

## Chapitre 4

### Élaboration des réglementations

Des procédures d'élaboration de la réglementation, bien établies et appliquées de manière systématique, accroissent la transparence du système réglementaire et la qualité des décisions. Cela inclut les instruments de programmation normative (qui donnent une visibilité sur les projets en cours ou futurs), la gestion même du processus d'élaboration des normes et les instruments de contrôle de leur qualité (dont la formation et l'aide à la rédaction juridique, la rédaction en langage simple, la supervision du processus).

L'étude d'impact *ex ante* est l'un des instruments de gestion réglementaire les plus importants dont disposent les pouvoirs publics. Elle a pour but d'aider les décideurs à faire les choix les plus efficaces en matière réglementaire (incluant celui de ne pas recourir à une nouvelle norme), en analysant la situation sur des données factuelles pour identifier la meilleure option, évaluer les avantages et inconvénients qu'elle implique si différents objectifs sont poursuivis. Le coût de la réglementation ne doit pas être supérieur aux avantages qu'elle apporte et des solutions alternatives doivent également être examinées. Toutefois, on constate souvent une réticence à l'utilisation de l'étude d'impact, ou une application qui laisse à désirer. Les raisons sont diverses. Les pouvoirs publics peuvent considérer qu'elle se substitue à la décision politique (alors que l'étude d'impact est un instrument qui permet à ce que le choix politique soit soutenu par une bonne réglementation, dans le cas où cette mise en œuvre nécessite une réglementation). Une autre raison est que l'étude d'impact peut imposer des obligations supplémentaires aux responsables déjà soumis à de fortes contraintes. Il n'existe pas de solution simple à ces problèmes. Toutefois, l'expérience pratique, vue à travers les pays membres de l'OCDE, montre qu'une interface solide et cohérente, dotée de ressources adaptées, permet à l'étude d'impact de trouver une place adaptée et opportune dans le processus de l'élaboration des politiques et de la réglementation, et contribue à améliorer la qualité des évaluations.

L'étude d'impact doit intégrer les procédures de consultation publique. Les processus d'analyse ont ou doivent avoir un lien étroit avec les processus de consultation généraux menés lors de l'élaboration des nouvelles réglementations. Il peut également exister un lien important avec la mesure des charges administratives (l'application du modèle du coût standard peut ainsi contribuer à l'analyse coûts-avantages).

La disponibilité d'un large éventail de mécanismes, au-delà de la réglementation directionnelle traditionnelle (« command and control »), permet de choisir l'approche la plus efficace pour atteindre un objectif politique donné. L'expérience montre qu'il faut une démarche très active pour surmonter l'inertie et l'aversion au risque souvent propres aux administrations. La première réaction à un problème est encore souvent de réglementer. Le large éventail des solutions alternatives à la réglementation inclut les accords volontaires, la normalisation, l'évaluation de conformité, l'autorégulation dans des secteurs comme la gouvernance d'entreprise, les marchés financiers ou des services professionnels. En

même temps il faut veiller, si on opte pour une solution de type incitatif comme l'autoréglementation, à assurer la qualité de la réglementation.

La gestion du risque est une question de plus en plus débattue en matière de gestion réglementaire. La réglementation est un instrument fondamental de gestion des risques présents dans la société et l'économie ; elle peut réduire les effets et la sévérité des crises. Quelques pays ont commencé à étudier la manière dont le processus d'élaboration des normes peut mieux prendre en compte l'évaluation et la gestion des risques.

## Évaluation et recommandations

### *Évolution de la production normative*

**Il existe un large consensus en France pour dénoncer l'inflation normative.** Ce thème, mis en avant dans de nombreux rapports publics (dont le rapport du Conseil d'État de 2009 et le rapport « Warsmann » de janvier 2009) a été très souvent évoqué lors des différents entretiens menés par l'équipe OCDE tant avec des représentants de l'administration que des parties prenantes extérieures. La surproduction de normes, dans des délais trop courts, est considérée comme une source d'insécurité juridique. Elle pèse aussi sur les collectivités territoriales qui doivent les mettre en œuvre. Si plusieurs pays de l'Union européenne enregistrent une augmentation régulière du volume de normes produites chaque année, la France se distingue par l'attention donnée au problème, qui se traduit notamment par des efforts importants pour mesurer le volume de production normative. Cette préoccupation a fortement concouru aux efforts entrepris pour maîtriser le flux de production normative. L'analyse repose essentiellement sur des statistiques précises sur la production de normes. Il serait utile de développer une analyse plus stratégique des effets de la production (exemple sur un secteur de production, ou encore sur les PME).

### *Procédures d'élaboration des normes*

Depuis 2004, plusieurs avancées ont été réalisées pour renforcer la structure du processus d'élaboration des normes.

