



HAL
open science

Les études d'impact : quelle remise en ordre ? A. Vidal Naquet

Ariane Vidal Naquet

► **To cite this version:**

Ariane Vidal Naquet. Les études d'impact : quelle remise en ordre ? A. Vidal Naquet. Le désordre normatif et la qualité de la norme, Mar 2014, St Denis, France. hal-01794774

HAL Id: hal-01794774

<https://hal.science/hal-01794774v1>

Submitted on 4 Jun 2018

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

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

Les études d'impact, quelle remise en ordre ?

Ariane VIDAL NAQUET ILF GERJC UMR DICE 7318

L'étude d'impact a clairement été pensée comme un moyen de remédier au désordre normatif et d'améliorer la qualité de la loi. C'est ainsi que rapport public du Conseil d'Etat pour 2006, consacré à la sécurité juridique et à la complexité du droit, fait de l'étude d'impact l'un des instruments de la qualité de la loi et du droit. C'est l'objectif de la révision constitutionnelle de 2008 qui, suivant les recommandations du Comité Balladur, souhaite améliorer la préparation de la loi en imposant le recours aux études d'impact. C'est encore ce que confirment les conclusions de la mission Warsmann sur la qualité de la norme juridique, dont le rapport intitulé « Simplifions nos lois pour guérir un mal français » de 2009, indique que « *L'instrument principal proposé pour lutter contre l'inflation normative et participer à la qualité de la norme est l'étude d'impact* ».

Dans cette optique, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, sans consacrer directement les études d'impact, ajoute à l'article 39 C un troisième alinéa selon lequel « la présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique »¹. Selon la loi organique 2009-403 du 15 avril 2009, figure parmi ces nouvelles exigences le principe selon lequel, sauf exceptions, tous les projets de loi sont accompagnés d'une étude d'impact. L'article 8 de la loi précise que les documents rendant compte de cette étude d'impact « 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 ». Il prévoit une énumération fournie des documents rendant compte de l'étude d'impact, qui doivent exposer avec précision : « 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, les textes législatifs et réglementaires à abroger et les mesures transitoires proposées ; les conditions d'application des dispositions envisagées dans les collectivités régies par les articles 73 et 74 de la Constitution, en Nouvelle-Calédonie et dans les Terres australes et antarctiques françaises, 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 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 ; l'évaluation des conséquences des dispositions envisagées sur l'emploi public ; les consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'État ; la liste prévisionnelle des textes d'application nécessaires ».

Les travaux parlementaires aussi bien de la révision constitutionnelle de 2008 que de la loi organique de 2009 montrent que l'étude d'impact a été conçue comme un moyen d'améliorer la qualité de la loi, de lutter contre l'inflation normative, de juguler l'instabilité des normes voire de participer à la simplification du droit. En imposant de s'interroger sur la nécessité du recours à la loi ainsi que sur son impact prévisible, elle peut décourager les lois inutiles, peu efficaces, voire contre-productives. Ce

1 Ainsi, dans son rapport public, le Conseil d'Etat indique : « *Il est aujourd'hui nécessaire de s'interroger sur l'opportunité de recourir à un instrument juridique de rang plus élevé dans la hiérarchie des normes que la circulaire et tendant à fixer quelques obligations de procédure, en particulier à subordonner le dépôt d'un projet de loi devant les Assemblées à ce qu'il soit assorti d'une évaluation préalable de l'impact de la réforme. Ces règles pourraient figurer dans une loi organique, prise sur le fondement d'un alinéa ajouté à l'article 39 de la Constitution en vue d'organiser la procédure d'élaboration et de dépôt des projets de loi devant le Parlement* »

faisant, elle permet de lutter contre la prolifération normative tout en améliorant l'efficacité de la loi. En imposant une instruction et une concertation minimales de la part des différents services concernés, en favorisant la consultation et la participation, l'étude d'impact a, mécaniquement mais aussi structurellement, un effet modérateur, ralentissant le rythme de certaines réformes hâtives. Au-delà, l'étude d'impact invite à prendre la mesure de la réglementation existante, à envisager comment la nouvelle loi pourra s'y insérer ainsi que les actes qui seront nécessaires à son application. En ce sens, l'étude d'impact contribue à un meilleur agencement des normes les unes par rapport aux autres ainsi qu'une meilleure articulation des normes entre elles, participant de la simplification ou plutôt de la rationalisation du droit. Enfin, l'étude d'impact a également été conçue comme un moyen de faciliter le contrôle du Parlement sur les projets de loi déposés par le Gouvernement, dans le cadre de la nécessaire revalorisation parlementaire, ce qui explique d'ailleurs le caractère asymétrique de l'obligation posée par la loi organique, limitée aux projets de lois. Dans cette optique, le Gouvernement doit convaincre les parlementaires du bien-fondé de la réforme proposée, d'autant que le renouveau du rôle des commissions laisse, temporairement au moins, le projet de loi entre les mains des parlementaires.

Pratiqué dans bon nombre de pays étrangers, promu par l'OCDE au nom de l'efficacité du droit sous l'acronyme AIR (Analyse d'Impact de la Réglementation)², généralisé dans le cadre de l'Union européenne, le recours à l'étude d'impact n'est pas nouveau. En France, il a été préconisé à plusieurs reprises. C'est notamment le cas de la circulaire du Premier Ministre du 26 juillet 1995 qui, suivant en cela les orientations du rapport Picq sur la réforme de l'Etat, prescrivait la réalisation d'études d'impact pour les projets de lois, les projets d'ordonnances ainsi que les projets de décrets en Conseil d'Etat, circulaire complétée par celles du 21 novembre 1995 et du 26 janvier 1998. Ces tentatives se sont néanmoins avérées infructueuses et les circulaires ont d'ailleurs été abrogées en 2004. Cette réserve, cette réticence même vis-à-vis des études d'impact explique le choix d'un adossement constitutionnel en 2008. C'est ce que relève notamment le rapport de l'OCDE : « cet ancrage constitutionnel constitue une « première » par rapport aux autres pays européens », le recours à un texte constitutionnel et organique traduisant la difficulté à imposer les études d'impact dans le processus de production normative³. Dans le domaine environnemental, en revanche, le recours aux études d'impact s'est imposé assez tôt et s'est avéré fécond, les exigences requises étant cependant plus limitées et cantonnées à l'aspect environnemental. En matière financière, l'étude d'impact prend une forme un peu particulière, celle de l'évaluation financière, très largement revalorisée par la loi organique de 2009 et ses dispositions modifiant la LOLF. L'étude d'impact environnementale, tout comme l'évaluation financière, seront exclues du champ de cette étude dans la mesure où elles ne s'intéressent pas, ou qu'accessoirement, à la question du désordre normatif pour se concentrer plutôt sur celle de l'efficacité de la norme.

Reste à savoir si les études d'impact accompagnant les projets de lois permettent réellement de remédier au désordre normatif, si elles permettent effectivement une remise en ordre et, le cas échéant, quelle remise en ordre. Car il y a, derrière cette notion de « remise en ordre », plusieurs présupposés. D'abord, celui selon lequel il existait un ordre qui a été dérangé, brouillé, et qu'il convient donc de retrouver l'ordre initial, l'ordre premier : tel est bien le sens de l'expression « remettre en ordre ». Mais

2 Pour une approche de droit comparé, voir P. Dautry, « Etudes d'impact et procédures d'évaluation : approche de droit comparé et actualité. L'efficacité de la norme juridique bénéficiera-t-elle d'un regain d'AIR ? » in *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité ?* s.d. L. Gay, M. Fatim-Rouge Stefanini, A. Vidal Naquet, Bruylant, 2012, p. 161 et s.

