de manière objective les différentes voies qui permettraient de répondre aux objectifs définis préalablement ». Il précise même que serait « sans doute plus pertinent » le fait de « ne pas limiter l'exposé des options possibles aux seules options n'entraînant pas l'intervention de règles de droit nouvelles », mais sans donner aucune suite contraignante à ce point de vue dans les propositions d'amendements qui accompagnent le rapport. Sans doute le modèle britannique, dont il affirme s'inspirer, ne prévoit-il guère un tel exposé – seules « les options autres que la voie législative » doivent, selon lui, être exposées – à la différence de celui de la Commission européenne qu'il présente pourtant en parallèle – l'une des questions posées y est « quelles sont les principales possibilités d'action disponibles pour atteindre l'objectif poursuivi ? ».

Ainsi, et malgré ces quelques notes dissonantes, c'est bien une parenté d'angle mort que l'on observe : en l'état actuel du droit français, l'existence de solutions législatives alternatives n'est – ou ne doit être – prise en compte ni au stade de l'élaboration, ni au stade du contrôle de la loi. Et d'ailleurs, soit dit en passant, si l'on tient compte du point de vue de Jacques Arrighi de Casanova, qui, dans sa contribution au rapport Mandelkern, doute plus radicalement et pour la majeure partie des cas du caractère réaliste des alternatives à la réglementation²⁹², notre angle mort s'étend – sauf exception – à toute alternative. L'étude d'options se réduit alors, comme une peau de chagrin, à la présentation de la solution choisie, sur laquelle portera également – on y revient – le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil.

²⁸⁹ Circulaire relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'Etat.

²⁹⁰ Circulaire du Premier ministre du 21 novembre 1995.

²⁹¹ Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation, La Documentation française, 2002, p. 103.

²⁹² « Les alternatives à la réglementation », La Documentation française, p. 40.

Ainsi mise en lumière, cette parenté entre le contenu des études d'impact et l'étendue du contrôle exercé par le juge constitutionnel appelle deux réflexions :

- L'obligation de réaliser des études d'impact conforte à l'évidence le contrôle de proportionnalité déjà existant en donnant au juge des éléments d'information supplémentaires pour l'exercer, mais ne poussera pas dans le sens d'un accroissement (horizontal) de ses éléments. En d'autres termes, seuls le contrôle de l'adéquation et celui de la proportionnalité stricto sensu de la mesure prise pourront être nourris par l'étude préalable, non celui de la nécessité – en tout cas dès lors que des mesures alternatives simplement potentielles seraient susceptibles d'être prises en compte. Ce n'est déjà pas si mal : rappelons-le, la contribution carbone a été déclarée inconstitutionnelle suite à l'exercice du premier contrôle, c'est-à-dire pour inadéquation de son dispositif à l'objectif poursuivi²⁹³. L'on peut donc espérer que l'introduction de cette obligation aboutisse à de moins nombreuses censures de la part du Conseil, l'effort de rationalisation réalisé a priori récoltant ainsi ses fruits contentieux.

En revanche, une nouvelle loi Hadopi – rappelons aussi que celle en vigueur a en partie été déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de la proportionnalité au sens strict – ne pourrait pas davantage être analysée au prisme de la nécessité. En d'autres termes, les mesures alternatives, telle la licence globale, ne devront pas davantage être présentées et soumises à un bilan coût/avantage. Conclusion : hier, une absence totale d'étude d'impact pour l'adoption d'une telle loi, au grand regret de la CNIL, qui déplorait que les seuls motifs avancés par le gouvernement aient résulté de la constatation d'une baisse du chiffre d'affaire des industries culturelles ; aujourd'hui, une étude d'impact limitée à la mesure envisagée, les solutions autres que l'intervention de règles de droit nouvelles n'offrant guère de garanties suffisantes. Le progrès est réel mais limité et sans possible effet contentieux.

- Le droit français, et ce sera ma seconde réflexion, se distingue sur ce point de celui d'autres Etats. Je pense ici à l'Allemagne, Etat dans lequel cette double limitation n'existe pas. Non seulement la Cour constitutionnelle exerce un contrôle intégral de la nécessité des mesures législatives²⁹⁴, c'est-à-dire qu'elle recherche s'il n'existe pas une mesure alternative moins contraignante quelle qu'elle soit (donc, même hypothétique), mais elle a elle-même imposé au législateur de se livrer à – et de présenter – une étude préalable des ces options. Dans cet Etat, il y a donc aussi une parenté, mais cette fois d'absence d'angle mort, d'autant plus que c'est la Cour elle-même qui a imposé cette contrainte de méthode législative au Parlement. La condition de recevabilité a donc succédé au contrôle contentieux. Il s'agissait à la fois pour la Cour – si l'on en croit le professeur suisse Charles-Albert Morand qui étudie cette jurisprudence dans un article intitulé « les exigences de la méthode législative et du droit constitutionnel portant sur la formation de la législation »²⁹⁵ – de se mettre en situation d'exercer son contrôle de

²⁹³ Déc. n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, Loi de finances pour 2010, JO du 31 décembre 2009, p. 22995.

²⁹⁴ Sur le contrôle de la nécessité exercé par le Cour constitutionnelle allemande, v. le rapport de R. Arnold, *AIJC* 2009, p. 119.

²⁹⁵ *Droit et société*, 1988, p. 407.

fond et d'en limiter l'étendue en laissant au législateur l'essentiel du pouvoir d'analyse des situations complexes. En France, si l'on extrapole, le pouvoir constituant n'a donc pas mis le Conseil constitutionnel en situation d'exercer un contrôle élargi, mais a au contraire épousé le champ limité du contrôle actuel.

Deux questions se posent alors :

- La pratique a-t-elle respecté cette limitation et la respectera-t-elle à l'avenir ? Un début de réponse se trouve dans le rapport d'information sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi, fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle (CEC) par les députés Claude Goasguen et Jean Mallot en date du 19 novembre 2009. De façon générale, cette réponse semble négative, puisque le rapport déplore que « l'exposé de la problématique, des objectifs poursuivis et du dispositif juridique finalement retenu occupent le plus souvent une place prépondérante » dans les études d'impact déjà réalisées « au détriment de l'étude des options alternatives » en l'occurrence non législatives. Il mentionne toutefois « la spécificité de celle qui a été jointe au projet de loi portant réforme des jurisdictions financières, déposé sur le bureau de l'Assemblée le 28 octobre 2009. Si le recours à la loi découle pour partie d'une norme supérieure – l'article 47-2 inséré dans la Constitution à l'occasion de la révision du 23 juillet 2008, qui a modifié les missions assignées à la Cour des comptes –, le Gouvernement a néanmoins opportunément envisagé plusieurs scénarios : l'opportunité d'une réforme législative structurelle et complète est défendue contre le choix de deux réformes législatives moins ambitieuses ». Une telle étude d'option n'est donc pas totalement absente des études d'impact déjà réalisées et, lorsqu'elle est opérée, est appréciée par les parlementaires.

- Le droit pourrait-il évoluer sur ce point ? Serait-ce là le moyen de réconcilier une partie des parlementaires avec ces études ou, au contraire, y aurait-il là une raison supplémentaire pour ceux-ci de les rejeter ? Le risque serait évidemment qu'elles soient perçues encore davantage comme des analyses d'impact de la politique envisagée et, donc, considérées comme illégitimes dès lors qu'elles sont réalisées par des instances non politiques²⁹⁶, de surcroît non indépendantes. En d'autres termes, qu'elles soient perçues comme une victoire supplémentaire de la technocratie sur le champ propre du politique. A moins que, comme dans certains pays où les majorités sont traditionnellement de coalition, elles permettent d'enrichir le débat politique et d'amender les projets déposés par le gouvernement²⁹⁷.

C'est sur ces considérations que ma réflexion s'est achevée, car une autre question s'est rapidement posée : était-ce encore la recherche que j'étais en train de rêver tout haut ? N'était-ce pas plutôt la politique, une autre politique qui saurait davantage s'interroger et faire le pari de l'intelligence, avant que ses premiers contours ne soient dessinés et que le Parlement entre en scène ?

²⁹⁶ En ce sens, mais à propos des objectifs poursuivis, v. le rapport Lasserre, La Documentation française, 2004, p. 8.

²⁹⁷ En ce sens, v. l'expérience danoise telle que relatée dans le rapport Lasserre précité, p. 49.

CHAPITRE 3

L'IMPACT SUR LE DROIT CONSTITUTIONNEL

L'analyse économique des projets de loi dans les études d'impact - Bilan critique du droit constitutionnel économique émergent

Jean-François KERLÉO

ATER à l'Université Jean Moulin-Lyon 3

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a inséré une nouvelle formule elliptique à l'article 39 § 3 de la Constitution française précisant que « la présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique ». N'apparaissant pas formellement dans la Constitution, c'est donc la loi organique du 15 avril 2009 qui précise les conditions de dépôt des projets de loi et impose, outre un exposé des motifs, la présence d'une étude d'impact²⁹⁸. Les documents la composant « définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à une nouvelle législation ». L'article 8 de la loi organique prévoit les rubriques constituant le contenu de l'étude d'impact. Parmi celles-ci, on trouve « l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue ». Bien que la loi organique ne la distingue pas des autres, la rubrique économique mérite de retenir l'attention.

La place de l'analyse économique varie selon les études d'impact. Si elle peut faire l'objet d'une rubrique à part entière, elle est souvent traitée en même temps que l'analyse des autres conséquences du projet de loi. Par ailleurs, les conséquences proprement économiques de ce dernier sont difficiles à spécifier. Ainsi l'analyse économique recoupe-t-elle parfois la rubrique concernant les conséquences du projet de loi sur l'emploi public – lorsqu'elle traite de l'allocation des ressources sur

²⁹⁸ Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, JORF, n° 89, 16 avril 2009, p. 6528.

le marché²⁹⁹ – ou celle de l’impact environnemental – la modification du système de prix de tel ou tel produit peut entraîner des conséquences sur la protection de l’environnement³⁰⁰. Les impacts économique et financier – généralement analysés dans une même rubrique – se confondent lorsque l’impact économique de la loi a pour conséquence une diminution des charges ou une multiplication des recettes publiques. En ce sens, les coûts de transaction sur un marché entraînent de nouvelles modalités financières, soit plus avantageuses pour les administrations publiques, soit qui aggravent les charges publiques³⁰¹. A l’inverse, l’économie se lit souvent en filigrane derrière les développements financiers des études d’impact³⁰². Néanmoins, l’analyse économique ne devrait pas se confondre avec l’analyse financière des études d’impact³⁰³. Leurs objectifs divergent. Tandis que la seconde prévoit les économies faites par les administrations publiques et l’impact de la loi sur leur budget, la première prévoit l’impact de la loi sur le marché économique et son influence sur l’allocation des ressources entre les opérateurs économiques. Dès lors, les personnes concernées changent dans l’un et l’autre cas : le critère financier intéresse les personnes publiques tandis que le critère économique s’adresse davantage aux personnes privées (les agents économiques).

« Outil de décision permettant d’analyser les retombées potentielles de l’action publique et de communiquer en temps utile cette information aux décideurs, voire, le cas échéant, au public »³⁰⁴, l’étude d’impact contient une analyse des effets de la future loi sur le marché économique ayant pour objet de justifier de son intérêt. On voit bien apparaître une analyse économique du droit (de la loi) au sein du droit constitutionnel positif, un droit constitutionnel économique. La science

²⁹⁹ V. par exemple l’étude d’impact de la loi n° 2011-6 du 3 janvier 2011 *autorisant l’approbation de l’accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Cap-Vert relatif à la gestion concertée des flux migratoires et au développement solidaire*. Le critère de l’emploi public est souvent directement intégré à la rubrique consacrée à l’économie, V. par exemple l’étude d’impact de la loi n° 2011-207 du 25 février 2011 *autorisant la ratification des statuts de l’Agence internationale pour les énergies renouvelables* (IRENA).

³⁰⁰ Sur ce point, V. par exemple, l’étude d’impact de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 *portant nouvelle organisation du marché de l’électricité*. A l’inverse, les projets de loi relatifs à l’environnement ont un impact économique en favorisant le développement du marché national des énergies renouvelables (étude d’impact de la loi n° 2011-207 du 25 février 2011 *autorisant la ratification des statuts de l’Agence internationale pour les énergies renouvelables* (IRENA)).

³⁰¹ Sur ce dernier point, on peut citer l’étude d’impact de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 *de régulation bancaire et financière*. En effet, il s’agit de prévoir de nouveaux modes de régulation économique en réaménageant le marché bancaire et financier et en prévoyant le financement escompté de ces nouvelles modalités.

³⁰² Les lois de finances ont un impact significatif évident sur l’économie nationale. Or, les études d’impact des lois de finances ou de financement de la sécurité sociale ne comportent aucune rubrique distincte relative à l’économie. Celle-ci se retrouve intégrée aux développements sans constituer une rubrique à part entière. V. Études d’impact de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 *de finances pour 2011* ; loi n° 2010-1645 du 28 décembre 2010 *de programmation des finances publiques pour les années 2011 à 2014* ; loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 *de financement de la sécurité sociale pour 2011*.

³⁰³ Pour un exemple de confusion entre l’analyse économique et budgétaire, voir l’étude d’impact sous la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 *relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique*.

³⁰⁴ *Guide pour l’élaboration des textes législatifs et réglementaires*, La Documentation française, Paris, 2005, p. 13.

constitutionnelle intègre elle aussi dorénavant les préoccupations économiques à son analyse des procédures d'élaboration de la loi. Ainsi assiste-t-on à une évolution favorable à la prise en compte de l'économie par les juristes, aujourd'hui incontournable selon certains auteurs³⁰⁵. S'il est possible de parler de « droit constitutionnel économique », il n'est pas question de « Constitution économique », ne serait-ce que parce que les études d'impact ne sont pas mentionnées dans la norme suprême. Surtout, la Constitution française n'a rien à voir avec la notion de Constitution économique souvent appliquée au droit communautaire et qui peut se définir comme « l'ensemble des normes juridiques qui précisent et ordonnent le cours du processus économique dans un ensemble économique donné »³⁰⁶. En ce sens, la Constitution économique constitue un système de normes impératives régissant – voire constituant – l'ordre économique. Or, on ne peut établir que la Constitution française organise et structure le système économique³⁰⁷, ni même qu'elle lui donne une orientation politique spécifique. En revanche, le lien est nettement plus évident entre l'approche retenue par les études d'impact et le courant américain de l'analyse économique du droit (AED)³⁰⁸ : il s'agit dans les deux cas de rechercher la meilleure allocation des ressources et leur maximisation attendue ainsi que de produire un contexte informationnel pour les opérateurs économiques sur le marché³⁰⁹.

Né aux Etats-Unis, le courant de l'analyse économique du droit(AED) a connu un vif succès dès son apparition au milieu du siècle dernier³¹⁰. Il a pris son essor à partir de la publication de deux articles fondateurs, l'un de Ronald Coase, l'autre de

³⁰⁵ E. Mackaay, « Le juriste a-t-il le droit d'ignorer l'économiste ? », *RRJ*, 1987, p. 419.

³⁰⁶ L.-J Constantinesco, « La constitution économique de la CEE », *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1977, p. 249. V. également, T. Georgopoulos, « Sur le concept de « constitution économique de l'Union européenne » », in O. Debarge, T. Georgopoulos, O. Rabaey *La constitution économique de l'Union européenne*, Bruylants, 2008, Bruxelles, p. 3 ; H. Rabault, « La constitution économique de la France », *RFDC*, n° 44, 2000, p. 707.

³⁰⁷ Néanmoins, comme le souligne le professeur Constantinesco, « La Constitution économique n'est pas un ensemble de normes constitutionnelles, mais un complexe de normes juridiques déterminant et régissant le déroulement du processus économique. Au sens matériel, la Constitution économique est donc l'ensemble des normes établissant les structures précisant les facteurs économiques, leurs fonctions et spécifiant les règles, régissant le déroulement du processus économique qu'il soit ou non contenu dans un document constitutionnel » (*op. cit.*, p. 251). Dès lors, ce que l'on appelle Constitution économique ne correspond pas à la notion de Constitution formelle au sens juridique.

³⁰⁸ Il faut distinguer l'analyse économique du droit du droit économique qui constitue une branche de la matière juridique et qui a surtout été théorisée dans la pensée allemande. Pour une synthèse de ce mouvement doctrinal en France, C. Champaud, « Contribution à la définition du droit économique », *Dalloz*, 1967, chron., p. 215 ; G. Farjat, *Pour un droit économique*, PUF, coll. Les voies du droit, Paris, 2004.

³⁰⁹ Il n'est pas question ici de s'attarder sur les polémiques concernant l'objet de l'analyse économique du droit. On peut rappeler succinctement que James Buchanan, contrairement à Richard Posner, considère que l'analyse économique n'est pas la science des choix (l'allocation des ressources) mais une théorie des marchés, c'est-à-dire de l'échange. J. Buchanan, « What should economist do? », *The Southern Economic Journal*, vol. 30, January 1964, p. 213 ; « Economic in the post-socialist century », *The Economic Journal*, vol. 101, January 1991, p. 15.