- **Mise en place d'une programmation du travail gouvernemental.** Le Programme de travail du gouvernement, établi chaque semestre pour le semestre suivant, définit les orientations principales du gouvernement et comporte la liste des projets de loi, ordonnances et décrets. Il reste un travail de document interne au gouvernement, qui permet de planifier l'activité du Conseil d'État, du Conseil des ministres et de gérer l'ordre du jour parlementaire pour la partie dont dispose le gouvernement.
- **Réduction des délais de la mise en œuvre des décrets d'application des lois.** La longueur des délais entre la promulgation d'une loi et la prise des décrets d'application a, dans le passé, constitué un problème important pour la bonne mise en œuvre de la loi. Le gouvernement a renforcé le dispositif de suivi, ce qui a conduit à une nette amélioration par rapport à 2004 (encadré 4.1). Le taux d'exécution des lois votées depuis le début de la législature (juin 2007) s'établit à 84 % au 31 décembre 2009, contre 60 % au 30 juin 2008. Les dispositions de la loi organique prévoient aussi d'établir la liste prévisionnelle des textes d'application lors de l'étude d'impact.

- **Développement d'une application pour la dématérialisation de la chaîne d'élaboration des normes.** Cette chaîne assure une transmission des textes en temps réel, allant du ministère initiateur jusqu'à la direction des Journaux officiels pour publication. Elle a réduit les temps de transmission et accru la sécurité.
- **Renforcement des outils d'aide à la rédaction des normes.** Les règles d'élaboration des textes normatifs ont été rassemblées dans le « guide de *légistique* ». Ce guide volumineux (500 pages) se concentre sur la rédaction juridique et n'adopte pas une approche globale de la production normative. Il reste aussi à intégrer dans les outils en ligne de production de normes. Le guide de *légistique* a contribué à une meilleure prise en compte des exigences de rédaction des normes. Le besoin de renforcer les capacités de rédaction juridique dans les différents ministères a été souvent souligné lors des entretiens de l'OCDE, notamment pour parvenir à des textes plus clairs et facilement accessibles.

---

**Recommandation 4.1. Continuer à renforcer les processus de base pour la production normative. Faire évoluer les outils en ligne, en intégrant notamment le guide *légistique*, et en développant parallèlement les formations. Maintenir l'effort de suivi sur les délais de parution des décrets d'application des lois et de transposition des directives. Publier le programme du gouvernement pour en accroître la visibilité.**

---

**Les propositions de loi émanant du Parlement méritent de l'attention.** Dès lors que la révision constitutionnelle de 2008 conduit à laisser une part potentiellement plus grande à l'initiative parlementaire, il est nécessaire de s'interroger sur le besoin de renforcer les procédures assurant une qualité des normes proposées par les parlementaires, y compris en matière d'études d'impact. Le risque est notamment d'offrir une procédure « raccourcie » en faisant passer des initiatives gouvernementales par le truchement d'un ou plusieurs parlementaires. Voir aussi études d'impact ci-dessous.

---

**Recommandation 4.2. Encourager le renforcement des procédures pour les propositions de loi émanant du Parlement.**

---

#### **Encadré 4.1. Extraits du rapport de l'OCDE de 2004 : accessibilité au droit et décrets d'application**

##### **Accessibilité au droit**

Malgré les grands efforts de transparence *de jure*, et les efforts techniques incontestables, la prolifération réglementaire empêche le grand public et les petites entreprises de bien percevoir le cadre réglementaire et d'analyser la nature de leurs obligations. *De facto*, l'accessibilité au droit pour le non-spécialiste est plus délicat qu'il n'y paraît de prime abord. La nécessité d'un style de rédaction clair et accessible n'a été officialisée que très récemment, et de nombreux textes restent touffus et très techniques.

##### **Décrets d'application**

**Recommandation : Améliorer la sécurité juridique en améliorant la transparence des procédures d'application de la loi...**

La sécurité et la transparence juridique sont des éléments importants de la qualité d'un système réglementaire. Or en dépit de la cohérence juridique du système réglementaire français, des éléments

de fragilité apparaissent, notamment en ce qui concerne les délais de parution des décrets d'application des lois. Dans certains cas, l'absence de décrets a même rendu certaines lois totalement ou partiellement inapplicables. Ceci génère des situations juridiques ambiguës qui sont préjudiciables. Il semblerait opportun que des délais officiels maximaux soient fixés à l'administration pour la parution des décrets d'application sous peine de sanctions, ces délais étant susceptibles de recours au niveau juridique.