3 Rapport OCDE 2009, cité par L. Eck, « Les études d'impact et la légistique, in *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, s. d. M. Philip-Gay, LGDJ, 2012, p. 41 et s., spéc. p. 45

on pourrait aussi imaginer un retour à l'ordre qui ne soit pas le même que l'ordre existant antérieurement, auquel cas il n'y aurait pas remise en ordre mais simple mise en ordre. Cela étant, aussi bien la première que la deuxième hypothèse - remise en ordre ou mise en ordre - supposent la possibilité d'un ordre. Dans ces deux cas, en effet, le désordre n'est vu que comme un négatif, comme une absence d'ordre et tel est le deuxième présupposé. Or il se pourrait très bien que le désordre ne soit pas seulement un manque, une absence, mais qu'il revête, en soi, une certaine consistance⁴. Autrement dit, il existe peut-être un désordre qui n'est pas seulement le pendant négatif de l'ordre mais qui existe en soi et indépendamment de l'ordre ; ainsi, le renversement du désordre ne conduirait pas au rétablissement d'un ordre déjà connu ou attendu mais à autre chose. Par ailleurs, et c'est encore un présupposé, l'idée de remise en ordre suppose qu'il n'existe qu'un seul ordre, un ordre objectif qui s'impose à tous. Mais peut-être l'ordre est-il, au contraire, subjectif, de sorte qu'il existe autant d'ordres que de points de vue, auquel cas on pourrait parler de (re)mise en ordres. Enfin, l'ordre est perçu comme une qualité, à laquelle s'oppose le désordre. Il est rassurant, stable, logique voire rationnel, à l'inverse du désordre, synonyme de complexité, confusion, de dérèglement, ce qui explique la nécessité de la remise en ordre. Mais l'ordre ne doit-il pas être considéré comme un résultat contingent, presque aléatoire, qui ferait de la remise en ordre un idéal impossible à atteindre ?

Qu'attendre, dans ces conditions, des études d'impact ? On a parlé, à cet égard, de véritable « révolution juridique » mais quelle remise en ordre promettent-elles ? Quel bilan, après presque 5 ans d'application du nouveau dispositif ? La portée des dispositions de la loi organique de 2009, complétée par la circulaire du 15 avril 2009, les recommandations du Guide de légistique⁵, les instructions données par le Secrétariat général du Gouvernement, est étroitement dépendante de leur application concrète. Car la procédure est jeune et la pratique encore immature. En témoigne le rapport du Comité d'évaluation des politiques publiques de l'Assemblée nationale, dit Rapport Goasgen, remis en novembre 2009, qui a fait un bilan nuancé de la mise en application des études d'impact depuis avril 2009, notant une progression de la qualité des études d'impact tout en soulignant les insuffisances. En témoignent également les rapports publics du Conseil d'Etat, qui s'intéressent chaque année à la qualité des études d'impact et des évaluations préalables et dont le dernier relève à nouveau, à l'instar des précédents, que « la qualité des études d'impact (...) doit être encore sensiblement améliorée »⁶. En effet, les études d'impact restent pensées comme un document accompagnant un texte de loi à un stade donné du processus de décision et non comme un véritable élément du processus de production normative, comme le constate l'OCDE. De fait, la remise en ordre est encore décevante. Les études d'impact ne permettent d'atteindre qu'un résultat imparfait et demeurent un processus inachevé.

I UN RESULTAT IMPARFAIT

La remise en ordre espérée reste encore décevante : d'abord, le contenu des études d'impact, bien que très largement détaillé par la loi organique du 15 avril 2009, est encore peu satisfaisant ; ensuite, les

4 Pour une approche philosophique, voir B. Piettre, « Ordre et désordre : le point de vue philosophique », in *Désordre(s)*, CURAPP, PUF, 1997

5 Élaboré par le Conseil d'État et le Secrétariat général du Gouvernement, le Guide de légistique précise que « la procédure de l'étude d'impact constitue l'un des outils majeurs des politiques mises en œuvre pour améliorer la qualité de la réglementation »

6 Voir notamment le Rapport public 2013, p. 180

difficultés méthodologiques sont encore très présentes ; enfin, le champ d'application de l'étude d'impact reste limité.

A) Un contenu variable

Le contenu des études d'impact est énoncé avec précision par la loi organique du 15 avril 2009, précisé et complété par circulaires. Ces exigences peuvent être synthétisées autour de quatre interrogations indissociables de la remise en ordre espérée, interrogations qui sont encore inégalement abordées par les études d'impact.

1° La nécessité de la loi : est-il nécessaire de légiférer ? L'étude d'impact impose de réfléchir au principe même du recours à la loi, ce qui devrait permettre, par contrecoup, de mieux maîtriser la production normative. Les ministères doivent ainsi se poser la question de « l'option zéro » : l'objectif politique affiché est-il susceptible d'être atteint sans recourir à l'édiction de normes nouvelles et en se contentant de l'arsenal normatif existant ? Ils sont également invités à envisager l'option alternative, c'est-à-dire recourir à d'autres instruments que la loi (adaptation de la réglementation existante, renvoi aux acteurs privés, renvoi à la *soft law*). Dans bon nombre de cas, cette étape est assez rapidement évacuée et il n'y a pas, ou peu, d'examen sérieux de l'éventail des solutions susceptibles de se substituer à la réglementation, comme le relèvent le rapport Goasgen de 2009 tout comme les rapports successifs du Conseil d'Etat et comme en témoigne par exemple le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, déposé à l'Assemblée nationale le 17 juillet 2013.

2° L'efficacité de la loi : une fois qu'il a été décidé de recourir à la loi, encore faut-il que cette dernière permette effectivement d'atteindre l'objectif poursuivi. On trouve généralement dans les études d'impact un exposé de l'objectif à atteindre et des moyens retenus pour ce faire. On relèvera que la pertinence du but poursuivi n'est jamais discutée et qu'elle est considérée comme acquise, ce qui montre bien que l'étude d'impact n'a pas vocation à remettre en cause la décision politique. Quant aux moyens retenus, ils sont souvent exposés de manière relativement neutre, voire évasive.