³¹⁰ E. Maackay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., Paris, 2008.

Guido Calabresi³¹¹. Il se fonde sur le modèle économique néo-classique³¹² et applique les méthodes et les concepts économiques à l'étude du droit tout en mettant l'accent sur les effets économiques des règles juridiques. L'analyse économique repose sur l'idée que les règles de droit sont (en ce qui concerne la *Common Law*³¹³) ou doivent être (en ce qui concerne la *Civil Law*³¹⁴) orientées vers l'efficience économique. Celle-ci se traduit de plusieurs manières selon les auteurs de référence et leurs courants de rattachement. Dans la lignée de l'auteur le plus représentatif, l'américain Richard Posner³¹⁵, l'efficacité économique correspond à la maximisation de la richesse³¹⁶. Reprenant les conceptions du réalisme juridique américain développées par le juge Holmes, Richard Posner se fonde sur l'incomplétude et la non-autonomie de la discipline juridique envisagée comme une activité professionnelle pour octroyer à la science économique la tâche de combler le vide inhérent au droit. Dans cette optique, le droit, considéré comme le produit de l'interprétation du juge, doit être orienté, à partir de données économiques, vers la recherche de la maximisation de la richesse³¹⁷. Cette conception est cependant loin d'être partagée par l'ensemble des économistes. Sous l'apparence d'unité de l'AED se profile une multitude de théories économiques différentes qui ont, soit précédé les thèses de Posner (l'école autrichienne, l'école du *Public Choice*, l'école de Chicago dont se revendique ce dernier), soit succédé à celles-ci (économie du droit comportemental, économie des contrats incomplet, etc.). Cependant, la plupart des théories qui s'appuient sur la démarche de l'AED se rejoignent sur quelques points épistémologiques fondamentaux

³¹¹ R. Coase, «The Problem of Social Cost», *Journal of Law and Economics* Vol. 3, n° 1, 1960, pp. 1-44 ; G. Calabresi, « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts », *Yale Law Journal*, Vol. 70, n° 4, 1961, pp. 499-553.

³¹² L'école économique néo-classique désigne les nombreux courants théoriques qui s'occupent de la formation des prix sur le marché ainsi que de la production et de la distribution des revenus par le prisme de la technique de l'offre et de la demande. De nombreux auteurs de l'AED se rattachent aux présupposés théoriques de cette école mais pas tous. Ainsi l'école autrichienne et son chef de fil l'économiste Friedrich Hayek dont il sera question à plusieurs reprises rejettent-ils plusieurs présupposés de l'école néo-classique.

³¹³ Richard Posner postule effectivement la supériorité de la *Common Law* quant à la maximisation des satisfactions individuelles. L'analyse économique de Richard Posner se fonde sur l'efficacité d'un système juridique dominée par la figure du juge. R. A Posner, «The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication », *Hofstra Law Review*, n° 8, 1980, pp. 487 et s.; S. Harnay, A. Marciano, *Posner. L'analyse économique du droit*, Michalon, coll. Le bien commun, Paris, 2003, pp. 93 et s.

³¹⁴ Sur ce point, on peut lire, E. Mackaay, L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. Deffains (dir.), Editions Cujas, Centre de recherches et de documentation économiques de l'Université de Nancy 2, 2001, Paris, p. 11.

³¹⁵ Pour une étude de la théorie de Posner, son approche pragmatique et sceptique, ses évolutions et parfois contradictions, S. Harnay, A. Marciano, *Posner. L'analyse économique du droit*, Michalon, coll. Le bien commun, 2003, Paris.

³¹⁶ R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolthers Kluwer, 7^e ed., Boston, 2007. Tous les auteurs ne sont évidemment pas partisans de cette théorie et lui préfèrent des variantes telles que l'utilité économique, les préférences économiques, etc. Il s'agit de conceptions différentes de l'idée d'efficience économique.

³¹⁷ Le travail et l'importance du juge dans l'approche posnérienne est développée dans R. A. Posner, *Overcoming Law*, Harvard University Press, 1995.

que sont le rationalisme des acteurs et le conséquentialisme économique de l'évaluation³¹⁸.

Selon l'AED, l'interprétation de la loi est dictée par la nécessité d'une application économiquement efficiente, à partir de méthodes et de calculs propres à la science économique. Ainsi devrait-on retrouver dans les études d'impact à la fois la raison d'être économique des règles juridiques, une évaluation de l'efficacité économique des mécanismes juridiques mis en place par la loi ainsi qu'une identification des mécanismes économiques par lesquels est né le projet de loi. Or, on s'aperçoit très vite à la lecture des premières études d'impact qu'aucune d'entre elles n'accorde une place suffisante à l'une de ces trois dimensions. Si l'AED comme l'analyse économique contenue dans les études d'impact des projets de loi ont toutes deux pour objet d'évaluer les conséquences économiques d'une norme juridique, la comparaison de l'une et de l'autre conduit à mettre en exergue un certain nombre de différences et finalement à souligner les insuffisances de l'évaluation française. Pour ce faire, il convient d'étudier, dans un premier temps, la portée de l'analyse économique proposée par les études d'impact (I), puis dans un second temps, le contenu à proprement parler de l'évaluation du projet de loi (II). Cette approche comparative fera apparaître que les études d'impact constituent une justification politique des projets de loi à l'attention des parlementaires et que, loin de renouveler le dogmatisme méthodologique des juristes français, elles le renforcent au contraire.

I. La portée de l'analyse économique des études d'impact : une justification politique des projets de loi à l'attention des parlementaires

Les études d'impact ont pour objet d'évaluer les projets de loi et rien d'autre. L'analyse économique est donc ancrée dans la norme législative et intervient avant son adoption par le Parlement. Elle ignore le rôle du juge, conformément à une certaine tradition française et contrairement à la conception posnerienne selon laquelle le droit se limite à ce que dit le juge (A). Cette caractéristique rejaillit nécessairement sur la portée de l'analyse économique des études d'impact. l'AED comme l'analyse économique des études d'impact présentent la même ambiguïté résultant de la confusion malheureuse des caractères descriptif et prescriptif des évaluations auxquelles elles procèdent (B).

A. UNE ÉVALUATION ÉCONOMIQUE INDIFFÉRENTE A L'APPLICATION FUTURE DE LA LOI PAR LES ACTEURS ÉCONOMIQUES ET LE JUGE

La première particularité de l'analyse économique des études d'impact relève de la norme qu'elle évalue, à savoir la loi. Il s'agit de justifier les projets de loi vis-à-

³¹⁸ Ces deux points seront repris et analysés au cours de cette étude. On ne s'attardera donc pas pour le moment sur leur définition qui sera évoquée *infra*.

vis du Parlement dans le but de garantir son adoption. Dans ce contexte, l'analyse économique est indifférente à toute application future de la loi par le juge et ignore le rôle de l'interprétation que ne néglige pas, au contraire, l'AED, surtout depuis Richard Posner. Ainsi l'analyse économique des études d'impact se combine-t-elle avec les présupposés idéologiques français qui restent très largement attachés au légitimisme. Il n'est fait aucune allusion au pouvoir d'interprétation du juge dans l'évaluation économique du droit³¹⁹, la loi représentant la règle dans laquelle l'ensemble du droit est contenu et dont sont déduites les solutions d'espèce. Par conséquent, l'analyse économique des études d'impact se rapproche davantage de la pensée d'auteurs tels que Friedrich Hayek et James Buchanan que de celle de Richard Posner³²⁰.

Influencé par la philosophie des Lumières, James M. Buchanan, chef de file de l'école du *Public Choice*, envisage la Constitution comme un contrat social à partir duquel dérivent les lois dont le but consiste à organiser la production de biens publics. C'est ce qu'il appelle le rôle producteur de l'Etat – qu'il ne faut pas confondre avec son rôle protecteur – et qui constitue le niveau d'application des choix collectifs représentés dans le contrat social. Or, la production ne relève pas du droit mais de la politique ; le droit, incarné dans le rôle protecteur de l'Etat, est constitué des accords contractuels passés entre les acteurs économiques selon les procédures constitutionnelles. La protection résulte, selon J. M. Buchanan, du rôle du juge qui consiste uniquement en la surveillance du respect des engagements contenus dans les choix collectifs : le droit existe « pour garantir le respect des engagements au contrat »³²¹. Les choix collectifs reposent sur le législateur, seul compétent pour évaluer les effets économiques désirables dans la société tandis que le juge se limite à une stricte application des règles, ce qui exclut toute prise en compte de son pouvoir d'interprétation. En France, la loi joue un rôle identique de représentation de l'intérêt général qui s'impose au juge contraint de s'incliner devant l'expression de la volonté générale. L'analyse économique du droit à la française se rapproche des auteurs de l'école du *Public Choice* qui, bien que réfléchissant sur le droit en économistes, s'intéressent aux questions juridiques du vote, du Lobbying, des coalitions politiques, etc³²². Une telle approche ne manque pas de rappeler certaines résurgences idéologiques françaises. On voit bien apparaître un « droit constitutionnel économique » accordant une considération nouvelle à l'économie dans l'étude de la Constitution-contrat social. Mais, loin de représenter un rôle de premier plan, l'économie s'intègre à la structure constitutionnelle de l'Etat sans la modifier ni même réellement l'influencer. La prise en compte de l'économie reste prisonnière des représentations juridiques idéales des juristes.

³¹⁹ Sur ce point, A.-S. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préf. G. Canivet, LGDJ, coll. Droit et économie, Paris, 2008.

³²⁰ Sur les différences qui opposent la théorie de Posner à celles de Hayek et de Buchanan, S. Ferey, *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylants, coll. Economie et Droit, Bruxelles, 2008, pp. 123-165.

³²¹ J. M. Buchanan, *Les limites de la liberté*, Litec, Paris, 1992, p. 79.

³²² V. par exemple, D. Mueller, *Public Choice III*, Cambridge University Press, 2003, Cambridge.

Par ailleurs, l'analyse économique des études d'impact recoupe certains principes de la pensée de l'économiste viennois Friedrich Hayek. Celui-ci postule la supériorité des règles de droit abstraites et générales sur les règles concrètes³²³. Une telle conception rejoint la pensée française qui fait primer la loi – norme générale et abstraite – sur toute autre norme juridique. Dès lors, l'ordre économique est organisé par des règles de conduite qui permettent aux acteurs d'agir : ces règles constituent des outils de pacification sociale et stabilisent les attentes mutuelles sur les relations et les comportements des agents. De la même façon, l'analyse économique des projets de loi construit des modèles d'actions pour les acteurs économiques destinataires de la norme, ce qui permet une coordination de leurs comportements respectifs, l'objectif de la loi étant d'apporter une certaine stabilité de l'ordre économique. La démarche proposée par l'analyse économique des études d'impact reste fortement dépendante de la conception française de la loi. L'économie se retrouve intégrée à une conception élargie de l'intérêt général directement axée sur la norme législative³²⁴. En d'autres termes, l'analyse économique renforce la puissance (voire la majesté) de la loi en lui garantissant une certaine rationalité économique propice à la stabilité recherchée par Friedrich Hayek. La loi émerge de raisons économiques qui constituent de nouvelles composantes de l'intérêt général. Loin de transformer ou de questionner les représentations du droit, l'analyse économique des études d'impact participe à leur légitimation.

L'approche française et la théorie de l'école autrichienne (tout comme celle du *Public Choice* d'ailleurs) se rapprochent également en ce qu'elles ignorent le rôle primordial de l'interprétation par le juge³²⁵. Le caractère *a priori* de l'analyse économique démontre que le système juridique reste fondé sur la loi et que la marge d'appréciation du juge est limitée à l'évaluation préalable. Le rapport de l'analyse économique au projet de loi reste ambigu. L'étude d'impact tend plus à définir (ou révéler) les fins exigées de la loi dans une optique téléologique qu'à rechercher les moyens de réaliser les dispositions qu'elle contient³²⁶. En d'autres termes, la loi constitue le moyen de réaliser les objectifs définis dans l'étude d'impact. A ce titre, les modèles de conduite exposés par l'analyse économique semblent déterminer à l'avance toute application de la loi : l'analyse économique fige la loi dans une situation immuable, les effets attendus s'apparentant plutôt aux effets exigés de celle-

³²³ F. A. Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, PUF, Paris, 1995, p. 21 et s. Cet aspect est déjà évoqué dans son ouvrage précédent, F. A. Hayek, *La Constitution de la liberté*, Litec, Paris, 1994.

³²⁴ Ainsi par exemple les nombreuses lois de ratification des accords internationaux permettent-elles d'intégrer les considérations économiques par le biais de la loi et non, paradoxalement, par l'intermédiaire de l'accord international lui-même.

³²⁵ Hayek s'est aperçu de cette carence sans chercher pour autant à intégrer les théories de l'interprétation à son épistémologie. Le sens des règles peut effectivement entraîner différentes opinions, dans ce cas, « Ce n'est que lorsque les intelligences individuelles commenceront à différer d'une façon significative qu'il deviendra nécessaire d'exprimer ces règles sous une forme permettant de les communiquer et de les enseigner explicitement, de corriger les comportements déviants et de décider entre opinions différentes sur la conduite à venir » (F. A. Hayek, *Droit, Législation et Liberté*, PUF, Paris, 1995, p. 51).

³²⁶ Selon les études d'impact, le projet de loi a pour but de développer tel ou tel marché économique, d'instaurer un partenariat économique entre deux Etats sur un secteur déterminé, d'accroître la concurrence, etc.

ci. Pourtant, les règles générales et abstraites sont vouées à être interprétées par les acteurs économiques et par le juge. Les fins exposées dans l'analyse économique sont tout autant que la loi elle-même soumises à leur interprétation. Dès lors, la stabilité économique tant escomptée dans la théorie de F. A. Hayek est mise à mal : un même projet de loi peut être à l'origine de multiples modèles de comportements. Par ailleurs, l'étude d'impact n'envisage pas non plus toutes les situations délicates dans lesquelles les acteurs de l'application de la loi s'affrontent (le *bad man* du juge Holmes que l'on retrouve devant les tribunaux). En d'autres termes, les études d'impact sont exclusivement mues par le désir d'exposer succinctement les motivations économiques du projet de loi afin de convaincre les parlementaires du bien-fondé de son adoption.

L'attachement viscéral à la loi de l'analyse économique des études d'impact représente une manière d'intégrer les considérations économiques à l'intérêt général sans que celui-ci perde son caractère transcendant³²⁷. Ainsi l'analyse économique des études d'impact s'inscrit-elle en porte à faux avec l'instrumentalisme des normes juridiques postulées par l'AED³²⁸. Par ailleurs, le fait que l'analyse économique s'effectue en amont de l'adoption de la loi renforce le mythe du syllogisme. Les études d'impact masquent mal le rôle créateur de l'application au profit d'une représentation juridique quelque peu surannée de la loi comme norme exclusive de la régulation sociale. Or, l'AED renverse le syllogisme en ne fondant pas la validité (ou la légitimité) du droit sur la conformité de la norme inférieure avec la norme supérieure mais soumet le droit, dans son ensemble, à une fin que l'on peut traduire par l'expression générique d'efficience économique. A ce titre, les schémas intellectuels classiques qui continuent d'envahir la pensée juridique française constituent autant de « forces de résistance »³²⁹ à l'intégration de l'AED³³⁰. *In fine*, au lieu de permettre une évolution des dogmes juridiques, l'analyse économique les consolide en favorisant l'interventionnisme de l'Etat et les représentations françaises

³²⁷ La loi continue de transcender les particularismes pour représenter et garantir des valeurs supérieures : « La tradition civiliste oppose en effet (...) une conception plus noble tant de la rationalité humaine que des règles juridiques, dont la vocation est d'élever la conscience de l'homme vers des valeurs qui dépassent précisément la recherche du gain » (H. Muir Watt, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, *op. cit.*, p. 40). V. également, B. Oppetit, « Droit et économie », in *Droit et économie*, APD, tome 37, 1992, p. 17.

³²⁸ Sur la question de l'instrumentalisme du droit dans le courant de l'AED, L. Kornhauser, *L'analyse économique du droit. Fondements juridiques de l'analyse économique du droit*, Michel Houdiard Editeurs, coll. Essais, Paris, 2010.

³²⁹ H. Muir-Watt, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, *op. cit.*, p. 37.

³³⁰ De nombreuses forces de résistance empêchent l'analyse économique du droit de pénétrer efficacement la pensée juridique française. Selon Christophe Jamin, « ce qui empêche en définitive l'analyse économique du droit de s'imposer, c'est donc bien une très ancienne tradition dogmatique qui privilégie l'étude des textes, mais aussi un vieux fond moraliste qui n'a jamais été favorable à l'économie ». L'auteur considère que l'analyse économique du droit est trop associée à l'idéologie libérale pour que les juristes s'y attachent. C. Jamin, « Economie et droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Allard, S. Rials (dir.), Quadrige, Lamy-PUF, Paris, 2003, p. 580. Sur ce point, V. également H. Muir-Watt, « Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil », in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, B. Deffains (dir.), Editions Cujas, Centre de recherches et de documentation économiques de l'Université de Nancy 2, Paris, 2001, p. 37.

du droit sous couvert d'une nouvelle exigence de motivation. En d'autres termes, l'analyse économique est utilisée comme une justification politique du projet de loi dont elle renforce la légitimité.