### Évaluation

En général, le SGG veille à ce que la publication des décrets d'application des lois intervienne dans un délai qui ne doit pas dépasser 6 mois après la promulgation de la loi. Le ministère responsable en charge du projet de loi doit fournir un calendrier prévisionnel d'élaboration des décrets d'application envisagés et une fiche retraçant les dispositions essentielles de ces textes. Cependant, il arrive que les décrets d'application ne soient en fait jamais promulgués, empêchant la mise en œuvre de la loi, et créant une situation ambiguë sur le plan juridique. Ainsi, selon les évaluations disponibles, le nombre croissant des lois donne lieu à des phénomènes d'engorgement, avec environ 21 lois votées depuis juin 1981 qui restent non applicables et 169 lois partiellement applicables. Dans le même temps, il n'existe pas de norme particulière relative à la préparation des textes subalternes, en dehors des instructions générales sur la préparation de la réglementation distribuées par les services du Premier ministre à l'administration. Cette situation ne favorise donc pas la transparence au regard des citoyens.

L'existence de procédures officielles régissant la préparation de textes réglementaires ne concerne en France que les textes de lois et partiellement les décrets, pour ceux qui sont les plus importants, pris après avis obligatoire du Conseil d'État. Cependant, la difficulté vient en France de la multitude de textes réglementaires de niveau inférieur, qui fait que les citoyens concernés par la réglementation ne savent pas toujours bien comment fonctionnent les processus concernés.

Source : OCDE (2004).

### Études d'impact ex ante

**La France a mis en place un nouveau dispositif d'études d'impact qui la replace parmi les premiers rangs en Europe, du moins en principe.** Depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2009, les études d'impact sont une exigence à caractère constitutionnel. Cet ancrage constitue une « première » par rapport aux autres pays. Selon les nouvelles dispositions, une étude d'impact doit être jointe aux projets de lois envoyés par le gouvernement au Parlement, sans quoi la conférence des présidents de l'assemblée saisie en premier lieu peut refuser de mettre le projet à l'ordre du jour, y compris si elle considère que l'étude d'impact est insuffisante. En cas de désaccord entre le Parlement et le Premier ministre, la question est renvoyée au Conseil constitutionnel. L'étude d'impact doit également exposer « avec précision » l'articulation du projet de loi avec le droit communautaire et le droit national, l'état d'application du droit dans les domaines concernés par le projet et les modalités d'application des textes. Ce dispositif important n'existe pas si clairement dans bien d'autres pays de l'Union européenne.

**Cette contrainte à un niveau très élevé apparaît crédible.** 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. Les dispositions précédentes (qui résultaient de circulaires du Premier ministre) n'avaient pas réussi à faire entrer les études d'impact dans la pratique et la culture des ministères. Dès lors, les études d'impact n'avaient pas influé les textes et, dans le cas où elles étaient réalisées, servaient surtout à valider les décisions (une situation qui est loin d'être réservée à la France). Les efforts antérieurs ont échoué par manque de rigueur et absence de sanctions. Dans le dispositif actuel, trois éléments devraient venir en aide: le dispositif résulte d'une réflexion qui a engagé tous les acteurs (gouvernement, parlement, Conseil d'État, administration). Les

obligations et les modalités de contrôle sont définies précisément par une loi organique et ne peuvent être ainsi facilement changées. Des sanctions importantes peuvent survenir si une étude se révèle insuffisante (remarques du Conseil d'État, refus d'inscription à l'ordre du jour du Parlement, éventuellement confirmé par le Conseil constitutionnel).

**Les premiers mois d'application sont encourageants.** Les dispositions ont été légalement mises en application au 1<sup>er</sup> septembre, mais anticipées dès avril 2009. Les projets de lois déposés devant le Parlement ont maintenant une étude d'impact dont le champ est vaste et qui est publiée sur le site *Légifrance*. Le SGG a développé des méthodologies et référentiels, tout en laissant une marge de manœuvre à chaque ministère pour adapter la structure et le contenu des études d'impact à son champ d'activité. Les premiers mois montrent que les études d'impact commencent à être utilisées comme argument lors du débat parlementaire, et sont aussi prises en compte dans le débat public plus large. Le rapport du Comité d'évaluation des politiques publiques de l'Assemblée nationale, remis en novembre 2009, qui fait un bilan de la mise en application des études d'impact depuis avril 2009, a souligné l'amélioration de la qualité des études dans le temps, tout en notant la prépondérance accordée aux considérations juridiques par rapport aux analyses économiques.

**L'intérêt actuel pour les études d'impact doit se maintenir dans le temps et résister aux pressions diverses.** L'engagement – au niveau politique et administratif – des différentes parties prenantes, en premier lieu du Premier ministre, du Conseil d'État et de la commission des lois de l'Assemblée nationale a constitué un facteur clé de la mise en place du dispositif. Le maintien d'une attention politique forte et durable de la part du gouvernement et du parlement est indispensable pour que la menace de sanctions reste crédible.