L'étude d'impact devrait permettre de vérifier, à tout le moins d'examiner, si les moyens retenus sont effectivement aptes à atteindre l'objectif souhaité. Sur ce point, la pratique demeure encore lacunaire, l'aptitude des moyens proposés à atteindre le résultat souhaité étant rarement éprouvée. A titre d'exemple, le champ d'application de la loi, aussi bien matériel que temporel, n'est pas systématiquement testé alors même qu'il s'avère souvent déterminant pour la solidité et la cohérence du dispositif voulu par le législateur, comme en témoigne le projet de loi relatif à la prévention des conflits d'intérêts⁷. Plus encore, la question de l'existence de moyens alternatifs est une étape souvent bâclée, soit qu'elle est purement et simplement occultée⁸, soit qu'elle est traitée rapidement et sans grande conviction. En témoignent l'étude d'impact jointe au projet de loi sur l'ouverture du mariage aux couples de même sexe⁹ ou celle accompagnant le projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme

7 S'agissant d'un projet visant à prévenir les conflits d'intérêts « dans la vie publique », le Conseil d'Etat a considéré que l'étude d'impact aurait dû indiquer les raisons pour lesquelles de nombreuses obligations déclaratives ne se trouvaient imposées qu'à certaines catégories d'acteurs de la vie publique, alors que d'autres en étaient dispensées (*Conseil d'Etat, Rapport public 2012, p. 69*)

8 Pour un exemple récent, voir le projet de loi relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, n° 1278, déposé à l'A.N. le 17 juillet 2013

9 En ce sens, voir C. Pomart, « Tour d'horizon sur les tentatives passées avortées : l'exemple de la loi sur le mariage pour

renové, qui se contentent de mentionner les objectifs poursuivis et les moyens retenus sans offrir, et encore moins examiner, d'alternatives crédibles.

3° L'efficience de la loi, c'est-à-dire la capacité à atteindre les objectifs poursuivis aux moindres coûts possibles. La loi organique de 2009 renvoie à « l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales des dispositions du projet » ; le SGG préconise, pour sa part, d'évaluer l'impact juridique, les conséquences macro et micro-économiques, financières (pour le budget de l'État, les budgets des collectivités territoriales et, le cas échéant, pour d'autres personnes publiques ou privées), sociales (au regard de l'intérêt général et des intérêts particuliers en cause) et environnementales (coût pour le climat, la biodiversité, y compris, lorsque c'est possible, leur « coût carbone ») de la réforme envisagée ou encore ses conséquences sur l'emploi public.

Cela étant, l'évaluation des conséquences et des coûts associés n'a rien de systématique, comme le montrent l'étude d'impact jointe au projet de loi sur la consommation réalisée en avril 2013 ou celle jointe au projet de loi relatif à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale de janvier 2014. En outre, si l'étude d'impact s'intéresse aux coûts engendrés, à aucun moment elle n'oblige à montrer que les avantages d'une loi justifient les coûts associés. Plus encore, lorsque des solutions alternatives sont envisagées, les éventuels coûts associés ne le sont pas, ce qui donc permet pas réellement la comparaison entre plusieurs options législatives.

4° L'effectivité de la loi, c'est-à-dire la capacité de la loi à être réellement suivie d'effets concrets. Cela impose, en premier lieu, d'examiner la compatibilité et l'articulation de la loi avec le droit existant. Sur la compatibilité de la loi, les insuffisances des études d'impact sont régulièrement dénoncées, comme par exemple à l'occasion de l'examen du projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application des engagements internationaux et européens de la France¹⁰. L'articulation du projet de loi avec le droit existant est également mal appréhendée, comme en témoigne le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de même sexe, dans lequel les conséquences de cette ouverture sur le grand nombre de législations existantes n'ont pas été suffisamment évaluées. De manière plus générale et systématique, devraient figurer dans les études d'impact les indications des textes à modifier ou à abroger en conséquence de l'adoption de la loi nouvelle.

En second lieu, l'effectivité de la loi renvoie à la question de ses modalités d'application, avec une indication sur le point de savoir si -et dans quelle mesure- cela conditionne l'effectivité de la loi. Le projet de loi organique de 2009 prévoyait que l'étude d'impact devait préciser la liste des textes d'application nécessaires ainsi que leur orientation principale et le délai prévisionnel de leur publication, précision que le Conseil constitutionnel a censurée au motif que le Parlement ne pouvait exiger du pouvoir exécutif de telles indications sans méconnaître le principe de séparation des compétences du pouvoir législatif et du pouvoir réglementaire¹¹. De fait, la description des modalités d'application du projet de loi est souvent

tous », in cette étude

10 Ainsi, le Conseil d'État a relevé que l'étude d'impact ne comportait aucune analyse portant sur la compatibilité avec les exigences constitutionnelles des dispositions relatives à l'exécution en France des décisions de condamnation prononcées par les juridictions des États membres de l'Union européenne ou encore à l'accroissement des pouvoirs du membre national d'Eurojust, insuffisance d'autant plus regrettable, selon le Conseil d'Etat, que la décision 2009/426/JAI du Conseil de l'Union du 16 décembre 2008 sur le renforcement d'Eurojust subordonne explicitement la mise en œuvre de ses dispositions par les États membres à la vérification de leur compatibilité avec l'ordre constitutionnel de chacun d'entre eux (*Conseil d'Etat, Rapport public 2012, p. 69*)

11 Décision 2009-579 DC du 9 avril 2009, Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, Rec. 84, cons. 16

très évasive.

B) Une méthodologie insuffisante

En dépit des progrès réalisés, la pratique des études d'impact se heurte à un certain nombre de difficultés formelles et méthodologiques

1° La présentation de l'étude d'impact

La présentation des études d'impact revêt une assez forte hétérogénéité, laissant un sentiment de désordre. D'un point de vue quantitatif, il faut d'abord souligner que leur taille est très variable, fonction de l'intérêt et des enjeux du projet de loi : quelques pages pour le projet de loi autorisant le maintien en fonction au-delà de la limite d'âge de certains fonctionnaires, 229 pages pour le projet de loi relatif à l'immigration, près de 600 pages pour le projet de loi ALUR !... D'un point de vue qualitatif, si la loi organique énonce toute une série de paramètres, les rubriques effectivement traitées dans l'étude d'impact sont très variables, souplesse d'ailleurs imposée par le Conseil constitutionnel lui-même¹². En résulte une forte hétérogénéité des études d'impact, qui accroît la confusion et l'impression d'arbitraire. Aussi, et c'est d'ailleurs ce que recommandait le rapport Goasgen, il serait judicieux d'indiquer avec précision les paramètres qui n'ont pas été pris en compte et de justifier les raisons pour lesquelles ils ne l'ont pas été. On ajoutera que le Conseil constitutionnel a également jugé que les dispositions de la loi organique n'interdisaient pas qu'une étude d'impact soit commune à plusieurs projets de loi ayant un objet analogue¹³, ce qui, là encore, ne facilite pas l'ordre apparent : certes, la cohérence d'une réforme doit être appréciée de manière globale mais cette pratique ne peut qu'accroître la confusion.