B. UNE ÉVALUATION ÉCONOMIQUE ENTRE DESCRIPTION SCIENTIFIQUE ET PRESCRIPTION JURIDIQUE

L'analyse économique des études d'impact comme l'AED cherchent plutôt à (im)poser une vérité scientifique³³¹. Ce qui est prédit résulterait d'un calcul objectif présentant de manière neutre les coûts et avantages économiques du projet de loi³³². A partir de modèles économiques, et non du simple énoncé de la loi nécessairement soumis à interprétation, l'analyse économique anticipe sur l'application de la loi³³³. Chez Richard Posner, ces modèles doivent énoncer l'interprétation optimale de la règle de droit à laquelle doivent adhérer ses destinataires (les juridictions selon l'auteur américain). Encore faut-il que cette évaluation économique soit exhaustive. Or, et on le verra plus loin, le contenu des études d'impact se révèle sur ce point très lacunaire. Il se limite à proposer un unique modèle exposant l'efficacité économique de la loi. A ce titre, l'analyse économique reste fortement abstraite et s'avère indémontrable. Dès lors, l'approche scientifique neutre et objective des études d'impact s'en trouve largement affaiblie. La préiction risque fortement d'être démentie par l'application future de la loi. On devrait plutôt parler d'une prise de position idéologique que quelques formules succinctes cherchant le sceau de la scientificité viendraient étayer³³⁴.

L'intérêt de l'étude d'impact, pour l'auteur du projet de loi, réside dans l'influence qu'elle peut exercer sur les destinataires de la loi. En effet, les études d'impact constituent une interprétation politique et non scientifique de l'énoncé du projet de loi. Or, toute interprétation est constructive, c'est-à-dire qu'elle construit et oriente son objet en fonction de ses propres présupposés. En d'autres termes, l'analyse économique des études d'impact possède un caractère performatif³³⁵. Ainsi, l'étude d'impact qui déclare que « La vocation de ce projet de loi vise la répression d'actes

³³¹ Sur la question de la scientificité de l'analyse économique du droit, M. Deschamps, F. Marty, « L'analyse économique du droit est-elle une théorie scientifique du droit ? », *RRJ*, n° 5, 2008, p. 2541.

³³² De manière générale, Richard Posner, qui reprend la vision prédictive de la théorie économique des incitations de Gary S. Becker, considère que « le droit n'est que ce dont on anticipe qui sera dit par le juge » (cité par S. Harnay, A. Marciano, *Posner. L'analyse économique du droit*, op. cit., p. 22). De même, à propos de la norme jurisprudentielle, Guy Canivet écrit qu'il faut « anticiper la façon dont les sujets de droit ou les agents économiques réagissent et intègrent dans leurs choix stratégiques l'incidence économique des règles de droit » (« La pertinence de l'analyse économique du droit : le point de vue du juge », *Les Petites Affiches*, n° 99, 19 mai 2005, p. 23).

³³³ Plusieurs études d'impact traitent des « perspectives » attendues en matière économique. V. par exemple l'étude d'impact de la loi n° 2011-5 du 3 janvier 2011 *autorisant la ratification de l'accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la Bosnie-et-Herzégovine, d'autre part*.

³³⁴ Sur ce point, E. Millard, « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *RRJ*, n° 5, 2008, p. 2523.

³³⁵ V. l'étude d'impact de la loi n° 2011-13 du 5 janvier 2011 *relative à la lutte contre la piraterie et à l'exercice des pouvoirs de police de l'Etat en mer*.

criminels qui porte atteinte à la liberté du commerce » produit un effet performatif : cette simple énonciation vaut effectivement par et en elle-même ce qu'elle affirme. On retrouve ici une des ambiguïtés majeures de l'analyse économique du droit et de la théorie posnérienne qui résulte de la combinaison malheureuse des caractères descriptifs et prescriptifs de l'évaluation³³⁶. A ce sujet, John Neville Keynes opère une distinction entre l'économie positive et l'économie normative³³⁷. La première étudie les conséquences économiques d'une décision et la seconde fournit des prescriptions ou jugements de valeur sur ces décisions dans le but d'améliorer leur efficience économique. D'un point de vue méthodologique, l'une ne va pas sans l'autre. En effet, ce sont toujours des jugements de valeur initiaux ou prise de position épistémologique qui fixent le cadre de la description (ou prédition) des phénomènes économiques : l'AED produit des « prescriptions scientifiques ».

Dès lors, quel que soit le but recherché – que l'on peut rapporter à l'expression générique d'efficience économique du droit – il faut reconnaître le caractère prescriptif de toute analyse économique³³⁸. Sous couvert d'une description neutre et objective des conséquences attendues du projet de loi, l'étude d'impact divulgue l'acte de volonté souveraine exprimée derrière la loi et le justifie. En ce sens, l'analyse économique des études d'impact se situe à mi-chemin entre une évaluation scientifique et une simple prescription juridique : elle ne possède pas la portée normative de la loi mais ne se limite pas non plus à une simple description qui ne ferait que paraphraser l'énoncé législatif. Elle est surtout orientée vers la recherche d'une justification politique du bien-fondé économique du projet de loi. En ce sens, elle entraîne un renforcement considérable de la normativité du projet de loi en présentant sous la forme affirmative les moyens et les effets attendus voire exigés, sans rien prescrire elle-même puisqu'elle se présente sous la forme d'une analyse pseudo-scientifique. Elle peut être envisagée comme un document guidant l'interprétation de la loi dans le sens d'une meilleure allocation des ressources, maximisation de la richesse ou bien encore organisation du marché et proposant des pistes d'interprétation pour garantir cette efficience économique. Ainsi, mélange de scientificité et de normativité, l'analyse économique des études d'impact constitue-t-elle à la fois un outil destiné à emporter la conviction des parlementaires pour qu'ils adoptent le projet de loi et une directive d'interprétation à l'attention des acteurs économiques voire du juge³³⁹.

³³⁶ Sur ce problème méthodologique de l'économie, M. Blaug, *La méthodologie économique*, Economica, Paris, 1994.,

³³⁷ J. N. Keynes, *The Scope and Method of Political Economy*, Batoche Books, Kitchener, 1999.

³³⁸ V. par exemple la méthode employée par Milton Friedman, M. Friedman, « The Methodology of Positive Economics », in *Essays in Positive Economics*, University of Chicago Press, Chicago, 1953.

³³⁹ L'analyse économique très succincte de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées peut être envisagée comme un ensemble de conseils ou d'indications envoyées aux avocats et aux notaires pour la rédaction de certains de leurs actes.

II. Le contenu de l'analyse économique du droit : un renouvellement avorté du dogmatisme méthodologique des juristes

Des débats riches entre les partisans du courant américain d'AED ont concerné son épistémologie, et plus précisément la question des méthodes retenues pour évaluer les normes juridiques³⁴⁰. Dans l'ensemble, les auteurs se sont disputés puis plus ou moins accordés autour de deux grands présupposés – ou codes³⁴¹ – que sont la rationalité de l'*homo economicus* et la recherche de l'efficience économique du droit. En raison du caractère limité du contenu de l'analyse économique des études d'impact (A), leur codage économique s'avère insuffisant voire inexistant (B).

A. UNE ÉVALUATION ÉCONOMIQUE LIMITÉE DANS SON CONTENU

L'analyse économique des études d'impact ne s'attarde pas à justifier l'existence de la loi du point de vue économique : il ne s'agit pas de démontrer son bien-fondé mais de prévoir ses effets économiques. Dès lors, la nécessité d'adopter la loi est postulée par l'analyse économique des études d'impact, à la différence de certaines théories économiques dont le théorème de Coase³⁴², qui tente d'établir l'inanité du droit dans le cadre des relations économiques pour lesquelles les coûts de transaction³⁴³ sont nuls et les droits de propriété bien définis, imposant au droit de justifier sa propre utilité. L'intervention de l'Etat se justifie à condition que sa réglementation engendre des coûts inférieurs à ceux que produirait une situation dans laquelle l'Etat n'agirait pas. De plus, il faut que l'action envisagée produise des bénéfices supérieurs aux coûts de transaction prévus, auquel cas les opérateurs économiques subiraient une perte nette. Selon ce théorème, l'analyse économique des études d'impact devrait proposer une justification de l'intervention de l'Etat sur le marché dont la défaillance ne légitime pas automatiquement l'adoption d'une nouvelle législation. Or, les études d'impact ne proposent aucune démonstration économique du bien-fondé de l'intervention de l'Etat : celle-ci est simplement postulée.

Par ailleurs, l'efficience économique constitue l'*alpha* et l'*oméga* de l'AED. En ce sens, un auteur comme Gary S. Becker applique les méthodes de l'analyse économique du droit à des hypothèses hors marché, considérant que les modèles

³⁴⁰ Pour une synthèse des débats sur l'épistémologie de l'AED, V. R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and Economics*, sous la direction de J.-M. Denquin, Université de Paris Ouest – Nanterre La Défense, 2009, thèse *dactyl*.

³⁴¹ Sur cette idée de codage du droit par l'analyse économique, R. Lanneau, *Les fondements épistémologiques du mouvement Law and Economics*, *op. cit.*

³⁴² R. Coase, « The Problem of Social Cost », *op. cit.*

³⁴³ Les coûts de transaction peuvent être définis comme l'ensemble des coûts engendrés par la coordination des agents.

économiques doivent servir à la modélisation de toutes les activités humaines³⁴⁴. De ceci, l'approche française des études d'impact s'en distingue à plus d'un titre. En effet, l'analyse économique est loin d'être systématique et exclusive dans les études d'impact³⁴⁵ : elle ne constitue que l'une des nombreuses rubriques prévues à l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009, et eu égard à la place secondaire qui semble lui être accordée dans cet article, elle présente un caractère subsidiaire par rapport aux autres rubriques spécifiquement juridiques³⁴⁶. Certaines études d'impact mêlent abusivement l'économique et le social, prouvant cette difficulté d'individuer le critère économique³⁴⁷ : alors que l'efficience économique constitue l'étalon de mesure de toute évaluation du droit, les études d'impact laissent place à des considérations sociales qui entrent directement en conflit avec la recherche de celle-ci³⁴⁸. Ainsi les études d'impact sont-elles parfois confuses quant aux finalités réelles qui sont envisagées par le projet de loi.

³⁴⁴ Cet auteur constitue une des sources de référence essentielle de Richard Posner, S. Harnay, A. Marciano, *Posner. L'analyse économique du droit*, Michalon, coll. Le bien commun, Paris, 2003, pp. 44-48. On peut également rappeler que l'un des pionniers de l'analyse économique du droit que l'on trouve en la personne de Guido Calabresi a été un des premiers à appliquer l'analyse économique à des domaines extérieurs au droit de la concurrence. V. G. Calabresi, « Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts », *Yale Law Review*, vol. 70, 1961, p. 499 ; G. Calabresi, *The Costs of Accident*, Yale University Press, New Haven, 1970. Dans le même ordre d'idée, V. A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, Harper and Row, 1957, New York. Pour une application récente, V. par exemple, D. Kolacinsk, *Analyse économique des droits de l'homme*, Presses Universitaires de Rennes, coll. Des Sociétés, Rennes, 2003.

³⁴⁵ Pour une absence d'analyse économique, V. les études d'impact de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 *interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public* ; loi n° 2010-145 du 16 février 2010 *organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux* ; loi n° 2010-2 du 5 janvier 2010 *relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français*.

³⁴⁶ Il faut souligner que les débats parlementaires autour de l'adoption de la loi organique du 15 avril 2009 n'ont que très peu porté sur la question de l'économie, ce qui démontre ou bien l'évidence de cette rubrique s'imposant d'elle-même pour les parlementaires ou bien, au contraire, leur inintérêt pour cette question.

³⁴⁷ La rubrique consacrée à l'économie est souvent combinée avec celle consacrée à l'impact social de la loi (V. par exemple l'étude d'impact de la loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 *de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées*). L'expression « économique et sociale » est largement employée dans certaines études d'impact comme si ces deux critères d'analyse, au-delà de leur imbrication, étaient consubstantiellement liés. V. études d'impact de la loi n° 2010-1563 du 16 septembre 2010 *de réforme des collectivités territoriales* ; loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 *de modernisation de l'agriculture et de la pêche*, etc. On ne peut évidemment pas nier les répercussions de l'économie sur le domaine social. Cependant, du point de vue de l'analyse économique du droit, le critère social rentre en ligne de compte dans la mesure où la maximisation des richesses se répercute ou promeut l'efficacité sociale. En d'autres termes, cette maximisation rejette les questions sociales dans la mesure où elle permet une meilleure allocation des ressources entre les individus.

³⁴⁸ La protection de l'environnement n'est pas toujours économiquement efficiente ni même les dépenses sociales des collectivités territoriales en matière médicale par exemple. L'étude d'impact sur le projet de loi sur la réforme des collectivités territoriales comporte de nombreux objectifs qui n'entraînent pas une maximisation de la richesse (étude d'impact de la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 *de réforme des collectivités territoriales*).

D'autre part, à la différence de la conception abordée par l'analyse économique du droit qui envisage l'économie comme unique critère de l'efficience, le droit français semble considérer ce critère dans sa multitude. En effet, hormis le lien possible entre les rubriques, l'analyse économique de la loi n'intervient que dans les dernières mentions et se trouve énumérées sur le même plan que l'impact social, financier et environnemental de la loi.

Aucune place privilégiée n'est donc reconnue à l'économie dans les études d'impact. En pratique, rares sont les études qui développent de manière substantielle une véritable approche de théorie économique³⁴⁹. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs rappelé dans sa décision du 9 avril 2009 relative à la loi organique que « l'élaboration d'études particulières répondant à chacune des prescriptions de ces alinéas ne saurait être exigée que pour autant que ces prescriptions ou l'une ou l'autre d'entre elles trouvent effectivement à s'appliquer compte tenu de l'objet des dispositions du projet de loi en cause »³⁵⁰. L'analyse économique dépend par conséquent de l'objet du projet loi sur lequel elle porte : l'absence d'analyse économique de certaines études d'impact serait justifiée pour les lois qui ne sont pas relatives au marché et à la concurrence³⁵¹. Une telle approche est discutable : pour certains auteurs, l'analyse économique s'applique à toute activité humaine. L'économie devrait au moins être envisagée comme la science des moyens, permettant d'établir précisément les moyens de parvenir à une fin, c'est-à-dire la meilleure optimisation économique des ressources disponibles³⁵². Il s'agirait d'un processus de combinaison permettant d'établir un lien de causalité entre les moyens dont les acteurs disposent et les fins assignées à la loi. Contrairement à l'AED, l'analyse économique des études d'impact n'est pas valable *per se*.

Par ailleurs, une véritable analyse économique des études d'impact implique de recourir à des modèles économiques voire à des formalisations mathématiques modélisées³⁵³. Seules quelques études d'impact font place à une véritable analyse en matière économique mais aucune n'explicite vraiment ses fondements épistémologiques et idéologiques³⁵⁴. L'analyse économique devrait tendre à la fois vers une explication des conséquences des normes sur le comportement des acteurs et expliquer leurs raisons d'être économiques. Or, les études d'impact dissimulent le plus souvent les motivations profondes et les présupposés économiques qui fondent la

³⁴⁹ Pour une des rares études d'impact procédant à une analyse économique développée, V. étude d'impact de la loi n° 2010-874 du 27 juillet 2010 *de modernisation de l'agriculture et de la pêche*.

³⁵⁰ Cons. const., 9 avril 2009, n° 2009-579 DC, *loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, JORF du 16 avril 2009, p. 6530. Pour une analyse de la justiciabilité des études d'impact, J. Sirinelli, « La justiciabilité des études d'impact des projets de loi », *RDP*, n° 5, 2010, p. 1367.

³⁵¹ Il est à noter que même pour les projets de loi qui relèvent du marché ou de la concurrence, l'analyse économique reste très largement parcellaire. V. par exemple l'étude d'impact de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 *de régulation bancaire et financière*.

³⁵² L'évaluation des moyens disponibles se retrouve plutôt dans la rubrique consacrée à l'impact financier que dans celle relative à l'économie. Ceci prouve, une fois encore, l'incapacité des rédacteurs à accorder une place singulière à l'économie dans les études d'impact.

³⁵³ Les économistes de l'école néo-classique ont développé une formalisation mathématique de l'économie. Leur objectif consiste surtout à établir des modèles idéaux d'économie atteignant un équilibre pur et parfait du marché. V. L. Walras, *Éléments d'économie politique pure*, Lausanne, 1874 ; *Théorie mathématique de la richesse sociale*, 1883, disponibles sur Gallica, BNF.

³⁵⁴ Par ailleurs, il est à noter que l'analyse économique des études d'impact se trouve soumise, en plus d'une évaluation micro-économique à une évaluation macro-économique plus ou moins poussée. Cette caractéristique distingue assez fortement l'analyse économique française de l'AED néo-classique exclusivement fondée sur la micro-économie.