**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 recueillir les éléments nécessaires à une bonne prise de décision. La publication des études (et des commentaires importants qui ont été recueilli) contribuerait à la qualité de l'outil. Pour que l'outil soit utile dans la pratique, il est essentiel d'en résumer les principales conclusions dans une version courte qui permette de comparer facilement les différentes options. Lors des entretiens, de nombreux intervenants ont insisté sur la pression existante pour produire rapidement des lois sans nécessairement considérer le besoin de recourir à une norme en tout premier lieu. L'étude d'impact doit permettre de poser la question du besoin de la loi très clairement dans le processus. Ceci nécessite que les études démarrent suffisamment tôt en amont du projet de réforme.

---

**Recommandation 4.3. Définir une politique de consultation publique pour les études d'impact. Intégrer clairement dans le processus en amont l'option du *statu quo* juridique.**

---

**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. En matière de chiffrage du coût des obligations d'information administratives, l'outil *Oscar* doit continuer à être développé et mis à jour pour conserver sa pertinence. 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.

---

**Recommandation 4.4. Renforcer les outils méthodologiques, avec un chiffrage des coûts dans la mesure du possible. Mettre en place un cadre approprié et les moyens suffisants de mise à jour de l’outil *Oscar*.**

---

**Il faut trouver le bon équilibre dans la définition du champ d’application du dispositif et la proportionnalité de l’effort consacré aux études d’impact.** Beaucoup s’accordent à dire qu’il faut cibler les études d’impact si on veut rendre le dispositif opérationnel. Le souci de proportionnalité ne doit toutefois pas conduire à laisser de côté des projets importants. Le dispositif actuel est obligatoire pour tous les projets de loi, et n’inclut pas les propositions de loi. L’obligation d’étude d’impact ne s’applique pas non plus aux projets de décrets, même si le gouvernement considère comme bonne pratique la réalisation d’une étude complémentaire lors de l’élaboration des textes d’application. Il n’y a pas de précisions quant à la mise à jour de l’étude d’impact pour tenir compte des amendements d’un projet de loi. Il conviendrait de voir l’étude d’impact comme un processus évolutif qui s’achève avec l’adoption de la loi. Il serait également utile d’engager une réflexion sur le contenu et le degré de précision de l’étude en fonction de l’importance du projet de texte, pour proportionner les efforts (voir par exemple le Royaume Uni). Le « bon sens » doit prévaloir.

---

**Recommandation 4.5. Engager une réflexion concernant le traitement des décrets d’application. Encourager une évolution similaire pour les propositions de loi du Parlement, ainsi que pour les amendements aux projets de loi gouvernementaux.**

---

**Une réforme ambitieuse a été lancée, et les capacités institutionnelles doivent être à la hauteur de cette ambition.** Le SGG doit assurer la mise en route des études d’impact dès le début du processus d’élaboration, développer une méthodologie et fournir des outils de support. La qualité et le sérieux des études actuelles dépendent fortement des ministères individuels. Il est important de renforcer les compétences économiques pour mieux appréhender les aspects économiques à la fois au SGG et dans les ministères. Faire appel à des consultants ne serait pas le bon choix pour régler ce problème. Une des raisons majeures pour les études d’impact est d’encourager l’administration à engager une réflexion sur les différentes options possibles. Si l’étude est préparée à l’extérieur, cette opportunité est perdue. Cela nécessite donc un investissement qui vise à renforcer les capacités au sein de l’administration. Il est aussi important de renforcer les capacités d’évaluation des études d’impact par le Conseil d’État.

---

**Recommandation 4.6. Intégrer des spécialistes économistes dans les équipes chargées de la réalisation des études d’impact. Mettre en place un dispositif de formation commune à tous les ministères, pour renforcer l’acculturation.**

---

**L’évaluation constitue un élément clé de l’ancrage des études d’impact et de leur efficacité.** On peut prévoir d’ores et déjà que les études d’impact seront soumises à un examen approfondi, de la part du Secrétariat général du gouvernement, du Conseil d’État, du Parlement et (s’il est saisi) du Conseil constitutionnel. L’évaluation régulière du dispositif est essentielle pour assurer non seulement que les études d’impact sont bien réalisées, mais qu’elles constituent des outils de qualité d’aide à la décision, et qu’elles apportent le support souhaité pour une rédaction optimale des normes. Il pourrait également

se trouver que dans une optique *ex post*, les études n'aient pas bien cerné les effets d'une loi. L'évaluation doit aussi permettre d'examiner l'adaptation du dispositif (par exemple, extension de son champ, développement des méthodologies et outils de quantification). Celui-ci doit être suffisamment précis et visible.