2° Les méthodes d'évaluation

De manière générale, la réalisation des études d'impact souffre de la disparité et du manque de cohérence des méthodes retenues. Certes, l'article 8 de la loi organique de 2009 précise que l'étude doit indiquer la méthode de calcul retenue pour la détermination des coûts, obligation rappelée par le SGG, lui-même ayant développé des référentiels et des indications méthodologiques. Mais cette obligation semble souvent méconnue, comme le montre par exemple l'étude d'impact accompagnant le projet de loi portant création du contrat de génération qui se contente d'avancer un chiffre global d'embauches, sans aucune précision sur l'origine du chiffre, la méthode de calcul retenue, les hypothèses sous-jacentes, la part des véritables créations d'emplois comprises dans ce chiffre, la part d'effet d'aubaine etc¹⁴. L'absence de rigueur et de méthodologie peut également conduire à un chiffrage largement approximatif. Ainsi, l'étude d'impact jointe au projet de loi portant transposition de la directive 2012/13/UE relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales chiffre le coût de l'assistance d'un avocat dans le cadre de l'audition libre entre 13,2 millions et 29,5 millions d'euros par

12 Ainsi, dans la décision 2009-579 DC, il a estimé, par une interprétation neutralisante, que l'étude d'impact pouvait ne comporter que les rubriques pertinentes par rapport à l'objet de la loi et que certaines de ses rubriques pouvaient donc rester vides (cons. 15)

13 Décision 2010-603 DC du 11 février 2010, Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux, Rec. 58, cons. 5

14 Comme le souligne le rapport annuel du Conseil d'Etat 2013, cette carence est d'autant moins excusable que, précisément, ce nombre sert à calculer le coût de la mesure, d'environ 900 millions d'euros en année pleine

an, soit du simple au double. Le manque de méthode peut encore conduire à des semblants d'évaluation, largement biaisés. A cet égard, la loi ALUR examinée il y a quelques jours à l'Assemblée nationale est instructive : s'agissant de l'une des mesures phare du projet visant à encadrer les loyers, l'étude d'impact évoque, de manière fort allusive, des économies qui pourraient être potentiellement réalisées pour les locataires et, pour les bailleurs, relève simplement que « le dispositif d'encadrement des loyers est susceptible d'entraîner une modération des revenus des bailleurs pendant la durée de détention du bien, égale au gain conféré par la mesure au locataire, diminué de la fiscalité qui aurait été imposée sur les revenus locatifs ».

3° La fiabilité de l'évaluation

Il a été décidé que l'étude d'impact serait réalisée par le « ministre principalement responsable du projet de réforme »¹⁵, au sein de chaque ministère, une équipe étant néanmoins constituée au sein du SGG, plus précisément au sein du service de la législation et de la qualité du droit, afin de cordonner les études d'impact. Ce rôle accordé au SGG, composé de haut fonctionnaires expérimentés, pose néanmoins un certain nombre de questions : celui-ci n'est-il pas, dans bien des cas, captif de l'information détenue et exploitée par les ministères ? Peut-il véritablement disposer de données propres ? Si le SGG est bien un organe « extérieur » au ministère porteur de projet, ne faut-il pas accroître l'extériorité et l'indépendance de l'organisme chargé de l'évaluation ? A cet égard, il est intéressant de noter que l'assistance de la Cour des comptes avait un temps été envisagée, afin qu'elle puisse donner un avis sur les études d'impact avant le dépôt des projets sur le bureau des assemblées¹⁶. Cette expertise pourrait trouver un fondement constitutionnel dans l'article 47-2C de la Constitution, qui prévoit que la Cour des comptes assiste le Parlement et le Gouvernement dans l'évaluation des politiques publiques. Faut-il aller plus loin et confier à un organisme indépendant et spécifique la mission d'évaluation ? C'est ce que suggère le rapport Lasserre : « les expériences des pays de l'OCDE montrent que le contrôle des évaluations par un pôle central est indispensable »¹⁷ et ce pôle est d'autant plus efficace qu'il est indépendant et animé par des experts¹⁸.

Il pourrait également être judicieux d'accroître la fiabilité des études d'impact en les rapprochant de l'évaluation réalisée *ex post*¹⁹. La possibilité d'une comparaison de l'évaluation réalisée *a priori* et *a posteriori* aurait non seulement un effet fortement incitatif sur la qualité des études d'impact, mais permettrait aussi d'identifier les insuffisances, les biais structurels de l'évaluation *a priori* et d'améliorer ainsi les pratiques. A titre d'exemple, au Royaume-Uni, le *National Audit Office* examine chaque année la performance des AIR en les rapprochant d'un échantillon de celles publiées au cours de l'année précédente. Cette forme d'évaluation est d'autant plus intéressante que le *National Audit Office* est un organe indépendant du gouvernement et qu'il n'est pas à l'origine de l'évaluation initiale de l'AIR²⁰.

15 Circulaire du 15 avril 2009

16 Dans une lettre datée du 7 juillet 2009, le Président de l'Assemblée nationale écrivait : « *Je suis convaincu de l'intérêt d'une telle procédure pour améliorer les conditions d'élaboration des projets de loi et de leur examen par le Parlement, et ainsi garantir, par une expertise indépendante, que l'obligation d'accompagner les projets de loi d'études d'impact sera respectée tant au plan formel que qualitatif* » (cité par le rapport Goasgen)

17 Rapport « Pour une meilleure qualité de la réglementation », La Documentation française, 2004

18 En ce sens, voir également S. Caudal, « Études d'impact législatives et environnementales », in *Les études d'impact accompagnant les projets de loi, préc.*

19 Suggérant également ce rapprochement, voir L. Eck, « Les études d'impact et la légistique », in *Les études d'impact accompagnant les projets de loi, préc.*, p. 48

20 Source Rapport OCDE, *Mieux légiférer en Europe*

C) Un champ d'application partiel

Le champ d'application de l'obligation de l'étude d'impact, précisé par la loi organique de 2009, reste largement tributaire du principe de séparation des pouvoirs, interprété de manière très stricte par le Conseil constitutionnel. Au-delà, la question de l'extension des études d'impact en dehors des seuls projets de lois, voire même des actes législatifs, mérite d'être posée.

1° Si la loi organique vise les projets de loi, elle exclut de son champ d'application un certain nombre d'entre eux (les projets de loi constitutionnelle, les projets de loi de programmation des finances publiques, les dispositions « exclusives » des projets de loi de finances et de financement de la sécurité sociale, les projets de loi prorogeant les états de crise) et aménage, pour d'autres, les exigences de l'évaluation préalable (pour les lois d'habilitation législative et les lois de ratification des conventions internationales). On relèvera néanmoins que le Gouvernement peut toujours, pour compléter l'information du Parlement, présenter de façon volontaire des études d'impact.

Certaines de ces exceptions s'expliquent par l'exigence d'autres formes, concurrentes, d'évaluation, comme pour les projets de lois de finances et de financement de la sécurité sociale. D'autres exclusions pourraient, en revanche, être repensées : en particulier, il ne paraîtrait pas totalement incongru de soumettre les projets de loi constitutionnelle à une étude d'impact, même allégée, tant la prolifération normative vaut aussi en matière constitutionnelle et tant la qualité de la norme constitutionnelle semble également se dégrader. S'agissant des aménagements prévus par la loi organique, certaines ambiguïtés demeurent. Ainsi, pour les études d'impact accompagnant les projets de loi autorisant le Gouvernement à prendre par ordonnances des mesures qui relèvent du domaine de la loi, le Conseil constitutionnel a jugé « *que cette disposition ne saurait, sans méconnaître l'article 38 de la Constitution, être interprétée comme imposant 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* »²¹. En conséquence, l'étude d'impact demeure très formelle, puisqu'il suffit pour le Gouvernement d'indiquer en quoi son intervention est préférable à celle du Parlement²². Le Conseil d'Etat, pour sa part, confirme que seuls les projets de loi, et non les projets d'ordonnance, doivent obligatoirement faire l'objet d'une étude d'impact et qu'il en va ainsi même si l'habilitation sur le fondement de laquelle le Gouvernement envisage de prendre une ordonnance n'a pas, elle-même, fait l'objet d'une étude d'impact, soit qu'elle résulte d'une proposition de loi, soit qu'elle est issue d'un amendement à un projet de loi introduit au cours de l'examen du projet par le Parlement²³. Les études d'impact accompagnant les projets de loi de ratification ont également été victimes de la sévérité du Conseil constitutionnel, considérant le Gouvernement n'avait pas à déposer d'étude d'impact des ordonnances prises, une telle exigence méconnaissant les prescriptions des articles 38 et 74-1²⁴. En pratique, les ordonnances échappent donc largement à toute évaluation préalable.