V. par exemple, étude d'impact de la loi n° 2011-5 du 3 janvier 2011 *autorisant la ratification de l'accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la Bosnie-et-Herzégovine, d'autre part*.

loi³⁵⁵. Leur intérêt propre s'en trouve affaibli puisqu'elles devraient au contraire avoir pour objectif de révéler l'instrumentalisation économique de la loi. Dans la mesure où les fondements économiques de l'analyse ne sont pas explicitement exprimés, les études d'impact ne remplissent pas l'exigence de transparence qui justifie leur création.

L'insuffisance matérielle de l'analyse économique des études d'impact est extrêmement critiquable. Celle-ci se limite le plus souvent à un banal exposé des fins souhaitées et à quelques considérations générales sur les moyens financiers pour y parvenir. De plus, aucune étude d'impact ne cite la source des informations qu'elle contient, ce qui peut conduire à douter de leur pertinence et de leur mise à jour. Une transmission sérieuse d'informations par le biais des études d'impact aurait pu être constitutive d'une concurrence pure et parfaite sur le marché économique en créant un climat informationnel favorable pour l'ensemble des acteurs économiques. En effet, les études d'impact pourraient rechercher l'équilibre concurrentiel entre les agents économiques par le biais d'une transmission égalitaire d'informations plus ou moins exhaustives, propice au développement et à l'organisation du marché. Eu égard à la pauvreté de leur contenu, on peut douter qu'elles y parviennent.

De toute façon, on peut s'interroger sur la compatibilité d'une véritable analyse économique du projet de loi avec l'objectif premier des études d'impact qui est d'emporter la conviction des parlementaires. Une évaluation économique trop technique risque de ne pas être comprise par ces derniers³⁵⁶. Il faudrait alors admettre que les études d'impact ne sont destinées à informer ni le public, ni les parlementaires qui ne disposent pas des compétences requises pour apprécier les analyses effectuées. L'étude d'impact aurait pour interlocuteurs les agents économiques sur le marché régulé par le projet de loi et éventuellement, le juge. Mais, là encore, les juges compétents pour contrôler les études d'impact ne disposent pas de réels moyens d'expertise : le contrôle du Conseil constitutionnel a peu de chance de déboucher sur une censure fondée sur des données techniques ou scientifiques³⁵⁷. Il en va de même pour le juge administratif³⁵⁸. On soulève ici un problème déjà évoqué par Richard Posner lorsqu'il affirme que le droit est une activité professionnelle régie par

³⁵⁵ Pour des analyses économiques quasi-inexistantes, V. études d'impact de la loi n° 2011-5 du 3 janvier 2011 autorisant la ratification de l'accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la Bosnie-et-Herzégovine, d'autre part ; loi n° 2011-7 du 3 janvier 2011 autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Burkina Faso relatif à la gestion concertée des flux migratoires et au développement solidaire ; loi n° 2011-6 du 3 janvier 2011 autorisant l'approbation de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République du Cap-Vert relatif à la gestion concertée des flux migratoires et au développement solidaire.

³⁵⁶ Pour un exemple d'étude d'impact technique, V. par exemple l'étude d'impact de la loi n° 2010-1488 du 7 décembre 2010 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité.

³⁵⁷ Conscient de ces lacunes, le Conseil constitutionnel a de toute évidence limité son propre contrôle sur les études d'impact. Il a rappelé que l'insuffisance de l'étude d'impact n'entraîne pas automatiquement une violation de l'article 39 § 3 de la Constitution. Cons. const., 9 avril 2009, n° 2009-579 DC, *loi organique relative à l'application des articles 34-I, 39 et 44 de la Constitution*, JORF, 16 avril 2009, p. 6530.

³⁵⁸ R.-C. Dupuy, « Méthode de contrôle du juge administratif sur les études d'impact », *RJE*, n° spécial, 2004, p. 84.

l'économie³⁵⁹. Selon lui, l'activité juridique, qui se résume au rôle du juge, devrait s'effectuer à partir de statistiques et de méthodes économiques.

In fine, le terreau des études d'impact n'est pas encore propice à l'émergence d'une véritable évaluation économique du droit : le temps des retrouvailles entre le droit et l'économie n'a pas eu lieu. Il s'agit, pour le moment, de vulgariser quelques questions économiques afin d'emporter la conviction des parlementaires chargés d'adopter le projet de loi. L'économie apparaît donc en retrait à côté des critères juridiques des études d'impact et ne permet pas de connaître avec exactitude les données ayant fondées le projet de loi ni les ressources disponibles pour sa réalisation. Elle reste envisagée par le prisme des juristes et non l'inverse. Son analyse s'intègre donc à leurs présupposés théoriques et techniques sans en modifier la substance. Le codage de l'AED n'a pas été intégré par l'évaluation économique des études d'impact.

B. L'ABSENCE OU L'INSUFFISANCE DE CODAGE ÉCONOMIQUE DU DROIT DANS LES ÉTUDES D'IMPACT

Marie-Anne Frison-Roche écrit qu'« en obligeant les auteurs du droit à expliciter les buts qu'ils poursuivent en utilisant leur pouvoir normatif, recouplant ainsi l'obligation du juge de motiver sa décision mais imposant un semblable processus pour les acteurs juridiques souverains, tels le législateur ou les contractants, l'analyse économique du droit fait reculer le dogmatisme ». Etablissant un lien avec l'idéal démocratique, l'auteur déclare que « La nécessité d'une explicitation des buts poursuivis rejoint l'idéal démocratique, selon lequel la démocratie requiert une discussion autour de ces fins, discussion ainsi favorisée par l'analyse économique du droit »³⁶⁰. L'AED est le moyen d'interroger le sens du droit, sa raison d'être et ainsi d'établir une adéquation entre les règles juridiques et les fins recherchées. A ce titre, elle permet de renouveler la dogmatique juridique en proposant de nouvelles finalités au droit et de nouvelles méthodes pour les évaluer.

L'AED repose sur l'utilisation d'un « codage » spécifique pour évaluer son objet composé de deux concepts essentiels à partir desquels s'élaborent plusieurs conceptions : le rationalisme et le conséquentialisme³⁶¹. Ces deux dimensions sont fortement imbriquées et constituent un cadre épistémologique commun aux divers courants néo-classiques de l'AED. La rationalité postule l'idée que l'individu (*homo economicus*) tient compte des conséquences de ses actions et recherche sa propre satisfaction. Les acteurs doivent être en mesure de choisir rationnellement et donc de mesurer économiquement les décisions à l'aulne de leurs conséquences. Ces dernières

³⁵⁹ R. A. Posner, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987 », *Harvard Law Review*, n° 100, 1987, p. 761.

³⁶⁰ M.-A. Frison-Roche, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », in *L'Analyse Economique du Droit. Quelques points d'accroche*, *Les Petites Affiches*, n° 99, 2005, p. 18. Dans le même ordre d'idée, B. Oppetit, « Droit et économie », *Archives de philosophie du droit*, n° 37, 1992, pp. 17 et s.

³⁶¹ Par exemple, selon Richard Posner, la science économique relève de la science des choix rationnels.

engendrent une réflexion sur les moyens les plus économiquement efficents pour parvenir à ses fins. En ce sens, l'analyse économique propose une méthode objective d'évaluation fondée sur l'énoncé législatif ou le comportement externe des acteurs et non sur leur subjectivité : « Economics is not a theory about consciousness »³⁶². La rationalité constitue donc un présupposé de départ pour l'analyse économique des normes juridiques. De virulentes critiques ont été portées à cette conception de la rationalité. En effet, l'individu rationnel doit pouvoir se déterminer seul, anticiper les effets de ses actions et donc ceux des autres. Dès lors, la rationalité pure et parfaite devient antinomique à toute analyse et contredit l'existence même du droit, d'un procès, etc³⁶³. Il faut donc envisager la rationalité comme une hypothèse de départ permettant d'étudier le droit à partir de présupposés logiques et accordant à l'AED le sceau de la scientificité. Quant à lui, le conséquentialisme représente l'efficience économique vers laquelle doit tendre l'*homo economicus*. La bonne loi est celle qui atteint l'efficience économique. L'originalité de l'AED réside donc dans la finalité qu'elle attribue à la loi et que l'on peut difficilement résumer tant les conceptions divergent d'un auteur à l'autre³⁶⁴. Dès lors, l'analyse économique encode son évaluation du droit à partir de sa propre représentation tautologique de l'*homo economicus* et de ses finalités. La science économique élabore des modèles d'analyse dont les résultats ne sont valables qu'à l'intérieur de leur codage: « En aucun cas la complexité et la valeur scientifique des déductions ne sauraient donner une valeur scientifique aux prémisses »³⁶⁵. A partir de là, le caractère normatif de l'analyse économique s'impose puisqu'elle enferme le droit dans ses propres normes³⁶⁶.

L'analyse économique des études d'impact se rapproche du codage de l'AED. En indiquant les effets futurs du projet de loi sur le marché, l'étude d'impact se fonde sur l'idée que les agents économiques sont suffisamment rationnels pour atteindre les

³⁶² R. Posner, *Economic Analysis of Law*, op. cit., p. 3.

³⁶³ Pour une approche modérée de la rationalité parfaite, V. H. Simon, « Theories of Decision Making In Economics and Behavioral Science », *The American Economic Review*, vol. 49, 1959, pp. 253-283 ; « A Behavioral Model of Rational Choice », *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, 1955, pp. 99-118.

³⁶⁴ L'efficience économique peut être envisagée sous le prisme du critère de Pareto-supérieur (qui rejette le critère de Pareto-optimalité ne proposant pas une efficience économique suffisante), ou bien selon le critère dit de Kaldor-Hicks (N. Kaldor, « Welfare Proposition of Economics and Interpersonal comparisons of Utility », *The Economic Journal*, vol. 49, 1939, p. 549 ; J. Hicks, « The Foundation of Welfare Economics », *The Economic Journal*, vol. 49, 1939, p. 696), voire à partir du critère de maximisation de la richesse développée par Richard Posner et qui rejoint selon les cas l'un ou l'autre critère. Les deux derniers reposent sur un calcul coût-bénéfice à partir du bien-être de la collectivité humaine dans son ensemble tandis que le premier critère, plus subjectif, se fonde sur l'individu et recherche l'unanimité. Pour une étude des critères de l'efficience économique, L. Kornhauser, *L'analyse économique du droit. Fondements juridiques de l'analyse économique du droit*, Michel Houidiard, coll. Essais, Paris, 2010, chap. VII. L'analyse économique des études d'impact cherche en général à démontrer que le projet de loi bénéficie à tous ses destinataires. La conception transcendante de l'intérêt général représentée par la loi renvoie au critère dit Pareto-supérieur fondé sur l'unanimité des individus.

³⁶⁵ M. Allais, « Le comportement de l'homme rationnel devant le risque : critique des postulats et axiomes de l'école américaine », *Econometrica* n° 4, vol. 21, 1953, p. 518.

³⁶⁶ C'est ce qu'expose Dagfinn Follesdal à propos du postulat de rationalité qui doit être envisagé comme un paradigme normatif. D. Follesdal, « The Status of Rationality Assumption in Interpretation and in Explanation of Action », in *Reading in the Philosophy of Social Science*, M. Martin, L. McIntyre, MIT Press, 1994, Cambridge, pp. 229-310.

objectifs attendus en recherchant leur propre intérêt. Les études d'impact créent un terreau favorable à la rationalité des acteurs dans la mesure où elles les informent du coût de la loi, des moyens mis en œuvre pour son application et de ses finalités³⁶⁷. Plus encore, l'analyse économique des études d'impact semble supposer que la rationalité du marché, voire du droit, est rendue possible par l'intervention de l'étude d'impact elle-même. Ceci rejoint la tradition française selon laquelle la rationalité procède de l'intervention de l'Etat. Les informations transmises par les études d'impact sont censées créer une stabilité et une prévisibilité du comportement des acteurs économiques et de l'ordre juridique en général – elles leur rendent le monde transparent – qui n'existent pas sans elles. Elles servent à rationaliser les attentes sur un marché en informant ses agents des conséquences de la loi. Ceci étant, de telles affirmations doivent être énoncées sur le mode conditionnel tant le contenu des études d'impact est insuffisant : leur existence pourrait permettre une telle rationalité, mais on en est encore très loin. Les études d'impact se distinguent très nettement de l'AED. Les évaluations économiques qu'elles contiennent sont trop succinctes et différentes d'une étude à l'autre pour en déduire une quelconque épistémologie.

L'analyse économique du droit ne constitue pas un modèle à proprement parler pour les études d'impact des projets de loi. Celles-ci accordent une place encore marginale à l'analyse économique même si elles se rapprochent voire favorisent celle-ci : par leur biais émerge un terreau propice mais non encore favorable à une telle analyse du droit. En d'autres termes, une chance est aujourd'hui accordée pour intégrer officiellement l'AED au système juridique national, il reste aux acteurs politiques le soin de la saisir effectivement. Pour le moment, les études d'impact se limitent, dans le meilleur des cas, à exposer la nouvelle allocation des ressources envisagée par le projet de loi et se penchent surtout sur les moyens d'y parvenir. Elles correspondent à une justification politique de la loi à partir d'un exposé souvent général sur des considérations englobant parmi d'autres le critère économique³⁶⁸.

A la différence du courant théorique américain, l'analyse économique des études d'impact propose un modèle qui ne sclérose pas l'individu dans un seul environnement mais qui, au contraire, prend en compte le milieu social, financier, environnemental. Une telle approche serait satisfaisante si l'information transmise n'était pas parcellaire voire parfois même désuète. En ce sens, le système d'information proposée par les études d'impact ne peut avoir pour ambition de

³⁶⁷ Certaines études d'impact se situent effectivement dans un processus purement informatif en matière économique, rappelant par exemple le PIB du pays, ses structures de commerce extérieur, etc. En ce sens, elle n'effectue aucun calcul mathématique des coûts et avantages à tirer du projet de loi. V. étude d'impact de la loi n° 2011-5 du 3 janvier 2011 autorisant la ratification de l'accord de stabilisation et d'association entre les Communautés européennes et leurs Etats membres, d'une part, et la Bosnie-et-Herzégovine, d'autre part.

³⁶⁸ Ainsi par exemple une partie de l'analyse économique de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière se contente de mentionner que la loi a pour objectif de soutenir la reprise économique et d'améliorer le financement des entreprises, des PME, de l'habitat. Pour appuyer ces affirmations, l'analyse économique de l'étude d'impact développe les dispositions de la loi sans procéder à une véritable démonstration économique. Pour un exemple dans lequel l'analyse économique est quasiment inexistante et sert seulement à justifier l'intérêt de la loi, V. étude d'impact de la loi n° 2010-751 du 5 juillet 2010 relative à la rénovation du dialogue social et comportant diverses dispositions relatives à la fonction publique.

rationaliser le projet de loi mais plutôt de le justifier politiquement : les études d'impact constituent un moyen de le légitimer sur tous les plans afin de satisfaire le plus large public, quitte à ce que ceux-ci se contredisent. Dès lors, l'environnementaliste sera satisfait de voir que la loi a effectivement pris en compte ses intérêts, tout comme l'économiste d'ailleurs, même si les rubriques les concernant respectivement se concilient difficilement. La bonne étude d'impact sera donc celle qui réussira à faire admettre la convergence de toutes les fins contradictoires qu'elle exprime³⁶⁹. En ce sens, l'analyse économique des études d'impact se fond parfaitement en France dans le modèle de pensée juridique favorable à l'intervention de l'Etat qui laisse une place à ce type d'évaluation sous couvert de son intégration dans le moule préexistant du culte de la loi et de l'intérêt général, transcendant les particularismes. Au final, les études d'impact restent pour le moment exclusivement destinée aux parlementaires chargés d'adopter le projet de loi. Il s'agit donc moins d'une véritable analyse économique reposant sur une épistémologie solide que d'un réaménagement (dératoire) de la séparation des pouvoirs.

³⁶⁹ Selon Christophe Jamin, l'analyse économique peut devenir pour les producteurs de droit un argument d'autorité permettant aux juristes de faire prévaloir une interprétation sur une autre ou de favoriser une solution plutôt qu'une autre. C. Jamin, « Que répondre à Eric Brousseau ? (je n'ai presque rien à dire à un économiste) », *Les Petites Affiches*, n° 99, 19 mai 2005, p. 54. Sur l'analyse économique comme mode de justification, E. Millard, « L'analyse économique du droit : un regard empiriste critique », *RRJ*, n° 5, 2008, p. 2523.

L’obligation de joindre des études d’impact aux projets de loi. Une illustration des évolutions récentes du droit issu de la Constitution du 4 octobre 1958

Mathilde PHILIP-GAY

Maître de conférences en droit public à l’Université Jean Moulin-Lyon 3

« Souvent une évolution est une révolution sans en avoir l’R », selon les célèbres bons mots attribués à l’humoriste Pierre Henri Cami. Ce qui ressemble à un aphorisme ne se vérifie pourtant pas toujours.