**Il n'existe pas à l'heure actuelle une échéance prévue pour l'évaluation régulière du dispositif.** Trois organismes sont ou peuvent être amenés à réaliser cette évaluation. Premièrement, le Comité d'évaluation des politiques publiques de l'Assemblée nationale, nouvellement établi à la suite de la réforme constitutionnelle, est d'ores et déjà chargé d'analyser la qualité d'études d'impact particulières, et pourrait assurer un suivi d'ensemble du dispositif. Son rapport de novembre 2009 sur les critères de contrôle des études d'impact constitue un pas dans cette direction. Deuxièmement, le Conseil d'État, dans la partie de son rapport annuel consacrée à son rôle consultatif, pourrait aussi être amené à dresser un constat de la mise en œuvre et l'effectivité du dispositif. Troisièmement, la Cour des comptes pourrait aussi intervenir pour évaluer le dispositif sur un cycle plus long, notamment en évaluant la qualité des prévisions par rapport à ce qui s'est passé dans la pratique et en évaluant de manière plus globale les politiques de gouvernance réglementaire (comme vient de le faire la Cour des comptes de l'Union européenne).

---

**Recommandation 4.7. Évaluer régulièrement et précisément la mise en application du dispositif d'études d'impact. Rendre publique ces évaluations. Cela pourrait s'inscrire dans le rapport et la communication annuelle proposés au chapitre 1.**

---

**Le nouveau dispositif doit s'inscrire dans le champ plus large de la gouvernance réglementaire ; c'est un outil pour regrouper le stock et le flux qui peut permettre de créer un « cercle vertueux ».** Les études d'impact, aussi importantes soient-elles, ne composent qu'une partie du champ d'action de la gouvernance réglementaire. Les études doivent servir de support pour les autres actions menées par le gouvernement. C'est un excellent outil pour l'évaluation de chaque projet de norme pris individuellement, mais il doit aussi servir à dégager une vue d'ensemble de l'évolution de la réglementation (ce qui est en cours, dans quelle mesure les différents secteurs, les différentes parties du territoire, les entreprises, etc. ont été touchés par les charges réglementaires). Par exemple, s'il s'avère qu'un secteur d'activité a été particulièrement affecté au cours de l'année précédente, cela pourrait dégager des pistes de réflexion sur les mesures à prendre par la suite. Cette vue d'ensemble serait complétée par un regroupement avec les initiatives de simplification.

---

**Recommandation 4.8. Reprendre le discours qui a été commencé lors de la présidence française de l'Union européenne. Dégager des pistes pratiques pour aller vers l'intégration entre les études d'impact et les mesures de simplification.**

---

### Encadré 4.2. Extraits du rapport de l'OCDE de 2004 : études d'impact *ex ante*

#### Recommandation

***Mettre en place une pratique effective de l'Analyse d'Impact de la Réglementation (AIR) en en faisant un outil stratégique de soutien des politiques réglementaires.***

Dans de nombreux pays de l'OCDE, une pratique effective et systématique des études d'impact (AIR), est un élément clé de garantie de la qualité du processus réglementaire. Or en France, il a été noté que si des évaluations préalables existent, elles se font souvent de façon non coordonnée, ne prennent pas systématiquement en compte les coûts et les bénéfices d'ensemble des textes réglementaires pour la société, sont préparées en amont des études d'impact proprement dites, et ces dernières se réduisent souvent à un exercice formel effectué après que les décisions aient été prises. Cette situation pourrait donc être améliorée en utilisant le processus de l'AIR comme un cadre systématique permettant de rationaliser la pratique existante, en s'assurant de la pertinence, de la cohérence du processus d'évaluation *ex ante*. Cette amélioration permettrait également de faire en sorte que le processus de décision réglementaire *ex ante* soit plus charpenté en termes d'approche économique fondée sur l'évidence. Pour ce faire, l'AIR devrait être établi dans le cadre d'une norme juridique s'imposant aux procédures de préparation des textes, pour assurer le respect d'une véritable analyse d'impact, susceptible d'être sanctionnée. Afin de réserver l'AIR aux projets réglementaires significatifs (de l'ordre d'une centaine par années au maximum), l'autorité chargée de la qualité pourrait établir des critères précis pour définir les textes susceptibles d'être concernés par une étude d'impact en terme d'AIR, et pourrait avoir l'autorité d'exiger le cas échéant la production d'une AIR pour certains textes. L'étude d'impact devrait également inclure des procédures de consultation préalable et obliger à ce que les résultats de la consultation soit rendus publics avec des délais suffisants. Un guide méthodologique et un appui à la formation à cet effet devrait être préparé et mis en place, par exemple par l'institution centrale chargée de la qualité de la réglementation.