21 Décision 2009-579 DC, *préc.*, cons. 21

22 En ce sens, voir G. Protière, « L'exception à l'obligation d'études d'impact », in *Les études d'impact accompagnant les projets de lois, préc.*, p. 63, not. p. 68

23 *Conseil d'Etat, Rapport public 2013*

24 Décision 2009-579 DC, *préc.*, cons. 22. En revanche, les dispositions d'une loi de ratification qui ont un autre objet que la seule ratification sont soumises à l'obligation d'étude d'impact : voir par exemple l'étude d'impact jointe au projet de loi ratifiant l'ordonnance n° 2013-714 du 5 août 2013 relative à la mise en œuvre du principe de participation du public défini à l'article 7 de la Charte de l'environnement enregistré le 13 octobre 2013 ou encore celle accompagnant le projet de loi ratifiant diverses ordonnances relatives à la partie législative du code de la sécurité intérieure, enregistré le 18 septembre 2013

2° Sont logiquement exclus de l'obligation de recours à l'étude d'impact, qui ne vise que les projets de loi, les propositions de lois ainsi que les amendements parlementaires ou gouvernementaux.

L'exclusion des propositions de loi confirme le caractère asymétrique de l'obligation, insérée dans une perspective de revalorisation de l'institution parlementaire. Cela étant, la révision constitutionnelle de 2008 ayant accru la place accordée à l'initiative parlementaire, de plus en plus nombreuses sont les propositions de lois, qui représentent aujourd'hui près d'un tiers des textes de loi définitivement adoptés. Certaines d'entre elles portent sur des sujets extrêmement complexes et techniques²⁵ ou s'insèrent dans un contexte juridique mouvant ; d'autres, clairement téléguidées par le Gouvernement, ont vocation à éluder purement et simplement l'obligation de l'étude d'impact. C'est la raison pour laquelle certains se sont émus de cette situation, le Président Accoyer ayant même proposé que la procédure soit étendue aux propositions de lois²⁶. C'est l'objet de la proposition de résolution tendant à modifier le Règlement de l'Assemblée nationale afin de joindre une étude d'impact aux propositions de loi discutées en séance publique, déposée en février 2013 sur le bureau de l'Assemblée nationale.

La question de l'extension de l'étude d'impact se pose également pour les amendements. Sur le fondement de l'article 44 de la Constitution, il est prévu la possibilité, dans certaines conditions, de procéder à l'évaluation préalable d'un amendement parlementaire. Ainsi, l'article 98-1 du nouveau Règlement de l'Assemblée nationale précise les conditions dans lesquelles des évaluations portant sur des amendements parlementaires peuvent être réalisées²⁷, étant précisé que l'absence d'étude d'impact ne peut pas faire obstacle à leur discussion en séance publique. En dépit de cette possibilité, nombreux sont les amendements d'importance apportés sans aucune étude d'impact préalable, comme la réforme de la taxe professionnelle insérée par amendement gouvernemental²⁸, et il s'agit là d'une limite marquée, parfois même volontairement organisée, à l'obligation de recours aux études d'impact. Le grief a d'ailleurs été soulevé devant le Conseil constitutionnel, les requérants soutenant qu'en procédant par voie d'amendement, le Gouvernement avait voulu éluder l'obligation posée par l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009. Rappelant que l'étude d'impact ne s'impose qu'à l'occasion du dépôt d'un projet de loi et non lors de la présentation d'un amendement, le Conseil constitutionnel a rejeté le moyen de façon lapidaire²⁹.

3° La pratique des études d'impact peut-elle être généralisée au-delà des lois ?

On relèvera que certains projets d'actes réglementaires sont déjà soumis à une obligation d'évaluation préalable, selon des modalités particulières. Il en va ainsi de celles établies par la circulaire du Premier ministre du 17 février 2011 relative à la simplification des normes concernant les entreprises et les collectivités territoriales qui impose, pour les projets de textes concernés, la production de fiches

25 Par exemple la proposition de loi visant à interdire l'utilisation des phtalates, des parabènes et des alkylphénols déposée le 13 juillet 2010, celle relative à l'exploration et l'exploitation des gaz et huiles de schiste déposée le 16 janvier 2013 ou encore la proposition de loi relative à la sobriété, à la transparence et à la concertation, déposée le 11 décembre 2013

26 En ce sens, voir D. Chamussy, « Le travail parlementaire a-t-il changé ? Le point de vue d'un praticien », <http://www.juspoliticum.com/Le-travail-parlementaire-a-t-il.html>

27 L'article 98-1 précise que l'évaluation peut avoir lieu soit à la demande du président ou du rapporteur de la commission saisie au fond, s'agissant d'un amendement de la commission, soit à la demande de l'auteur de l'amendement et avec l'accord du président de la commission saisie au fond, s'agissant d'un amendement déposé par un député

28 Exemple cité par J. Mallot, « Regards parlementaires sur les études d'impact accompagnant les projets de loi », in *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, p. 111, not. p. 114

29 Décision n°2010-618 DC du 9 décembre 2010, Loi de réforme des collectivités territoriales, *préc.*, cons. 8 – Dans le même sens, voir la décision 2012-661 DC du 29 décembre 2012, Loi de finances rectificative pour 2012, Rec. 715, cons. 33 et 34

d'impact. De même, l'article L. 1211-4-2 du Code général des collectivités territoriales prévoit que les projets de textes réglementaires « *créant ou modifiant des normes à caractère obligatoire concernant les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics* » sont préalablement soumis pour avis à une Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN), devenue, depuis le mois d'octobre 2013, le Conseil national d'évaluation des normes (CNEN), l'évaluation étant néanmoins limitée à leur « *impact financier, qu'il soit positif, négatif ou neutre* ».

L'extension du champ d'application des études d'impact a été proposée par le rapport Warsmann dont la proposition n°4 invite à couvrir tout « le champ du normatif » : projets et propositions de lois, principaux décrets, directives et règlements de l'Union européenne. Le rapport public du Conseil d'Etat pour 2011 propose également d'étendre les études d'impact aux projets de décret d'application des lois, aux projets de décret du pouvoir réglementaire autonome et ainsi qu'aux projets de directives et règlements européens³⁰. Cette proposition d'extension du champ d'application de l'étude d'impact a nécessairement un coût, non seulement financier mais aussi en termes de lourdeurs administratives. S'agissant des décrets d'application des lois, on peut se demander dans quelle mesure l'étude d'impact ne serait pas, par certains aspects, redondante avec celle effectuée lors de l'examen du projet de loi. Ces propositions invitent, de manière plus générale, à réfléchir à la proportionnalité du principe même de l'étude d'impact ainsi qu'à la proportionnalité de son contenu, qui doit être en relation avec les enjeux en cause.

Au-delà de ces propositions d'extension ou d'amélioration, qui s'intéressent à l'étude d'impact comme résultat, c'est-à-dire un document accompagnant un texte de loi à un stade donné du processus normatif, il convient encore de revaloriser le mécanisme même de l'étude d'impact, qui doit pouvoir déployer ses effets tout au long du processus de prise de décision.