Il est ainsi possible d’avoir une approche exclusivement évolutionnaire du droit issu de la Constitution du 4 octobre 1958, comme l’illustre parfaitement l’obligation, depuis le 1^{er} septembre 2009, d’accompagner chaque projet de loi d’une étude d’impact, qui correspond à l’aboutissement d’un mouvement amorcé dans les années quatre-vingt-dix, années durant lesquelles la réalisation d’études préparatoires et d’évaluations préalables aux projets de loi avait été expérimentée « pour mieux éclairer le travail du parlement »³⁷⁰.

Ce n’est qu’en 1998, que l’expression « études d’impact » est employée pour la première fois dans une circulaire du premier ministre du 26 janvier 1998³⁷¹ préconisant de s’assurer que la totalité des conséquences des projets de loi et de décrets a été appréciée préalablement à la décision. Bien que généralisées ensuite, ces études ne constituent pas alors une véritable « aide à la décision », ce qui explique en partie qu’elles aient fait l’objet de critiques de la part du Conseil d’Etat dans son rapport de 2006 quant à leur contenu et leurs propositions³⁷². Il faut véritablement attendre la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 pour qu’une chance soit

³⁷⁰ Warsmann Jean-Luc, « Rapport fait au nom de la commission des lois », *Assemblée nationale*, n° 1375 du 7 janvier 2009.

³⁷¹ Relative à l’étude d’impact des projets de loi et de décrets en Conseil d’Etat.

³⁷² Conseil D’Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit, *EDCE*, 2006, n° 57, p. 314.

redonnée à l'étude d'impact³⁷³. Depuis, l'article 39 de la Constitution impose que « la présentation des projets de loi déposés devant l'assemblée nationale ou le Sénat répond[e] aux conditions fixées par une loi organique » adoptée le 15 avril 2009³⁷⁴. Cette dernière impose au gouvernement de transmettre au Conseil d'Etat et au Parlement une étude d'impact répondant à des prescriptions précises à l'appui des nouveaux projets de loi. Cette obligation prenait naissance à compter du premier septembre 2009, mais son respect a été anticipé par le gouvernement dès le lendemain de l'adoption de la loi organique d'avril 2009³⁷⁵. A partir de ce moment, le nombre d'études d'impact publiées évolue de façon exponentielle en passant de quatre en 2009, à cinquante-deux l'année suivante. Au premier juillet 2011, plus de quatre-vingts l'étaient déjà.

A travers ces études, le mode d'appréhension de la norme change. Il ne s'agit plus de se demander « comment faire la loi ? », mais « pourquoi la loi ? »³⁷⁶. Certes, auparavant, l'exposé des motifs précédant les projets de loi permettait déjà de soulever cette interrogation. Toutefois, contrairement aux études d'impact, l'exposé des motifs a uniquement pour objet « de présenter les principales caractéristiques du projet et de mettre en valeur l'intérêt qui s'attache à son adoption³⁷⁷ ». Ce n'est qu'un texte de présentation, indiquant de façon très synthétique, d'une part l'objectif du projet de loi et d'autre part l'objet de chacun de ses articles pris dans l'ordre du projet de loi. L'étude d'impact, quant à elle, est plus longue. Si elle expose « les motifs du recours à une nouvelle législation³⁷⁸ », elle est avant tout « un instrument d'aide à la décision », un outil d'aide à l'examen du projet de loi par le Conseil d'Etat et le Parlement. C'est aussi un « outil de présentation au grand public³⁷⁹ » du contenu du projet de loi et de ses conséquences. Elle est donc beaucoup plus complète. A ces différences, s'ajoute encore celle relative au moment de sa rédaction. En effet, alors que l'exposé des motifs n'est élaboré qu'une fois le projet de loi mis au point, l'étude d'impact est au contraire préparée dans la phase de cadrage qui a lieu au moins deux mois avant la transmission au Conseil d'Etat, et donc avant même la rédaction de l'avant-projet de loi.

Les études d'impact pourraient donc être révélatrices d'une transformation graduelle du mode d'élaboration de la loi. Or, il y a quelques années le professeur Xavier Boy et Stéphane Mouton posaient un constat : le droit constitutionnel français aurait perdu son caractère révolutionnaire. Il serait aujourd'hui évolutionnaire. « En d'autres

³⁷³ « Redonner une chance à l'étude d'impact » est une expression empruntée au rapport Mandelkern (Mandelkern Dieudonné, *La qualité de la réglementation*, Groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation, mars 2002).

³⁷⁴ Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

³⁷⁵ Circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle (procédure législative).

³⁷⁶ D'après Christian Poncelet, cité par Michel Couderc (Couderc Michel, « Les fonctions de la loi sous le regard du commandeur », *Pouvoirs*, n° 114, p. 22)

³⁷⁷ Décision 2009-579 DC du 09 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, Non conformité partielle, cons. 11.

³⁷⁸ Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, article 8.

³⁷⁹ Secrétariat général du gouvernement, *Lignes directrices pour l'élaboration des études d'impact*, juillet 2010, p. 40.

termes, à l'ère des ruptures violentes se traduisant par des changements de régime politique succède l'ère des évolutions. Voici l'ère des transformations dans la souplesse (...) les mutations douces se substituent donc aux mutations dures³⁸⁰ ! ». Il est vrai que de 1958 à la fin des années 1990, le régime politique issu de la Constitution de 1958 a trouvé son caractère propre grâce à plusieurs transformations telles que celles issues de l'élection du Président de la République au suffrage universel direct et de l'émergence d'un véritable contrôle de constitutionnalité. Il existe des évolutions spontanées mais la plupart d'entre elles sont le résultat d'une révision constitutionnelle destinée à corriger certaines de ses caractéristiques ou à supprimer ce qui est présenté comme des dysfonctionnements, comme ont pu l'être la cohabitation ou l'irresponsabilité du chef de l'Etat. Ce sont des mutations volontaires mais douces qui ne changent pas en elles-mêmes le fonctionnement d'un régime politique. Ainsi, la révision du 23 juillet 2008 qui précise ou modifie trente-neuf dispositions de la Constitution et qui créé neuf articles nouveaux est le reflet de ce caractère évolutionnaire. Ayant notamment pour but de réhabiliter le Parlement, d'augmenter les rapports entre les pouvoirs ainsi que la protection des droits fondamentaux, elle ne provoque pas, pour l'instant de rupture violente, de changement brusque du système juridique constitutionnel ; elle ne provoque pas de révolution au sens brutal du terme. Pourtant, des innovations sont particulièrement importantes, et il faut reconnaître que l'on a pu se demander tout de suite après l'adoption de la loi constitutionnelle de 2008 si l'on ne se trouvait pas en présence d'une nouvelle constitution³⁸¹.

Quelle que soit l'appréciation que l'on peut porter sur la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la généralisation des études d'impact ne représente pas une rupture violente, ne serait-ce que parce qu'elles ont déjà été expérimentées. L'utilité d'en avoir une approche évolutionnaire réside dans le mode de raisonnement adopté, la théorie de « l'évolution créatrice » d'Henri Bergson, étant alors transposable au droit. « Le mouvement évolutif serait chose simple, nous aurions vite fait d'en déterminer la direction (...). Mais nous avons affaire ici à un obus qui a tout de suite éclaté en fragments, lesquels, étant eux-mêmes des espèces d'obus, ont éclaté à leur tour en fragments destinés à éclater encore, et ainsi de suite pendant fort longtemps. Nous ne percevons que ce qui est le plus près de nous, les mouvements éparpillés des éclats pulvérisés. C'est en partant d'eux que nous devons remonter, de degré en degré, jusqu'au mouvement originel³⁸². »

³⁸⁰ Bioy Xavier, Mouton Stéphane, « regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit », in *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit*, Presses de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, Coll. De l'Institut Fédératif de Recherche « Mutation des normes juridiques », 2005, tome 2.

³⁸¹ Voir par exemple la présentation qui est faite de la révision de 2008 par les professeurs Pierre Pactet et Ferdinand Melin-Soucramanien au dos de la 27^{ème} édition de leur Manuel (Pactet Pierre, Melin-Soucramanien Ferdinand, *Droit constitutionnel*, Sirey université, Dalloz, 27ème édition, à jour septembre 2008)

³⁸² Bergson Henri, *L'Evolution créatrice*, PUF, collection : bibliothèque de philosophie contemporaine, 372 pages, 86^{ème} édition (édition originale 1907), Chapitre 2.

Or, la justification du mouvement originel ayant conduit à l'obligation d'accompagner les projets de loi d'études d'impact est purement qualitative ce qui implique la détermination de critères d'appréciation nécessairement subjectifs. En effet, selon ses défenseurs, elle a pour dessein d'*améliorer* la loi mais aussi de *moderniser* le droit issu de la Constitution de 1958³⁸³. Ainsi d'après le communiqué de presse du Conseil des ministres en date du 10 décembre 2008, la loi organique du 15 avril 2009 précisant notamment les conditions de présentation des projets de loi « contribue à la modernisation de notre pays, en rendant notre démocratie parlementaire plus efficace et plus vivante ». Dans cette justification, on retrouve deux formes d'évolutions. La première a pour objet de coller à un modèle théorique idéalisé, afin d'améliorer l'élaboration de la loi. C'est une évolution-révolution, le terme « révolution » étant alors compris dans son sens premier, qui n'est pas celui, plus usuel, emprunté par exemple par Pierre-Henri Cami (I). La seconde s'inscrit dans une volonté de « modernisation », sans toujours pouvoir définir précisément cette volonté (II), ce qui conduit à s'interroger sur le véritable objet de ces évolutions.

I. L'évolution-révolution

Ici l'emploi du terme « révolution » comme qualificatif doit être compris non pas dans le sens de « rupture brutale » comme l'entendent le professeur Xavier Bioy et Stéphane Mouton mais dans son sens astronomique bien connu de « retour au point initial ». Concrètement l'évolution-révolution consiste donc à susciter un changement pour essayer de coller à un droit constitutionnel théorique, souvent idéalisé. La généralisation des études d'impact en est une parfaite illustration, les références à des modèles souvent simplifiés, abondant dans les discours politiques, communiqués de presse, et rapports consacrés à la mise en œuvre des nouvelles conditions de présentation des projets de loi. Ces modèles sont : la séparation des pouvoirs³⁸⁴, la hiérarchie des normes (A), mais aussi une certaine conception de la démocratie représentative (B).

A. LA VOLONTÉ DE SE RAPPROCHER D'UNE HIÉRARCHIE DES NORMES IDÉALISÉE

La théorie de la hiérarchie des normes, qui découle de la pensée de Hans Kelsen, « désigne le fait qu'il existe entre les normes ou règles un rapport de dépendance, que c'est ce rapport qui est constitutif du système juridique, qu'il est lui-même de nature juridique et qu'il détermine la structure synchronique et diachronique du système. [Elle] existe sous une forme simplifiée et idéologique et une forme

³⁸³ Voir : Hyest Jean-Jacques, Rapport fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, 4 février 2009 et Warsmann Jean-Luc, Rapport fait au nom de la commission des lois, *op. cit.*

³⁸⁴ Sur ce point, voir *supra* : Protière Guillaume, « L'exception à l'obligation d'études d'impact », cet ouvrage, pp. 60 et s.

développée et analytique³⁸⁵ ». Le Doyen Vedel³⁸⁶ décrivait les conséquences de la hiérarchie des normes – sous une forme que le professeur Pfersmann pourrait qualifier de simplifiée, en l’appliquant au droit constitutionnel de la Cinquième République – comme le fait que « les autres règles de droit doivent être conformes ou en tout cas non contraires à la Constitution qui est ainsi supérieure aux lois votées par le Parlement, aux décrets du Président de la République ou du Premier ministre et, plus généralement, à tout acte du gouvernement ou de l’administration ». Or, d’après le rapport du député Jean-Jacques Hyest précité sur le projet de loi organique relatif à l’application des articles 34 1, 39 et 44 de la Constitution, les études d’impact doivent « accroître la cohérence et la simplicité de notre ordonnancement juridique ». Cette volonté de simplifier et de rendre plus cohérent l’ordonnancement juridique doit se traduire, d’une part par une plus grande différenciation entre la loi et le règlement, mais aussi par la prise en compte des normes supérieures pour construire l’étude d’impact.

S’agissant du pouvoir réglementaire, il était prévu initialement qu’il prenne dans l’étude d’impact une sorte d’engagement – bien que non contraignant – d’exécuter la loi. En effet, il devait selon le projet de loi organique détailler « les orientations principales » et le délai prévisionnel de la publication des décrets d’application. Toutefois, le Conseil constitutionnel a censuré cette obligation sans empêcher qu’une étude d’impact, comme par exemple celle accompagnant le projet de loi sur le Grand Paris³⁸⁷, puisse s’achever par une liste de décrets d’application prévus par le projet de loi et le gouvernement et explique qu’il « se donne pour objectif de préparer ces textes de sorte que leur entrée en vigueur puisse être concomitante avec celle de la loi ». Par ailleurs, l’article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 impose à l’étude d’impact d’exposer avec précision « les textes législatifs et réglementaires à abroger ». Il reste donc dans les études d’impact une différenciation marquée entre la loi et le règlement d’application afin de rendre plus cohérent l’ordonnancement juridique.

Cet effort pour respecter le modèle théorique de la hiérarchie des normes se retrouve également s’agissant de la prise en compte des normes supérieures par les études d’impact, une prise en compte qui découle du même article 8 de la loi organique instaurant l’obligation « d’exposer les motifs de recours à une nouvelle législation ». Il est précisé que parmi ces motifs, il peut tout simplement y avoir le fait de se conformer à une obligation définie par une norme supérieure à la loi, c'est-à-dire une obligation de droit international ou une obligation de valeur constitutionnelle. Or, si l’on se reporte aux lignes directrices pour l’élaboration des études d’impact³⁸⁸, ces dernières prendront en compte le cas où elle est commandée par une norme supérieure et dans lesquelles il n’y aura pas à envisager d’options alternatives. Dans l’hypothèse cette fois-ci où l’élaboration du projet de loi n’est pas prescrite par une norme supérieure, il faudra que l’étude d’impact précise les conditions d’insertion d’une

³⁸⁵ Pfersmann Otto, « Hiérarchie des normes », in ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la Culture juridique*, PUF, p.780.

³⁸⁶ Vedel Georges, « Qu'est-ce que la Constitution ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 1998.

³⁸⁷ Étude d’impact, Projet de loi relatif au Grand Paris, octobre 2009, p. 88.

³⁸⁸ *Lignes directrices pour l’élaboration des études d’impact*, op. cit., p. 25.

règlementation nouvelle dans le corpus normatif en vigueur. Pourtant, dans les études d'impact déjà publiées, on ne retrouve que très indirectement cette insertion de la nouvelle règlementation dans l'ordonnancement juridique. La nécessité de légiférer est très souvent exposée uniquement pour des raisons de fond, très rarement en invoquant des raisons formelles. Par exemple, dans l'étude d'impact accompagnant le projet de loi sur la bioéthique³⁸⁹, c'est l'adaptation aux évolutions médicales qui explique *in fine* le dépôt du projet de loi³⁹⁰. Ce sont donc des raisons de fond – l'adaptation aux évolutions médicales – qui justifient ce projet, pas le respect de certaines conventions internationales. Il faut préciser que les raisons formelles, sont inopérantes dans une théorie idéalisée, même si l'on accepte de discuter sur le point de savoir si le législateur a compétence liée, parce qu'une loi a prévu sa propre révision par une autre loi, précisément en raison du fait qu'elles sont de même valeur. Le gouvernement prend en compte ces critiques puisque par circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit, le Premier ministre demande que l'intervention de règles nouvelles soit plus « systématiquement subordonnée à l'examen de critères tirés (...) de la cohérence de l'ordonnancement juridique³⁹¹ ».

La généralisation des études d'impact s'accompagne par conséquent d'une volonté de se rapprocher d'une hiérarchie des normes idéalisée, mais précisément parce qu'elle est idéalisée, il est difficile de respecter ce modèle. Le même raisonnement peut être tenu s'agissant de la démocratie représentative.

B. LA VOLONTÉ DE SE RAPPROCHER D'UNE DÉMOCRATIE REPRÉSENTATIVE IDÉALISÉE

L'utilisation de l'expression « démocratie représentative » – pour souligner que le suffrage étant devenu universel il n'y a plus d'antinomie entre souveraineté nationale et souveraineté populaire – est contestée précisément parce qu'elle représente l'idéalisation d'un modèle. Il implique que le régime représentatif se soit mué en démocratie représentative et que la nation n'exerce plus la souveraineté, qu'indirectement par ses représentants élus. Dans ce régime idéal, dont le parlement serait alors au cœur³⁹², les représentants élus doivent prendre des décisions tout en étant maîtres de leur jugement. Or, on l'a dit, l'étude d'impact est un outil, un instrument d'aide à la décision. Elle permet donc en apparence de se rapprocher du modèle en informant précisément les parlementaires³⁹³ du contenu du projet de loi.

Néanmoins, il reste des défauts formels et matériels qui nuancent l'utilité de cet outil. C'est le cas de sa longueur extrêmement variable. En Grande-Bretagne, cette longueur est réglementée et varie selon l'importance du projet, toute en étant cohérente. En France aussi, le Conseil constitutionnel a estimé³⁹⁴ que selon les projets de loi, seules

³⁸⁹ Étude d'impact, Projet de loi relatif à la bioéthique, 18 octobre 2010, p. 23.