#### Évaluation

En l'état, l'évaluation de la pratique française reste délicate. Une évaluation des conditions de réalisation des études d'impact effectuées en 2002 révèle que, si l'exercice est réalisé d'un point de vue formel, le contenu du document produit est de densité et de qualité inégale et n'éclaire pas suffisamment la décision qu'il accompagne. Les défauts constatés lors de l'expérimentation et observés par le Conseil d'État n'ont pas vraiment été corrigés. Selon le rapport *Mandelkern* de 2002, et l'analyse du Conseil d'État de 2002 sur un échantillon d'études d'impact, ces documents restent formels, réalisés uniquement en raison de l'obligation imposée par le Conseil d'État et le SGG. Cependant, ceci ne veut pas dire que l'évaluation *ex ante* n'est pas faite, mais qu'elle se fait différemment, et en dehors de ce cadre.

Intégrer les AIR dans le processus d'élaboration des politiques, en commençant à un stade aussi précoce que possible devrait permettre à la discipline de l'évaluation systématique des coûts et des bénéfices, à l'identification des alternatives et à la recherche de la meilleure option politique, de faire partie de l'élaboration des politiques. La divergence fondamentale en France par rapport à ce principe a vidé en fait les études d'impact de leur sens : le plus souvent l'étude est réalisée tardivement, *ex post*, en moyenne en 48 heures après qu'un arbitrage ait été rendu sur la décision et se révèle pour l'essentiel être un résumé justificatif du texte en cause. Ceci empêche nécessairement l'étude d'impact d'être un outil de réflexion contribuant à la décision. Elle n'est alors qu'une formalité et un coût administratif additionnel.

#### Soutien politique dans le temps

L'utilisation de l'AIR doit être soutenue par les niveaux de gouvernement les plus élevés. En dépit d'un engagement politique clair en 1995-1996, quand la pratique a été initiée, force est de constater qu'avec la fin du Commissariat à la Réforme de l'État en 1997, l'élan d'ensemble n'était plus le même et un fort scepticisme existe parmi la plupart des administrations et hauts fonctionnaires. Le texte

recommandant les études d'impact, qui est une circulaire, n'a pas une force juridique très importante dans l'ordre administratif français. Comme ce projet, en dehors de la sphère politique, n'était porté par aucune administration à vocation pérenne, il est d'une certaine façon tombé en désuétude avec le dépérissement du soutien politique.

### **Consultation**

En France, l'étude d'impact est rendue publique, mais seulement à la fin lors du dépôt en Conseil des ministres, ce qui interdit de fait toute implication du public en amont. La publication des AIR le plus tôt possible devrait inciter les responsables à améliorer leur projet d'analyse, celui-ci devenant public.

### **Méthodologie**

En France, le contenu des études d'impact est de densité et de qualité inégale, insuffisant pour éclairer la décision. Ceci ne veut pas dire que les décisions ne sont pas analysées, notamment par rapport à leur impact budgétaire et économique. Cependant, ces analyses n'utilisent pas un cadre général tenant compte des coûts et des bénéfices en termes d'externalités pour la société. La difficulté à mesurer des bénéfices sociaux, et l'absence de toute approche structurée et systématique réduisent fortement l'utilité de l'approche des études d'impact pour aider à la prise de décision.

Les stratégies de collecte des données existent, au sein des directions d'études économiques et d'analyse statistique des ministères, ainsi qu'à l'INSEE. Quand les données existent, une analyse quantitative peut être développée. Quand elles n'existent pas, les besoins de l'AIR ne suffisent pas à l'heure actuelle à orienter la production du système statistique, qui s'effectue à long terme et autour d'outils lourds.

### **Ciblage**

Les efforts d'AIR doivent être ciblés sur les réglementations avec l'impact le plus grand et les possibilités les plus importantes d'améliorer les résultats. Cependant, en France, les études d'impact ont été réclamées pour tous les textes législatifs et les décrets en Conseil d'État, en se fondant sur l'importance juridique du texte et non son incidence économique. Aux États-Unis, la nécessité de l'AIR est soumise à un seuil d'impact économique de 100 millions de dollars, ou si les règles peuvent générer des coûts pour un secteur ou une région spécifique, ou affecter de façon adverse la concurrence, l'emploi, l'investissement la productivité ou l'innovation<sup>1</sup>. Dès lors, la contrainte de l'étude d'impact devient trop importante par rapport aux moyens techniques disponibles dans les ministères, et n'est respectée que d'un point de vue formel. Ces études sont surtout détaillées et de qualité pour les textes préparés avec un horizon temporel suffisamment long. Ainsi, les exemples cités pour la couverture maladie universelle et la bioéthique font en fait suite à un travail préparatoire important et interministériel dans le cadre du Commissariat Général du Plan pour la première, et avec une instance consultative d'experts pour la seconde.