II UN PROCESSUS INACHEVE

L'étude d'impact est encore envisagée essentiellement d'un point de vue statique, comme un résultat et non comme une action. Or, il est nécessaire de privilégier une approche plus dynamique de l'étude d'impact, insistant sur ses conditions d'insertion dans le processus de décision. En effet, l'intervention de l'étude d'impact est encore tardive, son itérativité insuffisante, sa justiciabilité limitée. Or, ces éléments doivent converger pour faire de l'étude d'impact un outil efficace d'accompagnement et d'amélioration de la décision.

A) Une intervention tardive

1° Un certain nombre d'études met en garde contre le caractère tardif de l'étude d'impact, qui serait réalisée après coup, à l'heure où les choix ont déjà été arrêtés et où il s'agit simplement de justifier, *a posteriori*, les décisions prises ou, pire encore, de faire mine de respecter formellement les exigences posées par la loi organique et ses textes d'application. Ainsi le guide de légistique prévient-il que l'étude d'impact « ne saurait se comprendre ni comme un exercice formel de justification *a posteriori* d'une solution

prédéterminée, ni comme une appréciation technocratique de l'opportunité d'une réforme qui viendrait se substituer à la décision politique. Il s'agit au contraire d'une méthode destinée à éclairer les choix possibles, en apportant au Gouvernement et au Parlement les éléments d'appréciation pertinents ». Mais ceci n'est possible que si l'étude d'impact intervient le plus en amont possible de la réforme envisagée et qu'elle est intégrée, de manière précoce, dans le processus d'élaboration des politiques. Le Conseil constitutionnel a cependant manifesté de sérieuses réserves à cet égard, en se fondant sur une vision fort restrictive du principe de séparation des pouvoirs. En effet, dans sa décision 2009-579 DC du 9 avril 2009, il a censuré la précision selon laquelle l'étude d'impact devait être engagée « dès le début de l'élaboration du projet de loi », au motif que cela était contraire à la séparation des pouvoirs, le Parlement ne pouvant demander au Gouvernement de justifier de la réalisation d'une étude d'impact dès le début de l'élaboration du projet de loi³¹.

Cela n'a pourtant pas empêché le Guide de légistique de préciser que, « pour jouer pleinement son rôle de prévention de l'inflation normative et de l'instabilité du droit, l'élaboration de l'étude d'impact doit être engagée dès les premiers stades de la préparation de la réforme, puis enrichie par itérations tout au long du processus de conception du projet de texte ». Ainsi préconise-t-il la réalisation, dès l'annonce d'un objectif politique, d'une ébauche d'étude d'impact, qualifiée « d'étude d'options ». De même, la circulaire du 15 avril 2009 précise que la préparation de l'étude d'impact « doit être engagée dès le stade des réflexions préalables sur le projet de réforme ». Le Conseil d'Etat, dans son rapport public pour 2011, *Consulter autrement, participer effectivement*, propose également, au titre d'une simple bonne pratique du Gouvernement, de commencer l'étude d'impact le plus tôt possible et dès le démarrage de l'élaboration du projet de loi. On ajoutera que la précocité de l'étude d'impact est également fortement recommandée par l'OCDE, qui n'hésite pas à citer certains exemples étrangers, comme l'Australie ou la Nouvelle-Zélande, dans lesquels le document de l'AIR doit être préparé aussitôt après qu'a été prise une décision administrative évoquant la nécessité d'une réglementation, mais avant que les pouvoirs publics ne prennent une décision politique confirmant la nécessité de ladite réglementation.

2° A cela s'ajoute une publicité également tardive de l'étude d'impact.

Depuis le 1er septembre 2009, la publication des études d'impact est assurée sur le site Légifrance à partir du moment où les projets de loi sont déposés sur le bureau des assemblées. Pour sa part, le Règlement de l'Assemblée nationale a prévu la mise à disposition du public, par voie électronique des documents qui rendent compte de l'étude d'impact. Cela étant, et comme le relève le rapport de l'OCDE *Mieux légiférer en Europe*, les études d'impact n'ont pas vocation, en règle générale, à être rendues publiques avant que le projet de loi n'ait été arrêté par le gouvernement. Dans certains cas cependant, une diffusion publique de l'étude d'impact préalablement au dépôt du projet de loi sur le bureau du Parlement n'est pas exclue et cela a notamment été le cas pour la loi généralisant le revenu de solidarité active. La France fait ainsi partie des pays qui ne divulguent leur AIR qu'une fois la réglementation soumise au Parlement, à l'instar de l'Australie, l'Islande ou les Pays-Bas, à l'inverse du Canada, du Danemark, de la Commission européenne, des États-Unis, de la Finlande, de l'Italie, du Royaume-Uni, de la Suède ou encore de la Suisse ... qui publient leur AIR pour consultation durant le processus d'élaboration de la législation.

Comme le souligne l'OCDE, cette réticence montre que l'étude d'impact est encore essentiellement perçue comme un document préparatoire, dont il convient de préserver la confidentialité. On ajoutera que les avis donnés par le Conseil d'Etat sur les projets de loi, et donc sur les études d'impact, ne sont pas des documents administratifs au sens de la loi du 17 juillet 1978 et qu'ils ne sont donc pas librement

31 Décision 2009-579 DC *préc.*, cons. 3

communicables aux administrés. Si de nombreux avis sont publiés dans le rapport public annuel, ils ne peuvent l'être qu'avec l'accord du gouvernement, libre de sélectionner ceux qui le seront. Comme le relève à nouveau l'OCDE, cette publicité assez tardive de l'étude d'impact laisse à penser qu'elle est encore perçue moins comme un outil d'amélioration de la réglementation que comme un moyen de satisfaire à un minimum de transparence³².

B) Une procédure peu itérative

Les études convergent également pour insister sur le fait que l'étude d'impact doit se déployer dans le temps, offrant la possibilité de modifications successives et itératives. Le guide de légistique note ainsi que « le travail d'évaluation préalable a vocation à se poursuivre tout au long du processus normatif afin d'affiner l'analyse des effets prévisibles, prendre en compte les apports de la concertation et préparer au mieux la mise en œuvre de la réforme ». La circulaire du 15 avril 2009, pour sa part, précise que l'étude d'impact « doit être affinée au fur et à mesure de l'élaboration du projet ». Certains exemples étrangers sont instructifs : ainsi, en Allemagne, « les études d'impact prennent la forme de trois documents successifs qui s'amendent au fil des discussions »³³. En France, la procédure semble, pour l'instant, assez peu itérative que les ajustements et amendements soient réalisés en amont ou en aval de l'étude d'impact.