³⁹⁰ « La révision de la loi bioéthique est prévue par la loi elle-même afin de tenir compte des besoins d'adaptation du texte aux évolutions médicales. »

³⁹¹ JORF n° 0157 du 8 juillet 2011, p. 11835, texte n° 2.

³⁹² Voir, par exemple : Chagnollaud Dominique, *Droit constitutionnel contemporain*, Dalloz, tome 1, p. 200.

³⁹³ Même si ce sont aussi des instruments à destination du Conseil d'Etat et du public.

³⁹⁴ Décision 2009-579 DC du 09 avril 2009, *op. cit.*, cons. 15.

certaines exigences devaient être respectées. Cependant, elles sont parfois trop courtes – c'est le cas de la plupart des études d'impact accompagnant les projets de loi de ratification des traités ou mieux autorisant l'approbation d'un accord sous formes d'échanges de lettres³⁹⁵ – ou trop longues avec des répétitions qui sont dues à la longueur de certains projets de loi et au fait qu'il faut alors respecter la construction formelle imposée. Il faudrait que le caractère détaillé de l'information varie toujours en fonction de l'importance des projets de loi.

D'un point de vue matériel maintenant, il n'y a aucune place pour la doctrine et très peu pour les discussions dans les études d'impact. Certes, les options sont exposées mais sans qu'il y ait une véritable distinction entre les options politiques et les options techniques, ces dernières étant en apparence privilégiées. Par exemple dans l'étude d'impact accompagnant le projet de loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, il y a trois options décrites³⁹⁶ : la médiation présentée comme « indispensable mais insuffisante » le vote d'une résolution parlementaire, un acte symbolique fort, dont la portée concrète est incertaine » ou bien la décision de recourir à un acte normatif. Cette décision sur un tel sujet est éminemment politique alors que dans l'étude d'impact elle paraît purement technique. Selon l'étude d'impact, il « est *indiscutablement nécessaire* » de légiférer et « le fait de priver arbitrairement une personne de la possibilité d'avoir des relations sociales normales en lui imposant par exemple le port du niqab, constitue une forme contemporaine d'asservissement de la personne humaine *qui requiert* cette première réponse normative³⁹⁷ ». Dans cette étude d'impact, longue de vingt-deux pages, il n'y a donc pas véritablement de discussions de choix qui sont pourtant politiques, ni même de réflexion sur un possibilité de ne pas légiférer alors que l'une des justifications de la généralisation de l'étude d'impact est la lutte contre l'inflation législative. Toujours d'un point de vue matériel, il y a très peu d'études des conséquences sociologiques des mesures envisagées, même lorsque l'objet du projet de loi y invite. L'étude d'impact accompagnant le projet de loi sur la réforme des retraites aurait ainsi mérité d'être un peu plus détaillé sur ce point, surtout dans son chapitre trois. De ce point de vue, la participation du public à l'élaboration des études d'impact peut être utile à leur amélioration. Ainsi, au Royaume-Uni, les entreprises, les consommateurs et les associations sont invités à s'exprimer sur la base de données des études d'impact afin de les améliorer. Le gouvernement s'engage à répondre à chaque remarque dans les trente-cinq jours. C'est donc un mécanisme de démocratie participative, par lequel les citoyens sont invités à se prononcer de manière circonstanciée non pas sur le contenu d'un projet de loi mais sur ses conséquences prévisibles, dans le but d'améliorer la décision du parlement qui est l'expression de la démocratie représentative. L'article 83 du règlement de l'assemblée nationale française s'est d'ailleurs inspiré de cette pratique britannique, puisqu'il dispose que « les documents qui rendent compte de l'étude d'impact réalisée sur un projet de loi soumis en premier lieu à l'assemblée « sont mis en ligne afin de recueillir toutes les observations qui peuvent être

³⁹⁵ Elles sont d'une longueur moyenne de quatre pages, ce qui fait douter de leur utilité.

³⁹⁶ mai 2010, 22 p.

³⁹⁷ *Ibid* (souligné par Nous).

formulées ». Ces observations sont transmises aux députés-rapporteurs en charge de l'examen du projet de loi qui peuvent les mettre en annexe de leur rapport. La participation du public pour améliorer le contenu de l'étude d'impact n'est donc pas très significative, ne serait-ce que parce son effectivité est soumise à la bonne volonté du rapporteur. Par conséquent, de manière paradoxale, l'aide à la décision que ce type d'étude peut représenter est limitée matériellement tandis que leur rédaction et l'accent mis sur « la nécessité de légiférer » laisse penser que le Parlement aurait en définitive peu de marge d'appréciation.

Là encore, ce n'est qu'en apparence que l'on tend davantage à se rapprocher du modèle théorique de la démocratie représentative. On réalise une « évolution-révolution » mais sans parvenir à atteindre le but idéalisé. Toutefois, l'« évolution-révolution » n'est pas la seule caractéristique du droit constitutionnel évolutionnaire. La modernisation est aussi recherchée, ce qui suscite beaucoup d'interrogations, ne serait-ce que sur le sens exact de ce terme.

II. L'évolution-modernisation

La modernisation consiste à organiser d'une manière conforme aux moyens nouveaux, par une adaptation à ces derniers. Appliquée au droit, elle lui permettrait d'évoluer de façon à intégrer des innovations ou changements importants dans des domaines aussi divers que les nouvelles technologies, la vie familiale ou la médecine. Or, la généralisation des études d'impact est présentée comme l'un des moyens de modernisation du droit constitutionnel. Elle permettrait de l'organiser d'une manière conforme aux méthodes contemporaines, en particulier par une adaptation aux techniques économiques appliquées au droit (A) ou en participant à la réhabilitation du droit (B).

A. LA MODERNISATION PAR APPLICATION DE CONCEPTS ECONOMIQUES AU DROIT ISSU DE LA CONSTITUTION DE 1958

D'après le rapport des députés Jean Mallot et Claude Goasguen³⁹⁸ : « les règles de qualité sont la marque de la compétitivité ». De même, selon la circulaire du 7 juillet 2011 relative à la qualité du droit³⁹⁹, « À la qualité de la règle de droit s'attachent des enjeux déterminants pour l'attractivité de notre système juridique et pour notre compétitivité économique ».

Dans cette conception, la modernisation se traduit essentiellement par l'application de raisonnements économiques au droit issu de la Constitution de 1958. Il est vrai que les études d'impact ont été créées aux Etats-Unis pour réduire les coûts de des réformes

³⁹⁸ Goasguen Claude, Mallot Jean, Rapport d'information fait au nom du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi, n° 2094, p. 8.

³⁹⁹ *Op. cit.*

en général et de la législation en particulier. D'autant que des travaux d'économistes comme de juristes tels que ceux de l'américain Richard A. Posner⁴⁰⁰ ont démontré les conséquences économiques des normes juridiques tout comme l'impact du droit sur la productivité et l'investissement. De ce fait, des termes utilisés auparavant dans un sens spécifique au droit constitutionnel le sont désormais avec une connotation économique ou financier. Par exemple, dans tous les documents relatifs aux études d'impact on trouve le terme « rationaliser » mais il est employé dans un sens particulier. Il a une acceptation proche de celle déjà utilisée en finances publiques, en tant que mode d'optimisation des dépenses publiques. Il conduit alors à « rentabiliser » l'adoption d'une loi, et non plus seulement à complexifier des procédures afin de favoriser la stabilité du régime parlementaire. Là encore, les exemples pourraient être multipliés avec le terme de gouvernance ou bien l'exigence de réactivité, qui, de concept physique s'est transformé en concept économique désignant la capacité et la rapidité de réaction d'un élément face à la demande. Son application à la procédure législative produit un effet pervers : « Le temps parlementaire a cessé d'être le temps du dialogue mais une perte sèche qui doit être réduite au minimum. Ailleurs, cela s'appellerait précipitation. Ici, l'on parle de réactivité⁴⁰¹. » Il ne s'agit pas seulement de vocabulaire ; des théories économiques sont aussi appliquées au droit et on recherche les conséquences financières de la norme juridique, quand bien même cette recherche pose des problèmes d'efficience⁴⁰². Ainsi, la décision de réaliser une étude d'impact préalable à l'adoption d'un projet de loi est guidée par l'idée que pour qu'une loi soit adoptée, il faut qu'elle corresponde à un besoin, quitte à créer le besoin si nécessaire précisément par le biais cette étude. Plus encore, le Conseil constitutionnel considère qu'il ne devrait pas y avoir de dispositions inutiles dans les lois, l'inutilité étant caractérisée par l'absence de normativité des dispositions. L'exigence qu'une loi soit réellement normative n'est pas nécessairement provoquée par cette évolution, mais elle est en cohérence avec elle, alors que si l'on se refuse à adopter un raisonnement économique, il n'est pas « illégitime d'y trouver des déclarations de principe⁴⁰³ ». L'étude d'impact devrait tout de même aider à mettre fin à ces lois qui se présentent comme une espérance, au risque de paraître utopiques. Si l'on se reporte aux travaux du professeur Nicolas Molfessis sur les titres des lois, il y a eu une multiplication impressionnante des lois « tendant à », « visant à », « incitant » « favorisant » ou « garantissant », des lois qui sont elles-mêmes des déclarations de principe⁴⁰⁴. Les études d'impact peuvent contribuer à réduire l'adoption de ce type de lois, comme celles de toute autre loi, si elles pouvaient révéler leur absence de conséquences. Néanmoins, c'est surtout l'adoption de résolutions prévues par le nouvel article 34-1 de la Constitution et la loi organique du 15 avril 2009 qui pourraient remplir cet office même si, en pratique, la

⁴⁰⁰ Posner Richard A., *The economics of Justice*, Harvard University Press, 1981.

⁴⁰¹ Carcassonne Guy, « Penser la loi » in *Pouvoirs*, n° 114, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁰² Voir, dans cet ouvrage *supra* : Kerléo Jean-François, « L'analyse économique des projets de loi dans les études d'impact ; Bilan critique du droit constitutionnel économique émergent », pp. 119 et s.

⁴⁰³ Brunet Pierre, « Que reste t-il de la volonté générale ? » *Pouvoirs*, n° 114, *op. cit.*, pp. 5 et s.

⁴⁰⁴ Molfessis Nicolas, « Le titre des lois », *Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 64.

loi portant interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public adoptée le 11 octobre 2010 après une telle résolution et avec une étude d'impact insistant sur la nécessité de légiférer prouve que tous ces instruments ne vont pas nécessairement permettre de réduire le nombre de lois adoptées.

Par conséquent, l'étude d'impact est un moyen de modernisation de la démocratie selon le gouvernement, parce qu'elle rationalise la procédure législative dans un sens particulier. C'est aussi un moyen de modernisation, parce qu'elle empêche des évolutions qui ne cadrent pas avec les modèles contemporains. Cela suscite des interrogations quant à la généralisation de l'utilisation du terme « moderniser » à propos du droit constitutionnel.

B. LA MODERNISATION DE LA DÉMOCRATIE ET LE RÉÉQUILIBRAGE DES INSTITUTIONS

Modernisation et rééquilibrage des institutions ont été liés par le décret n° 2007-1108 du 18 juillet 2007 portant sur la création d'un comité de réflexion et de proposition sur la *modernisation* et le *rééquilibrage* des institutions de la Ve République. Selon ce Comité, « Le rééquilibrage des institutions passe d'abord, dans le cadre du régime tel qu'il fonctionne aujourd'hui, par un accroissement des attributions et du rôle du Parlement (...). Il n'est que temps de faire en sorte que l'institution parlementaire remplisse mieux le rôle qui lui incombe dans toute démocratie *moderne* : voter les lois et contrôler le Gouvernement⁴⁰⁵. » En ce qui concerne la généralisation des études d'impact, la réhabilitation du Parlement se traduit par une plus grande information de ses membres mais aussi par le rôle donné à la conférence des présidents pour en contrôler le contenu. Pourtant, elles peuvent apparaître dans leur forme actuelle comme un simple affichage de modernité allant à l'encontre du but recherché. En effet, les études d'impact sont plutôt révélatrices du poids de l'exécutif dans la fonction d'impulsion de la loi. Ce sont les premiers ministres successifs qui depuis la circulaire du 21 novembre 1995 et surtout celle du 26 janvier 1998 ont expérimenté ce procédé. En outre, seuls les services du gouvernement les préparent, le public ne pouvant faire que des observations sur leur contenu. De même, le rôle du président de la République en amont du processus parlementaire apparaît clairement dans le contenu des études d'impact. Si l'on reprend l'exemple de l'étude d'impact sur le Grand Paris, le Président de la République est cité cinq fois dès les trois premières pages comme initiateur du projet. Par ailleurs, ces études font aussi apparaître le rôle important des commissions et comités, non prévus par la Constitution mais qui interviennent sur demande du Président de la république lorsqu'une révision constitutionnelle ou la modification d'une loi est prévue afin d'en définir les contours. Ainsi dans l'étude d'impact d'octobre 2009 sur la réforme territoriale est-il renvoyé, dans l'introduction, aux travaux du Comité pour la réforme des collectivités locales

⁴⁰⁵ Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, *Une Vème République plus démocratique*, Paris, La Documentation française, 2008, pp. 4 et s. (Souligné par Nous)

présidé par Edouard Balladur pour plus de détails, non seulement relatifs à l'état du droit, mais aussi s'agissant des options envisageables. Cela conduit à s'interroger sur l'utilité de concilier les études d'impact et les rapports de commissions sur de tels sujets. Enfin, ce n'est pas seulement le Parlement que la loi organique du 15 avril érige en destinataire des études d'impact, c'est également le Conseil d'Etat. Celui-ci a d'ailleurs commencé à apporter un certain nombre de précisions sur la portée de cette obligation dans ses avis de 2009. Par exemple le 1^{er} octobre 2009⁴⁰⁶, il a précisé que toute saisine rectificative du Conseil d'Etat sur un projet de loi doit s'accompagner de la transmission d'une étude d'impact modifiée tenant compte de la dernière version du projet de loi. L'étude d'impact n'est donc pas uniquement un outil pour le Parlement. Tout cela dévoile les limites des effets de la généralisation des études d'impact sur la réhabilitation du Parlement et surtout de la modernisation envisagée.

Cela conduit à s'interroger sur ce terme de modernisation qui sans doute « implique une rupture avec un vieil héritage⁴⁰⁷ », une rupture qui lorsqu'elle n'est pas spontanée doit être imposée en particulier par le droit. Or, analyser un droit évolutionnaire nécessite de prendre en compte le fait que la création se fait au fur et à mesure en adoptant trois démarches : d'abord éviter les généralisations, ensuite laisser une part à l'imprévisibilité chère à Henri Bergson dans l'« évolution créatrice » en évitant enfin le finalisme, « l'harmonie n'étant pas en avant mais en arrière⁴⁰⁸ », la justification d'une évolution ne correspondant pas toujours à sa portée⁴⁰⁹. L'obligation d'étude d'impact a par conséquent pour finalité de contribuer à réduire le nombre de lois tout en améliorant leur qualité. Sa portée ne pourra correspondre à sa finalité que si leur mode de contrôle ainsi que leur utilisation se développent spontanément. Les études d'impact doivent à leur tour devenir intrinsèquement évolutionnaires...

⁴⁰⁶ CE, Avis n° 383179.

⁴⁰⁷ Caillasse Jacques, « La modernisation de l'Etat », AJDA, 1991, p. 755.

⁴⁰⁸ « L'étude du mouvement évolutif consistera donc à démêler un certain nombre de directions divergentes, à apprécier l'importance de ce qui s'est passé sur chacune d'elles, en un mot à déterminer la nature des tendances dissociées et à en faire le dosage. Combinant alors ces tendances entre elles, on obtiendra une approximation ou plutôt une imitation de l'indivisible principe moteur d'où procédaient leur élan. C'est dire qu'on verra dans l'évolution tout autre chose qu'une série d'adaptations aux circonstances, comme le prétend le mécanisme, tout autre chose aussi que la réalisation d'un plan d'ensemble, comme le voudrait la doctrine de la finalité. » (Bergson Henri, *op. cit.*, p. 76).

⁴⁰⁹ En appliquant ce raisonnement évolutionnaire à l'analyse de la révision de 2008, nous souscrivons par exemple au constat du professeur Pierre-Yves Gahdoun : « Faut-il conclure à une simple rénovation ou à une réelle révolution ? La réponse est en réalité fort malaisée. (...). Une partie de la doctrine a d'ailleurs souligné toute la difficulté d'appréhender une révision dont la teneur exacte dépendra pour partie des lois organiques, sans lesquelles toute législation constitutionnelle resterait bien souvent au stade du virtuel. En vérité, il n'est pas simplement question des lois organiques : le jugement est délicat parce que la patine du temps n'a pas encore agi sur les nouvelles dispositions et qu'en matière constitutionnelle la pratique fait bien souvent mentir la plupart des pronostics qui avaient pu être tenus au moment de la production du texte » (Gahdoun Pierre-Yves, « L'amélioration de la fabrication des lois, entre rénovation et révolution », AJDA 2008, p. 1872).