### **Responsabilités et capacités**

Afin d'établir une implication des autorités réglementaires, tout en assurant un contrôle qualité et une consistance, les responsabilités pour l'AIR doivent être partagées entre les autorités réglementaires et l'organisme central en charge de la qualité. En France cependant, la responsabilité formelle de l'échelon central, le SGG, est de s'assurer que l'étude d'impact existe, pas d'en contrôler la qualité. En cela, le SGG est conforme à son rôle de Bureau d'Ordre, s'assurant du respect des procédures par rapport au cadre formel et de l'environnement juridique, mais pas du contenu substantif intrinsèque des textes. Le Conseil d'État examine les textes d'un point de vue juridique, mais en tant que telles les études d'impact n'ont pas de portée juridique, et le Conseil d'État n'a pas de moyen juridique d'en contrôler le contenu économique.

Les cadres rédigeant les textes doivent avoir la formation nécessaire pour préparer des AIR pour évaluer la qualité de la réglementation, et pour comprendre les pré-requis méthodologiques et les stratégies de collecte de données. La formation est nécessaire pour que l'AIR soit perçu comme un vecteur du changement structurel au sein même de l'administration. En France, la qualité élevée de la formation initiale ne fait pourtant pas de place spécifique à la préparation des études d'impact. Ceci est également lié au manque de cadre méthodologique pour les études d'impact.

Source : OCDE (2004).

### *Alternatives à la réglementation*

**La recherche d'instruments alternatifs à la norme n'est que peu intégrée dans la culture administrative et politique française.** Il est souvent avancé que le recours à la loi est vu comme la réponse immédiate à un problème donné. La recherche d'alternatives a été peu évoquée lors des entretiens<sup>2</sup>. Les études d'impact peuvent jouer un rôle majeur pour faire évoluer cette culture, en posant deux questions clés :

- Existe-t-il déjà une loi et si oui, est-elle appliquée (la mise en application effective pourrait être une solution alternative) ?
- L'adoption d'une loi est-elle nécessaire pour atteindre l'objectif défini ?

---

**Recommandation 4.9. Veiller à ce que les études d'impact intègrent pleinement l'analyse des alternatives à la réglementation (y compris l'option du *statu quo* juridique – voir recommandation 4.3.**

---

### **Encadré 4.3. Extrait du rapport de l'OCDE de 2004 : alternatives à la réglementation**

La recherche d'alternatives à la réglementation n'est pas une caractéristique clé du système français. Ceci est dû à la fois à la pratique centralisée d'un pays de droit romain écrit, et également au rôle du cadre communautaire. La préoccupation existe pourtant au niveau politique : une instruction gouvernementale de mai 2002 demande aux ministres de veiller à lutter contre l'excès de législation et de réglementation et de rechercher des solutions alternatives à l'édiction de règles. Cependant, ces instructions n'ont pas de valeur juridique et ne sont pas soutenues par une approche systématique visant à s'interroger sur la nécessité de toute réglementation nouvelle.

Source : OCDE (2004).

## Présentation d'ensemble

### *Contexte général*

#### *La structure des normes en France*

L'initiative des lois appartient au Premier ministre ainsi qu'aux députés et aux sénateurs. Les initiatives du Premier ministre sont appelées « projets de loi », celles des parlementaires « propositions de loi ». La grande majorité des textes adoptés par le Parlement sont des projets de loi (près de 90% lors de la session parlementaire 2007/08). En nombre de textes déposés devant les assemblées parlementaires, les propositions de loi sont

nettement plus nombreuses que les projets de loi.<sup>3</sup> L'initiative parlementaire est devenue plus fréquente depuis l'instauration en octobre 1995 des séances mensuelles réservées à un ordre du jour fixé par l'assemblée. Cette tendance devrait se renforcer à la suite de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a instauré le partage de l'ordre du jour entre chaque assemblée et le pouvoir exécutif (effectif depuis mars 2009). Autre modification significative de la procédure, la discussion des projets de loi porte à présent, en règle générale, en séance, sur le texte adopté par la commission.

Les instruments normatifs sont hiérarchisés entre instruments législatifs et réglementaires. L'article 34 de la Constitution de 1958 définit de façon restrictive les matières qui sont du domaine législatif en fonction de critères propres, qui ne sont ni organiques (textes issus du Parlement), ni procéduraires (textes adoptés selon la procédure législative)<sup>4</sup>. Si un texte n'est pas considéré comme législatif, alors il appartient par défaut au domaine réglementaire. Les textes réglementaires (décrets et arrêtés) sont dans la majorité des cas destinés à préciser les conditions d'application d'une loi.