1° En amont, l'intégration des consultations dans les études d'impact demeure insuffisante. L'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 prévoit que les études d'impact indiquent avec précision « les consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'État » ainsi que les éventuelles « suites données par le Gouvernement à l'avis du Conseil économique, social et environnemental ». Cela étant, dans les faits, les études se contentent le plus souvent d'énumérer les consultations réalisées, en indiquant au mieux la date de la consultation voire le nombre de participants, mais sans indiquer ni le sens des consultations ni, surtout, leur apport pour l'étude d'impact. Ce constat a été fait tant dans le rapport d'information Goasgen, déplorant « la simple énumération de ces consultations (qui) ne présente par elle-même aucune valeur ajoutée pour les parlementaires » que par le rapport Dussopt fait au nom de la commission des lois³⁴. A cet égard, éloquentes sont plusieurs études d'impact récentes : celle accompagnant le projet de loi de modernisation de l'action publique territoriale d'affirmation des métropoles³⁵, celle jointe au projet de loi ALUR qui se contente d'indiquer que « de nombreux acteurs, susceptibles d'apporter leur expertise sur le traitement des impayés de loyer ou les modalités de gestion d'un établissement public de type de celui envisagé, ont été interrogés (administrateurs de biens, courtiers, assureurs, APAGL, Caisse nationale d'allocations familiales, Caisse des dépôts et consignations, Agence de services et de paiement, associations etc.) » sans autre précision³⁶.

32 Source Rapport OCDE Mieux légiférer en Europe

33 L. Eck, « Les études d'impact et la légistique, in *Les études d'impact accompagnant les projets de loi, préc.*, p. 41 et s., not. p. 47

34 Rapport sur la proposition de loi organique tendant à joindre les avis rendus par le conseil national d'évaluation des normes aux projets de loi relatifs aux collectivités territoriales et à leurs groupements

35 Ainsi, le projet de loi n° 495 déposé le 10 avril 2013 sur le bureau du Sénat se contente d'indiquer que plusieurs cycles de concertations préalables ont eu lieu entre le Gouvernement et les associations représentatives des collectivités territoriales, mentionnant les intervenants et la base légale sur laquelle ces consultations ont été menées, sans donner d'indications sur le sens des avis ainsi recueillis (rapport Dussopt)

36 Sur le même principe, voir le projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'UE et des engagements internationaux de la France

Le rapport Goasgen proposait, en conséquence, de préciser, plus clairement, la liste des consultations obligatoires et non obligatoires menées, en indiquant le sens des avis rendus et en quoi ces différentes consultations ont contribué au projet de loi. Les comparaisons avec les pays étrangers sont, à cet égard, instructives. Ainsi, en Irlande, une procédure officielle de consultation doit avoir lieu avec un délai de 6 semaines au moins pour la communication des réponses, les opinions exprimées au cours de cette procédure devant être résumées et examinées dans l'AIR.

2° En aval, la participation du public demeure très tardive, sans réelle portée et, somme toute, assez ambiguë. «L'Assemblée nationale vous remercie de votre contribution » : L'Assemblée nationale a souhaité renforcer l'information et la contribution du public à la procédure d'examen des projets de loi par les députés. Ainsi, l'article 83 du nouveau règlement intérieur de l'Assemblée nationale prévoit que l'étude d'impact doit être mise à disposition du public par voie électronique « afin de recueillir toutes les observations qui peuvent être formulées ». En conséquence, figure sur le site de l'Assemblée nationale, la liste des études d'impact pour lesquelles les contributions sont ouvertes et qui seront remises ensuite au(x) député(s) rapporteur(x) chargés de l'examen du projet de loi, qui pourront les présenter dans une annexe à leur rapport. On peut néanmoins s'interroger sur l'intérêt et la nature des contributions ainsi recueillies. Le succès relatif voire très modeste de cette procédure a pu être souligné³⁷, bon nombre de contributions étant identiques et témoignant de l'influence des groupes de pression. L'exemple de la loi relative au mariage pour tous est instructif. À la date du début de l'examen des articles du projet de loi par la Commission, 431 contributions ont été reçues, dont près de 300 présentent un caractère largement identique, contestant l'absence de véritable réflexion sur les solutions alternatives et/ ou contestant la méthodologie retenue. Surtout, si cette disposition offre en théorie la possibilité d'ouvrir les études d'impact à la consultation publique, elle arrive tardivement dans le processus de la production normative et n'est pas directement intégrée dans le mécanisme de l'étude d'impact, auquel elle se contente de succéder.

Au cours de la procédure législative elle-même, l'étude d'impact reste donc perçue comme un document accompagnant un texte de loi et non comme une action se déployant tout au long du processus de prise de décision. A cet égard, le rapport Warsmann a proposé une « actualisation » de l'étude d'impact au cours de la procédure législative, en particulier pour tenir compte des amendements les plus significatifs, à l'instar de ce qui se pratique en Grande Bretagne, où l'étude d'impact est « ajustée » pour tenir compte des modifications apportées pendant le débat parlementaire³⁸. Une telle actualisation pourrait également permettre de prendre en considération les contributions « utiles » recueillies à la suite de la publication de l'étude d'impact.

C) Un contrôle encore timide

Le mécanisme des études d'impact a clairement été pensé comme un mécanisme obligatoire dont le non-respect pouvait être sanctionné. La justiciabilité des études d'impact est, bien évidemment, un gage de leur efficacité mais le contrôle demeure, pour l'instant, encore timoré.

1° Le Conseil d'Etat exerce certes, au titre de ses fonctions consultatives, un contrôle attentif des études

37 D. Chamussy, préc.

38 Rapport Warsmann, *préc.*, p. 39

d'impact.

Les documents rendant compte de l'étude d'impact devant être joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'Etat, ce dernier est compétent pour s'assurer que les documents transmis satisfont aux prescriptions de la loi organique. Il semble exercer un contrôle sourcilieux sur le respect des dispositions de la loi organique du 15 avril 2009 et joue, en la matière, un rôle pédagogique. Les rapports publics annuels n'hésitent pas à pointer les insuffisances des études d'impact accompagnant tel ou tel projet de loi. Plus encore, ils témoignent de ses interventions parfois marquées, demandant par exemple au Gouvernement de compléter voire de densifier les études d'impact transmises. Ainsi n'est-il pas rare que le Gouvernement lui transmette deux voire trois versions successives de l'étude d'impact, comme ce fut le cas pour le projet de loi autorisant la ratification du traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire³⁹. Plus encore, il a pu arriver que le Conseil d'Etat rejette purement et simplement le projet de loi, comme le projet de ratification de l'ordonnance relative à certaines installations classées pour la protection de l'environnement de 2009.

Surtout, et ce point mérite d'être souligné, la surveillance exercée par le Conseil d'Etat semble se densifier, allant plus loin que le simple respect formel des prescriptions de la loi organique du 15 avril 2009. En témoigne l'avis émis par le Conseil d'Etat saisi d'un projet de loi portant diverses dispositions en matière d'infrastructures et de services de transport, dans lequel il a estimé que les insuffisances de l'étude d'impact ne lui permettaient pas d'apprécier une atteinte éventuelle au principe d'égalité. Autrement dit, le Conseil d'Etat veille, dans son activité consultative, à ce que l'étude d'impact lui permette d'apprécier la justification et le bien-fondé de la mesure envisagée par le Gouvernement mais aussi lui permette d'anticiper une éventuelle censure du projet de loi⁴⁰. Se trouvent ici mis en lumière ici les liens entre l'étude d'impact et l'exercice d'un contrôle au fond, d'un contrôle substantiel de la constitutionnalité du projet de loi.