Conclusion générale

Dominique TURPIN

*Président honoraire de l'Université d'Auvergne
Doyen honoraire de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand*

Par la grâce, à tous égards, de Mathilde PHILIP-GAY, nous avons étudié de manière exhaustive une notion qui est, certes, évoquée par la Constitution depuis la révision du 23 juillet 2008 mais pas expressément nommée, le 3^e alinéa de l'article 39 nouveau, en vigueur depuis le 1^{er} septembre 2009, énonçant seulement que : « La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique ». Il s'est agi, en l'occurrence, de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 portant application des articles 34-1 (habilitation des assemblées à voter des résolutions), 39 et 44 (exercice du droit d'amendement), validée, à certaines réserves près cependant (cf. infra), par le Conseil constitutionnel (décision n° 2009-579 DC du 9 avril) et publiée, avec une circulaire FILLON aux membres du Gouvernement et un communiqué de Matignon, au J.O. du 16 avril (p. 6546).

Cette révision constitutionnelle, la 23^e depuis 1958, voulue par N. SARKOZY et préparée par un comité présidé par E. BALLADUR, prétendait pérenniser la V^e République, à condition de l'adapter aux défis de la modernité, afin d'éviter le passage à une VI^e République de type soit « présidentiel » (régime étranger, à mon avis, au génie du peuple français et, en vérité, peu pratiqué dans le monde), soit « primo-ministériel » (régime condamné par l'adoption du quinquennat présidentiel et l'inversion consécutive du calendrier électoral).

Cette révision reposait sur trois axes principaux : 1) Accompagner la présidentialisation du régime (mais, sur ce point, hormis le hochet de l'article 18§2, les pouvoirs du chef de l'Etat me paraissent avoir été davantage encadrés que renforcés) ; 2) Approfondir les droits des citoyens (référendum d'initiative populaire et institution d'un Défenseur des droits, encore à venir et, surtout, seule véritable réforme et peut-être même révolution, la question prioritaire de constitutionnalité) ; 3) Revaloriser le rôle du Parlement, excessivement abaissé en 1958, objectif souvent réitéré depuis des années, visant à établir enfin un équilibre entre les pouvoirs exécutif et législatif, tant au niveau de la fonction normative de ce dernier qu'à celui de sa fonction de contrôle et, désormais, « d'évaluation des politiques publiques » (art. 24§1 C), ex-post mais aussi ex-ante, par le truchement des études d'impact devant accompagner les projets de loi. L'entrée en vigueur concrète de ces réformes a été

toutefois échelonnée dans le temps, certaines étant immédiates, d'autres fixées au 1^{er} mars 2009, et d'autres enfin subordonnées à la promulgation de lois organiques ou ordinaires, comme celle à laquelle nous nous sommes intéressés.

Au terme des communications, orales ou écrites, intervenues, il m'apparaît que l'institution des études d'impact a reposé sur des textes trop précautionneux pour ne pas déboucher sur des résultats mitigés, du moins pour l'instant, par rapport à l'objectif de revalorisation du rôle du Parlement.

I. Des textes précautionneux

Comme l'a bien montré Sylvie CAUDAL, les études d'impact législatives, même si elles ont avec les études d'impact environnementales instituées par la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, récemment modifiée par celle du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite « Grenelle II⁴¹⁰ », un certain nombre de points communs (inspiration puisée dans les pays anglo-saxons, méthode d'élaboration, caractère obligatoire), elles diffèrent tant par leurs objectifs (les secondes ayant pour but d'infléchir la décision administrative) que par le caractère des sanctions sur lesquelles elles peuvent déboucher (plus strictes en cas d'absence ou d'insuffisance de l'étude d'impact environnementale).

Dans un cas comme dans l'autre, la France n'a nullement été pionnière, mettant ses pas dans ceux de nombreux autres pays, Australie, Etats-Unis d'Amérique, Canada, Royaume-Uni, Espagne, Allemagne et, comme l'a rappelé Monsieur Jean-Pierre BALCOU, aujourd'hui, presque tous les membres de l'OCDE, adeptes des « bonnes pratiques de la gouvernance publique », en particulier par le biais de la législation d'origine gouvernementale (mais aussi, parfois, d'origine parlementaire, ou encore pour ce qui concerne les règlements).

L'exemple vient aussi de l'Union européenne, ainsi que l'a illustré Ioannis PAPADOPoulos dans un français parfait. Les « analyses d'impact », comme on dit dans le langage communautaire, y sont issues de l'initiative « mieux légiférer » (« Better regulation ») prise lors des Conseils européens de Göteborg et de Laeken en 2001. Et il n'est pas indifférent de noter que, derrière une présentation purement technique (intégrer les incidences économiques, sociales et environnementales des propositions législatives de la Commission à travers un habile maniement préventif des contrôles de subsidiarité et de proportionnalité), se cache (à peine) en réalité un objectif politique : « servir comme instrument de légitimation de la Commission, par la procédure à défaut d'une légitimation populaire par le suffrage universel », afin de combler en partie ou de tenter de faire oublier le fameux « déficit démocratique » de l'Union. Bref, « ouvrir la procédure législative européenne à une légitimité externe à

⁴¹⁰ Cf. M.B. Lahorgue, « La réforme de l'étude d'impact », AJDA 2010, p. 1807.

la représentation politique, une légitimité participative provenant directement de la société civile ».

On peut déceler, bien sûr, une certaine contradiction entre l'objectif affiché (combler le déficit démocratique) et l'objectif recherché réellement (améliorer la légitimité de la Commission) et, aussitôt, se demander s'il n'en va pas exactement de même de nos études d'impact législatives, supposées contribuer à la revalorisation du Parlement via un meilleur contrôle des initiatives gouvernementales mais aboutissant peut-être à abaisser encore le rôle de la représentation nationale, doublement menacée : en amont par la concurrence de la démocratie participative et, surtout, par la prépondérance des experts, et en aval par le contrôle du Conseil constitutionnel.

On retrouve cette problématique dans la communication de Philippe BLACHÈR. Pour ma part, je ne crois guère à l'approfondissement de la démocratie participative à travers la publication et la mise en ligne des études d'impact assorties de la possibilité pour n'importe quel citoyen branché (« citizen » ou « netizen ») d'exprimer ses réactions, dont les rapporteurs parlementaires des projets de loi sont censés faire leur miel. Outre le fait que je demeure sceptique sur les compétences de Mme MICHU ou de M. CHAPON relatives à l'impact économique de tel ou tel projet de loi, je suis à peu près certain que personne ne s'intéresse aux réactions des susnommés et, en tout état de cause, je préfère que, sauf pour les enjeux fondamentaux qui peuvent justifier le recours au référendum, les représentants, éclairés par les débats parlementaires, sachent prendre leurs responsabilités quitte à en rendre compte, bien sûr, à leurs électeurs à l'occasion de la prochaine échéance.

En revanche, je redoute que l'étude d'impact, faite par et pour le Gouvernement comme tel était déjà le cas sur le fondement des circulaires du Premier ministre des 21 novembre 1995, 26 janvier 1998, 26 août ou 30 septembre 2003, ne serve surtout à « ficeler » le choix rationnel des représentants au nom des « contraintes » économiques, sociales ou techniques opportunément présentées de manière à rendre la décision inéluctable (je pense au surnom donné à l'ancienne Premier ministre britannique, Margaret THATCHER : « TINA », pour « There is no alternative »). Car, de deux choses l'une : ou bien on peut s'étonner qu'il ait fallu attendre 2008-2009 pour que le Gouvernement se décide à réfléchir avant d'agir et à envisager les effets de ses projets avant de les lancer dans le débat public (par exemple, si l'on avait réalisé une étude d'impact concernant l'impôt sur les portes et fenêtres, peut-être aurait-on perçu les risques de multiplication des cas de tuberculose, et sans doute pourrait-on en dire autant de bien des réformes fiscales intervenues depuis). Ou bien les documents rendant compte de l'étude d'impact joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'Etat et déposés en même temps qu'eux sur le bureau de la première assemblée saisie, qui, très au-delà du traditionnel « exposé des motifs » dont ils doivent être également précédés, « définissent les objectifs poursuivis par le projet de loi, recensent les options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles et exposent les motifs du recours à la nouvelle législation », sont faits avec

tant de sérieux et d'objectivité qu'ils emportent nécessairement l'adhésion de tous les parlementaires de bonne volonté, majorité et opposition confondues, et il n'y a plus de débat démocratique. N'exposent-ils pas, en effet, avec précision, les éléments d'appréciation énumérés par l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009, tels que « l'articulation du projet de loi avec le droit européen en vigueur ou en cours d'élaboration et son impact sur l'ordre juridique interne, l'état d'application du droit sur le territoire national dans le ou les domaines visés par le projet de loi, les modalités d'application dans le temps des dispositions envisagées dans les collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution, en Nouvelle-Calédonie et dans les TAAF, en justifiant, le cas échéant, les adaptations proposées et l'absence d'application des dispositions à certaines de ces collectivités, l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, ainsi que les coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées, en indiquant la méthode de calcul retenue, l'évaluation des conséquences des dispositions envisagées sur l'emploi public, les consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'Etat et la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires » ?

Déjà limités dans leurs choix (et heureusement !) par la Constitution et par nos engagements internationaux, voici donc désormais nos élus contraints par l'avalanche de conséquences « techniques » des projets soumis à leur appréciation ou, plutôt peut-être, à leur ratification. Certes, il est intéressant qu'une assemblée parlementaire puisse désormais, par le truchement de sa Conférence des présidents et après éventuel avis du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, renvoyer sa copie au Gouvernement pour absence ou, plus vraisemblablement insuffisance de l'étude d'impact (l'absence étant plutôt contrôlée après le vote de la loi, sur le fondement de l'article 61§2 C). Toutefois, les pesanteurs du phénomène majoritaire rendent cette hypothèse assez théorique – sauf nouvelle « cohabitation » ou hypothèse d'une majorité de gauche au Sénat – et, d'ailleurs, jamais encore mise en œuvre à ce jour.

Quant au contrôle éventuellement exercé jusqu'à ce stade par le Conseil constitutionnel, saisi par le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre en cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, dans le (très bref) délai de huit jours (art. 39§4 C), Valérie GOESEL-LE BIHAN a bien montré comment, à l'inverse de celui exercé, notamment, par la Cour constitutionnelle allemande, il ne pourra que porter sur l'adéquation du projet de loi aux objectifs qu'il s'est fixés et sur sa proportionnalité stricto sensu à ces derniers, à l'exclusion de toute appréciation sur la nécessité des mesures proposées par rapport à d'autres solutions législatives envisageables, s'agissant à travers le mécanisme des études d'impact d'un objectif beaucoup plus quantitatif (freiner l'inflation législative) que qualitatif (adopter de meilleures lois). Cependant, si l'on ne pourrait évidemment qu'approuver un tel refus de contrôle du « bilan coût-avantages » portant sur la loi elle-même, qui marquerait une nouvelle victoire de la technocratie juridictionnelle sur la démocratie élective parlementaire, on rappelle qu'il s'agit de mesurer l'impact, non de la loi elle-

même, mais seulement du projet de loi déposé par le Gouvernement et que, par voie de conséquence la restriction du contrôle de constitutionnalité interne de ces documents (le contrôle de leur constitutionnalité externe pouvant être facilement contourné, cf. infra), conforte la prééminence de l'Exécutif (même si on nous assure que le Conseil d'Etat exerce, avant la délibération du Conseil des ministres, un contrôle très minutieux autant que discret) et enferme les parlementaires dans la seringue des contraintes économiques, sociales et environnementales entourant les projets de loi en fonction de leur impact, du moins tel que décrit par le Gouvernement lui-même.

Les exceptions à l'obligation d'étude d'impact marquent une autre limite à la prétendue revalorisation du Parlement, même si elles sont en définitive moins largement définies que dans les circulaires de 1995, 1998 et 2003 ou dans la version initiale du projet de loi organique, ainsi que cela ressort clairement de l'exposé de Guillaume PROTIERE. Si l'on admet volontiers que les « lois financières » (lois de programmation de l'article 34§21 C, lois de finances de l'article 47 et lois de financement de la sécurité sociale de l'article 47-1) aient été dispensés de cette obligation en raison de ce qu'on pourrait appeler les « exceptions d'évaluation parallèle » spécifiquement aménagées par la LOLF ou par le Code de la sécurité sociale, réserve faite des dispositions non exclusivement financières qu'elles peuvent contenir, tout comme les législations de crise (quand il y a le feu, on ne va pas perdre du temps à analyser l'impact des mesures préconisées pour y faire face !), on est beaucoup plus réservé pour ce qui concerne les projets de lois référendaires (si tant est d'ailleurs qu'ils soient exclus du régime de droit commun, car ils ne sont pas mentionnés spécifiquement et car, après tout, les lois référendaires sont des lois ordinaires), car les citoyens ont sans doute au moins autant que leurs élus besoin d'être éclairés (objectivement) sur les conséquences des choix qu'on leur propose de trancher (encore que les préoccupations de « légitimité » chères à Laurent ECK soient peut-être moins prégnantes à ce niveau).

De même, on comprend mal pourquoi les projets de loi les plus haut placés dans la hiérarchie des normes, ceux portant sur des révisions de la Constitution, échappent à l'obligation d'être accompagnés d'une étude d'impact. Ce qui est imposé aux projets de loi « ordinaires » ne l'est pas s'agissant des modifications à la loi « fondamentale », alors même que les projets de lois organiques, qui portent souvent sur le même objet, y sont astreints : quelle différence, par exemple, entre une réforme comme celle du quinquennat présidentiel intervenue à l'automne 2000 (que les Français auraient peut-être rejetée s'ils en avaient perçu toutes les conséquences institutionnelles et politiques) et celles instaurant le référendum d'initiative populaire, dont on ne manquera pas de mesurer l'impact ? Par ailleurs, il eût peut-être été souhaitable que les propositions de lois, du moins celles inscrites à l'ordre du jour des assemblées parlementaires, soient également soumises à une semblable obligation, même si le

règlement intérieur de ces dernières permet parfois de le faire⁴¹¹. Enfin, on a bien noté que les lois autorisant le chef de l'Etat à ratifier les engagements internationaux les plus importants étaient soumises à un « régime ad hoc » (mais : régime « ad hoc », contrôle « tintin » !) au final relativement proche du régime de droit commun, si ce n'est la « réserve sur les réserves » du Conseil constitutionnel (579 DC) assurant que le renforcement du rôle du Parlement à ce niveau n'entravera pas les prérogatives de l'Exécutif dans le domaine des relations internationales.

Il en va de ainsi des lois habilitant le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances, qui visent à lui assurer un maximum de liberté, affaiblissant d'autant le Parlement dans l'exercice de sa fonction législative qu'on n'y a jamais autant recouru que ces dernières années (selon le rapport publié en janvier 2007 par les services des études juridiques du Sénat, Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution, leur nombre a quintuplé de 2003 à 2005 et, en 2004, 55 % des textes intervenus dans les matières législatives étaient des ordonnances, le nombre de celles publiées entre 2004 et 2007 – 170 – ayant été supérieur à celui – 155 – des vingt années précédentes). Si ces projets de lois d'habilitation doivent être accompagnés d'un peu plus que « la présentation d'éléments succincts d'évaluation » du projet initial de loi organique, cela ne va pas pour autant, a précisé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 579 DC, jusqu'à « imposer au Gouvernement de faire connaître au Parlement la teneur des ordonnances qu'il entend prendre sur le fondement de l'habilitation qu'il demande pour l'exécution de son programme », par application au droit constitutionnel de l'adage « donner et retenir ne vaut ». Quant aux projets de loi de ratification de ces ordonnances, le fait que le Conseil constitutionnel, privilégiant la lettre de l'article 39 de la Constitution par rapport à ce qu'est sans doute son esprit, a paradoxalement abouti à les soumettre au régime de droit commun et, donc, à obliger le Gouvernement à évaluer au moins indirectement l'impact des ordonnances elles-mêmes, pourtant exclues par la loi organique.

II. Des résultats mitigés

Le scepticisme que l'on peut éprouver à l'égard des études d'impact législatives, près de seize mois après l'entrée en vigueur de cette réforme (et 83 études d'impact transmises au Parlement, dont la moitié environ concernant des lois de ratification, longues de 30 à 300 pages chacune, selon M. BALCOU) ne peut, à mon sens, qu'être renforcé si l'on compare les résultats concrets obtenus par rapport aux objectifs affichés, quantitatifs (lutter contre l'inflation législative) et qualitatifs (améliorer l'efficacité des lois grâce à cet outil d'aide à la décision) et si l'on s'attarde sur les possibilités de contourner cette obligation qu'offrent les textes et la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

⁴¹¹ Cf. l'article 146-6 du RAN ou, pour les amendements parlementaires, son article 98-1.