2° Un contrôle de constitutionnalité encore restreint

La possibilité d'un contrôle juridictionnel des études d'impact a expressément été prévue par l'article 39.4 de la Constitution, précisant 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. 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 ». Le Conseil constitutionnel se voit ici confier un rôle d'arbitre en cas de désaccord, à l'instar du mécanisme établi par l'article 41 de la Constitution. Mais le dispositif retenu par l'article 39.4 offre à la conférence des présidents la possibilité de verrouiller totalement la procédure, puisque le Conseil constitutionnel ne peut être saisi qu'en cas de désaccord entre cette dernière et le Premier ministre. Or, en pratique, et quelle que soit la revalorisation de la conférence des présidents portée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, on voit mal cette dernière refuser l'inscription d'un texte à l'ordre du jour et s'opposer ainsi, de front, au Gouvernement. De fait, l'absence ou l'insuffisance des études d'impact pouvait-elle être dénoncée sur le fondement de

39 Rapport public 2013, p. 181

40 Rapport public 2013, p. 180-181 : en l'espèce, le Gouvernement avait prévu une exception à l'interdiction de l'indexation du niveau général des prix introduit à l'article L 112-3 du code monétaire et financier : l'étude d'impact ne comportait aucune indication ni sur la différence de situation pouvant exister entre l'Etat et les collectivités territoriales ainsi qu'entre leurs établissements publics, ni sur le motif d'intérêt général susceptible d'expliquer la différence de situation.

l'article 61 C ? Des analyses divergentes s'opposaient⁴¹. La question a été partiellement résolue par la décision 2010-603 DC, dans laquelle le Conseil constitutionnel s'est implicitement reconnu compétent pour vérifier l'existence de l'étude d'impact, exigée par le renvoi opéré par l'article 39, alinéa 3, à la loi organique⁴². Plus encore, dans le commentaire officiel de cette décision, le Conseil constitutionnel évoque sa compétence pour exercer son contrôle sur l'insuffisance des études d'impact, « tel que prévu par le quatrième alinéa de l'article 39 ». Effectivement, ce grief a été invoqué à plusieurs reprises devant le Conseil constitutionnel qui, après avoir examiné la position de la conférence des présidents, a rejeté, « au regard du contenu de l'étude d'impact », la méconnaissance des dispositions de la loi organique du 15 avril 2009⁴³. On ajoutera, et cela n'a pas échappé aux requérants, que la piètre qualité des études d'impact peut porter atteinte à la clarté et à la sincérité des débats parlementaires. Ainsi, dépassant le terrain de la méconnaissance de l'article 39.3, il a été soutenu à plusieurs reprises que l'insuffisance de l'étude d'impact n'avait pas permis d'éclairer suffisamment les parlementaires sur la portée du texte qui leur était soumis : le grief se déplace ainsi habilement de l'exigence formelle posée par l'article 39.3 à l'exigence substantielle de clarté et de sincérité du débat parlementaire même s'il a été, jusqu'à présent, rejeté par le Conseil constitutionnel.

3° Un contrôle de constitutionnalité en voie d'affermissement ?

On a pu douter de la capacité du Conseil constitutionnel à vérifier la suffisance des études d'impact réalisées. Ne disposant d'aucune possibilité, ou presque, de contre-expertise, devant statuer dans des délais très courts, appuyé sur un service juridique peu étoffé, le Conseil serait dans l'impossibilité d'apprécier la qualité des études d'impact. Mais l'essentiel est sans doute ailleurs. En effet, la présence d'une étude d'impact concourt inévitablement à l'approfondissement du contrôle de constitutionnalité. En exposant clairement les motifs qui inspirent le projet de loi, les moyens retenus voire les moyens alternatifs qui auraient pu être envisagés, les conséquences, les coûts associés et l'impact de l'adoption de la loi, l'étude d'impact ouvre la voie à un renforcement des potentialités du contrôle de constitutionnalité⁴⁴. Elle renforce tout particulièrement la portée du contrôle de la cohérence interne de la loi susceptible d'être exercé par le Conseil constitutionnel, celui-ci pouvant alors plus facilement contrôler l'adaptation des moyens retenus par le législateur à l'objectif poursuivi, examiner la nécessité des moyens retenus et apprécier l'ampleur des effets de la loi. C'est déjà l'exemple de la censure de la taxe carbone en 2009, dans laquelle le Conseil constitutionnel avait jugé que la multiplication des dérogations et des exemptions accordées par le législateur ne permettait pas d'atteindre l'objectif poursuivi, à savoir la lutte contre le réchauffement climatique. Ainsi peut-on espérer que le recours aux études d'impact contribue à resserrer la contrainte de constitutionnalité et la portée du contrôle opéré

41 Dans son rapport n° 1375 déposé le 7 janvier 2009 sur le projet de loi organique relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, Jean-Luc Warsmann soulignait que le constituant n'avait pas entendu faire du non respect des règles de présentation des projets de loi un motif d'inconstitutionnalité ; mais la distinction établie entre les alinéas 3 (respect de règles de présentation fixées par une loi organique) et 4 (mécanisme de la Conférence des présidents) de l'article 39 plaidait, pour sa part, en faveur du contrôle de constitutionnalité.

42 Décision 2010-603 DC, *préc.*, cons. 5

43 Voir également les décisions 2013-667 DC du 16 mai 2013, Loi relative à l'élection des conseillers départementaux, des conseillers municipaux et des conseillers communautaires, cons. 4 ; 2013-669 DC du 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, cons. 3 et 4 ; 2013-683 DC du 16 janvier 2014, Loi garantissant l'avenir et la justice du système de retraites, cons. 3 et 4 relevant que la conférence des présidents avait été saisie d'une demande mais n'y avait pas donné suite

44 En ce sens, voir l'étude de V. Goesel-Le Bihan, « Études d'impact de l'article 39 de la Constitution et contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel », in *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, p. 121

par le juge.

Est-ce que cela suffira à remédier au désordre normatif ? Pour l'instant, aucune étude n'a été réalisée qui permettrait d'identifier et de mesurer l'impact des études d'impact sur la qualité de la loi, l'inflation des normes et l'instabilité législative. Cela étant, comme le soulignent bon nombre d'acteurs, la remise en ordre est potentiellement en marche et si le mécanisme peut encore être amélioré, c'est surtout la pratique qui lui permettra de déployer toutes ses potentialités.

Résumé

Sans constitutionnaliser directement le mécanisme, la loi constitutionnelle 23 juillet 2008 impose, par renvoi à une loi organique, que les projets de lois soient désormais, et sauf exceptions, accompagnés d'une étude d'impact. L'ancrage quasi constitutionnel des études d'impact est révélateur de la difficulté à imposer cette pratique en France. Quel bilan après presque 5 ans d'application du nouveau dispositif ? Quelle remise en ordre promettaient les études d'impact, quelle remise en ordre permettent-elles ? La procédure est encore jeune et la pratique peu mature. En effet, les études d'impact restent pensées comme un document accompagnant un texte de loi à un stade donné du processus de décision et non comme un accompagnement du processus de production normative. De fait, les études d'impact ne permettent d'atteindre qu'un ordre imparfait : leur contenu est encore lacunaire, les difficultés méthodologiques très présentes, leur champ d'application limité. Encore perçues comme une simple étape, elles se déploient malaisément dans le processus de production normative : leur intervention est tardive, leur déroulé peu itératif, leur justiciabilité limitée.... Autant de pistes pour une consolidation des études d'impact comme remèdes au désordre normatif.