- De TACITE (« Le signe auquel on reconnaît la décomposition d'un Etat est la multiplication de ses lois ») à J. CHIRAC (« Trop de lois tuent la loi »), en passant par MONTAIGNE (« Nous avons en France plus de lois qu'il n'en faudrait pour régler le monde »), DESCARTES (« La multitude des lois fournit souvent des excuses aux vices, en sorte qu'un Etat est bien mieux réglé lorsque, n'en ayant que fort peu, elles y sont étroitement observées »), PORTALIS (« L'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles »), Benjamin CONSTANT (« La multiplication des lois flatte dans les législateurs deux penchants naturels : le besoin d'agir et le plaisir de se croire nécessaire »), ou MONTESQUIEU (« Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires »), on dénonce rituellement le nombre excessivement élevé de nos lois, leurs longueurs et leurs dispositions non normatives, leur peu d'accessibilité et d'intelligibilité, tous défauts affectant l'expression de la volonté générale par la représentation nationale. Chacun y va de sa formule pour dénoncer « la logorrhée législative », le « nouveau virus LHI » (lois hautement inutiles) d'une société qui, selon le mot de R. de DENOIX de SAINT-MARC, alors vice-président du Conseil d'Etat, « sécrète la loi comme le foie sécrète la bile », qui concluait, en janvier 2000 à l'occasion des vœux : « Légiférons moins, légiférons mieux ! ».

En effet, la XI^e législature (1997-2002) a vu l'adoption de 423 lois (dont 210 autorisant la ratification d'un traité) et la XII^e (juin 2002-février 2007) 463 (dont 222), parfois très longues et très complexes (la loi du 9 juillet 2004 sur les communications électroniques remplit 101 pages de J.O. et celle du 13 août sur les libertés et responsabilités locales 231). Le volume du J.O. « lois et décrets » a été multiplié par 40 en 40 ans. Le Recueil des lois de l'Assemblée nationale comptait 340 pages en 1964 et environ 2 500 depuis le début du XXI^e siècle. Le site Légifrance publie, depuis juin 2006, les tableaux de bord semestriels intitulés « Evolution du volume des textes » particulièrement illustratifs de ce phénomène. La France comptait, au 13 juillet 2010, 12 512 lois en vigueur et 171 521 décrets⁴¹², se succédant ou plutôt s'empilant sans toujours se remplacer bien que, régulièrement, on s'engage à abroger les textes tombés en désuétude (dont, parmi d'innombrables exemples, la loi « relative à la lutte contre la tromperie sur l'origine des noix » ou celle concernant « la répression des fraudes sur le guignolet »).

C'est bien pourquoi, suite au rapport public du Conseil d'Etat sur La sécurité juridique et la complexité du droit publié en avril 2006 fut constitué auprès du Premier ministre un groupe de travail qui, ayant relevé, dans son rapport de février 2007, que « l'inflation normative est la source de sévères pathologies du droit et altère le rapport de la société française aux règles qu'elle se donne », suggéra « une évaluation a priori

⁴¹² Quoique ces chiffres soient sujets à caution. Cf. la controverse entre *Le Monde*, dont l'éditorial du 13 janvier 2011 (« Les lois inapplicables, un mal français ») estimait à 8 000 le nombre de lois en vigueur et à 110 000 celui des décrets, et le secrétaire général du Gouvernement, S. Lasvignes (*Le Monde*, 5 février 2011) ramenant ces estimations à 2 000 lois et 26 000 décrets, du fait de la codification intervenue.

de chaque projet ou proposition de loi ainsi qu'une étude d'impact et un meilleur encadrement du droit d'amendement ». Ce que reprit à son compte le rapport du comité BALLADUR d'octobre 2007 (proposition n° 25 : « Imposer des études d'impact préalables au dépôt des projets de loi, avec une procédure spéciale de contrôle par le Conseil constitutionnel ») puis, au final, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi organique du 15 avril 2009. Pourtant, si on se livre à « l'évaluation de l'évaluation »⁴¹³, on est davantage enclin à pencher vers le « scepticisme » que vers les « espérances »⁴¹⁴, même si le rapport GOASGUEN-MALLOT du 19 novembre 2009 au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques relatif, notamment, aux critères de contrôle des études d'impact, semble plus mesuré, peut-être parce que ne bénéficiant pas encore de beaucoup de recul.

Qualitativement, on dénonce les « effets d'annonce » en réponse à la demande sociale ou à tel ou tel fait divers, les « textes cosmétiques », le « droit mou », le droit flou, le droit « à l'état gazeux », les lois mal appliquées faute d'un « service après vote » efficace. Ainsi, le taux d'exécution de celles adoptées en urgence, selon les rapports annuels du Sénat (cf. le 61°, publié en janvier 2010 : sur 27 lois promulguées en 2008-2009 nécessitant des mesures réglementaires d'application, 17 étaient totalement ou partiellement mises en œuvre au 30 septembre 2009). Tout cela n'est d'ailleurs pas vraiment nouveau : dès le 30 mai 1990, par exemple, le Président MITTERAND dénonçait « les tombereaux de textes en retard » et incitait son gouvernement à s'engager à ce que « tout projet de loi soit accompagné de ses décrets d'application ». On sait ce qu'il en advint, même si, en 1990, puis le 16 février 2004, les députés ont modifié leur règlement (art. 86) afin de renforcer leur contrôle en la matière.

Plus tard, la loi de simplification du droit du 9 décembre 2004 imposa bien aux ministres de présenter, six mois après la promulgation d'une loi, un rapport sur son application, mais chaque Premier ministre doit néanmoins le rappeler en vain (D. de VILLEPIN le 26 juillet 2006, F. FILLON dans une circulaire du 29 février 2008, imposant aux ministres une « obligation de résultat »). Depuis longtemps, le Conseil d'Etat censure les retards à exécuter les lois et adresse même au Gouvernement des injonctions sous astreinte. Le 29 janvier 2009 encore, J.L. WARSCHMANN, président de la commission des lois de l'Assemblée nationale, préconisait, dans son Rapport sur la simplification du droit, que toutes les lois de plus de trois ans non encore appliquées fassent l'objet d'un examen par les ministères concernés puis soient ou bien effectivement appliquées, ou bien abrogées, et qu'une loi de simplification soit adoptée chaque année afin de renforcer la sécurité et la cohérence de nos règles juridiques (proposition n° 28).

⁴¹³ Cf. G. Bergougnoux, « L'évaluation de l'évaluation : le contrôle des études d'impact », *Constitutions*, 2010, p. 226.

⁴¹⁴ Cf. A. Haquet, « Les études d'impact des projets de loi, espérances, scepticisme et compromis », *AJDA* 2009, p. 1986.

En fin de compte, il n'apparaît pas que l'obligation de joindre aux projets de lois une étude d'impact ait eu la moindre influence sur la quantité des lois produites, sur leur longueur, leur complexité et même leur qualité. On ne peut non plus citer aucun exemple de projet abandonné ou modifié en réaction aux enseignements d'une telle étude. Le caractère somme toute assez formel de la réforme semble confirmé par les quelques faits suivants : en janvier 2009, à l'initiative du président de sa commission des lois, l'Assemblée nationale a « externalisé sa fonction législative » (P. GONOD) en attribuant, pour 8 340 euros, un marché « d'expertise juridique dans le domaine du droit pénal » à une entreprise privée, il est vrai avant l'entrée en application de l'obligation d'étude d'impact. Le 5 février 2010, un groupe de travail commun aux députés et aux sénateurs a été constitué pour, une fois de plus, « améliorer la qualité des lois ». Le 4 mai 2010, M. J.M. SAUVÉ, vice-président du Conseil d'Etat, s'est plaint des conditions de saisine de cette institution par le Gouvernement sur les projets de loi (76 % examinés en moins d'un mois, avec recours de plus en plus fréquent à la procédure d'urgence, peut-être pour rattraper le temps consacré à élaborer une étude d'impact). Le 25 mai 2010, l'Union Syndicale des Magistrats Administratifs a réclamé une « véritable étude d'impact » sur le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, en particulier quant au rôle du juge administratif, dont l'intervention programmée avant celle de son homologue judiciaire devrait faire passer le nombre des requêtes en ce domaine de 10 000 à 40 000 par an, etc.

- Ce projet de loi constitue au demeurant un bon exemple des possibilités laissées au Gouvernement de contourner son obligation en matière d'étude d'impact, renforcées me semble-t-il par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ainsi, pour faire suite aux conclusions du séminaire gouvernemental du 8 février 2010 relatif à l'identité nationale, le projet de loi sur l'immigration adopté par le Conseil des ministres du 31 mars, précédé d'une étude d'impact de 144 pages, visait essentiellement à transposer dans le droit français trois directives communautaires. Mais entretemps, le discours sécuritaire prononcé à Grenoble par le chef de l'Etat le 30 juillet a entraîné de très nombreuses modifications du texte initial par voie d'amendements – dont celle relative à la déchéance de nationalité des citoyens français depuis moins de dix ans ayant tué un fonctionnaire d'autorité –, validées en première lecture par les députés le 12 octobre 2010 sans qu'aucune nouvelle étude d'impact ne soit venue évaluer les conséquences de ces modifications, pourtant tout à fait capitales.

Outre le fait de déguiser un projet de loi en proposition ou de l'insérer dans les « dispositions non exclusives » d'une loi de finances, l'exercice du droit d'amendement, visé par la même loi organique du 15 avril 2009, permet donc de contourner l'obligation de réaliser une étude d'impact, avec l'aval d'un Conseil constitutionnel qui s'est plutôt appliqué, me semble-t-il, à limiter les effets potentiels de la réforme.

Déjà le Conseil, chargé selon le 4^e § de l'article 39 de la Constitution de trancher le litige si la Conférence des présidents de l'assemblée sur le bureau de laquelle le projet de loi a été déposé le saisit dans les dix jours au motif que cette règle de présentation des projets de loi aurait été méconnue, a validé, par sa décision n° 579 DC du 9 avril, la loi organique du 15 avril 2009, mais sous la réserve que « l'élaboration d'études particulières répondant à chacune des prescriptions de ces alinéas ne saurait être exigée que pour autant que ces prescriptions ou l'une ou l'autre d'entre elles trouvent effectivement à s'appliquer compte tenu de l'objet des dispositions du projet de loi en cause » et à l'exception de ce qui concerne, non « la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires », mais « leurs orientations principales et le délai prévisionnel de leur publication », injonction au Gouvernement méconnaissant « le principe de séparation des compétences du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire ». Il a également précisé que la présentation de l'étude d'impact ne devait pas obligatoirement intervenir « dès le début de l'élaboration » des projets de loi.

Mais le vrai problème, à mon avis, est surtout que ces études d'impact interviennent trop tôt, sur des textes ensuite profondément modifiés par voie d'amendements, comme on l'a vu sur le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité et, davantage encore, pour celui relatif à la réforme des collectivités territoriales. Initialement, en effet, outre le texte adopté en décembre 2010, trois autres projets de loi concernant l'élection des élus régionaux et départementaux avaient été déposés, le 21 octobre 2009, sur le bureau du Sénat (projets n°s 61 relatif à l'élection des conseillers territoriaux et au renforcement de la démocratie locale, 62 relatif à l'élection des membres des conseils des collectivités territoriales et des établissements publics de coopération intercommunale, 63 organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux) tandis qu'un autre projet de loi relatif à la clarification des compétences et des cofinancements des collectivités territoriales aurait dû être adopté ultérieurement. Mais, au final, a d'abord été adoptée la loi n° 2010-145 du 26 février 2010 organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux, à propos de laquelle le Conseil constitutionnel (décision n° 603 DC du 11 février 2010) a admis que plusieurs projets de lois portant sur un même objet puissent être accompagnés d'une étude d'impact commune, les autres projets ayant été adjoints au projet de loi sur la réforme des collectivités territoriales par voie d'amendements gouvernementaux déposés en commission des lois, en application de l'article 88 du RAN, lors de sa discussion en première lecture à l'Assemblée nationale.

Mais, aux requérants invoquant la violation par les articles 1^{er} (mode de scrutin pour l'élection des conseillers territoriaux), 6 (tableau fixant le nombre de conseillers territoriaux par départements et par régions) et 73 (clarification des compétences et des cofinancements) de la loi portant réforme des collectivités territoriales « des exigences fixées à l'article 39 de la Constitution qui imposent la consultation du

Conseil d'Etat... et la présentation d'une étude d'impact » ainsi que « des principes de clarté et de sincérité des débats », le Conseil, par sa décision n° 618 DC du 9 décembre 2010, se contenta de répondre que ces articles, qui présentent un lien direct avec les dispositions qui figuraient dans le projet de loi de réforme des collectivités territoriales, ont été insérés en première lecture par l'Assemblée nationale et que, « dès lors, sont inopérants les griefs tirés de la méconnaissance des exigences relatives aux projets de loi concernant leur examen obligatoire par le Conseil d'Etat... et leur présentation » (formule allusive reprenant celle de l'article 39§3 de la Constitution, faisant implicitement référence aux conditions de présentation des études d'impact) et, donc, « ont été adoptés selon une procédure conforme à la Constitution ».

Cette jurisprudence est – hélas ! – parfaitement cohérente avec celle résultant de la décision n° 468 DC du 3 avril 2003 relative à l'élection des conseillers régionaux ayant considéré « que, si le Conseil des ministres délibère sur les projets de loi et s'il lui est possible d'en modifier le contenu, c'est, comme l'a voulu le constituant, à la condition d'être éclairé par l'avis du Conseil d'Etat ; que, par la suite, l'ensemble des questions posées par le texte adopté en Conseil des ministres doit avoir été soumis au Conseil d'Etat lors de la consultation » et que, en l'espèce, « en substituant, pour l'accès au second tour des élections régionales, un seuil égal à 10 % du nombre des électeurs inscrits au seuil de 10 % du total des suffrages exprimés retenu par le projet de loi soumis au Conseil d'Etat, le Gouvernement a modifié la nature de la question posée au Conseil d'Etat... que les requérants sont dès lors fondés à soutenir que cette disposition du projet de loi a été adoptée selon une procédure irrégulière ».

Car ce qui avait alors été censuré, c'est la maladresse du Gouvernement de l'époque, qui aurait pu facilement contourner l'obstacle en déposant un amendement devant la première assemblée saisie. Il en va de même s'agissant des études d'impact et le Gouvernement FILLON, dans ses « observations », a eu beau jeu de rappeler qu'« il est de jurisprudence bien établie que le droit d'amendement des parlementaires et du Gouvernement doit pouvoir s'exercer pleinement au cours de la première lecture des projets ou des propositions de loi par chacune des assemblées » et ne peut être limité que par les règles de recevabilité et les dispositions de l'article 45 de la Constitution. Ainsi, sans aller jusqu'à parler de « détournement de procédure »⁴¹⁵, il est clair que si l'absence ou l'insuffisance de l'étude d'impact désormais supposée accompagner les projets de loi peut constituer un vice de constitutionnalité externe de la loi, au même titre que les avis du Conseil d'Etat, la parade est vraiment facile à trouver ce qui accentue encore le caractère assez formel de la réforme ici étudiée.

⁴¹⁵ Cf. O. De David Beauregard-Berthier, « Le contrôle du détournement de procédure en matière d'élaboration des lois », *RFDC* 2009, n° 79, p. 453.

Table des matières

Préface	6
<i>Dominique Rousseau</i>	

PREMIERE PARTIE - ÉTUDE DES ÉTUDES D'IMPACT

CHAPITRE 1 - ÉTUDES DE L'ÉVALUATION EX ANTE

L'usage stratégique des études d'impact dans la procédure législative européenne.....	10
<i>Ioannis Papadopoulos</i>	

Études d'impact législatives et études d'impact environnementales : éléments de comparaison.....	28
---	-----------

Sylvie Caudal

CHAPITRE 2 - ÉTUDES DE L'ÉVALUATION LÉGISLATIVE

Les études d'impact et la légistique	41
<i>Laurent Eck</i>	

Les études d'impact dans la procédure législative	50
<i>Philippe Blachère</i>	

L'exception à l'obligation d'études d'impact	61
<i>Guillaume Protière</i>	

CHAPITRE 3 - ÉTUDE DE L'ÉVALUATION DES ÉTUDES D'IMPACT

Réflexions sur l'audit des analyses d'impact de l'Union Européenne.....	73
<i>Marc Hostert</i>	

SECONDE PARTIE - L'IMPACT DES ÉTUDES D'IMPACT

CHAPITRE 1 - L'IMPACT SUR LA FONCTION LÉGISLATIVE

Les études d'impact : mieux légiférer par l'évaluation préalable	89
<i>Jean-Pierre Balcou</i>	
Regards parlementaires sur les études d'impact accompagnant les projets de loi	103
<i>Jean Mallot</i>	

CHAPITRE 2 - L'IMPACT SUR LE CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ

Études d'impact de l'article 39 de la Constitution et contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel	110
<i>Valérie Goesel-Le Bihan</i>	

CHAPITRE 3 - L'IMPACT SUR LE DROIT CONSTITUTIONNEL

L'analyse économique des projets de loi dans les études d'impact - Bilan critique du droit constitutionnel économique émergent	119
<i>Jean-François Kerléo</i>	
L'obligation de joindre des études d'impact aux projets de loi. Une illustration des évolutions récentes du droit issu de la Constitution du 4 octobre 1958	137
<i>Mathilde Philip-Gay</i>	

Conclusion générale	148
<i>Dominique Turpin</i>	

Table des matières	159
	60