#### **Encadré 4.4. La structure des normes en France**

Il est à noter que toutes les grandes juridictions françaises (Conseil d'État, Conseil constitutionnel, Cour de cassation), ainsi que la plupart des cours suprêmes des États membres de l'Union européenne, ont jugé que les traités internationaux, notamment les traités communautaires, ont une autorité supérieure à celle des lois, mais inférieure à celle de la Constitution, qui est la norme suprême de l'ordre juridique interne. Cette suprématie doit toutefois tenir compte des exigences liées à la participation de la France à l'Union européenne et aux Communautés européennes.

##### **Textes législatifs**

Outre les lois « simples » ou « ordinaires », votées par le Parlement dans les matières législatives prévues par la Constitution, on distingue plusieurs catégories de lois particulières.

- Les lois constitutionnelles portent révision de la Constitution selon la procédure déterminée à l'article 89 de la Constitution. Le projet ou proposition doit être voté dans les mêmes termes par les deux assemblées. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum. Toutefois, dans le cas d'un projet de loi, le Président de la République peut décider de ne pas le soumettre à référendum, mais au Parlement convoqué en Congrès (réunion des deux assemblées) qui l'approuve à la majorité des trois cinquièmes.
- Les lois organiques, selon l'article 46 de la Constitution, ont pour but principal de préciser le fonctionnement des pouvoirs publics dans les cas prévus par la Constitution. Elles sont soumises systématiquement avant leur promulgation à un contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel et, en cas de désaccord entre les deux assemblées, ne peuvent être adoptées en dernière lecture à l'Assemblée nationale qu'à la majorité absolue de ses membres.
- Les lois de finances. Elles font l'objet de règles de procédures spécifiques (notamment dépôt en premier lieu à l'Assemblée nationale, délai de 70 jours au-delà duquel les dispositions peuvent être mises en vigueur par ordonnances).
- Les lois de financement de la sécurité sociale. Elles font l'objet de règles de procédures spécifiques, inspirées de celles des lois de finances.
- Les lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'Etat dans un domaine déterminé pour une durée de plusieurs années et les moyens qu'il envisage d'y consacrer.

- Les lois autorisant la ratification d'engagements internationaux représentent entre le quart et le tiers de la production annuelle. Elles sont d'initiative gouvernementale et ne sont pas amendées.
- Les lois d'habilitation. Le gouvernement peut demander au Parlement l'autorisation de prendre des mesures qui sont normalement du domaine de la loi, par le biais d'ordonnances (article 38 de la Constitution). L'autorisation est accordée par une loi fixant le délai d'habilitation, la finalité et le domaine d'intervention des mesures que le gouvernement entend prendre. Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres, après avis du Conseil d'État. Elles ont un effet immédiat mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé dans les délais prévus par la loi d'habilitation. Ce mécanisme est utilisé pour des sujets très techniques (simplification administrative). Il l'a parfois été pour des réformes très délicates (Réforme de la sécurité sociale en 1996).

### **Textes réglementaires (décrets, arrêtés) et circulaires**

Les textes réglementaires sont dans la majorité des cas destinés à préciser les conditions d'application d'une loi.

- Les décrets sont normalement signés par le Premier ministre qui est, en vertu de la Constitution, l'autorité réglementaire de droit commun. Certains décrets réglementaires sont toutefois délibérés en Conseil des ministres et donc signés par le Président de la République (qui préside le Conseil des ministres), soit parce qu'un texte supérieur l'a prévu, soit parce que le Gouvernement estime que le texte mérite de suivre cette procédure solennelle. Les lois prévoient souvent que certains décrets nécessaires à leur application seront pris « en Conseil d'État », de manière à mieux garantir leur qualité juridique. Les décrets en Conseil d'État et les décrets en Conseil des ministres (un décret peut être pris en Conseil d'État et en Conseil des ministres) ne peuvent être modifiés que dans les mêmes conditions.
- Les arrêtés sont des actes inférieurs aux décrets, émanant d'une autorité administrative individuelle, inférieure au Président de la République ou au Premier ministre : ministres, préfets, maires, présidents de conseil général ou de conseil régional. Ils font partie du pouvoir réglementaire subsidiaire dont disposent les ministres pour assurer le fonctionnement des services placés sous leur autorité. Ils peuvent aussi édicter des dispositions réglementaires dans les matières où un texte législatif ou réglementaire leur a donné ce pouvoir. En dehors de ces hypothèses, les ministres n'ont pas de compétence réglementaire. L'arrêté, comme le décret, comporte à la fois des visas qui rappellent les textes supérieurs, et un dispositif précisant le contenu de l'acte et ses effets juridiques. L'arrêté peut être réglementaire, lorsqu'il pose une règle générale, (ex : un arrêté municipal interdisant le stationnement) ou individuel (ex : nomination).
- Les circulaires sont les instructions adressées par le Premier ministre aux ministres ou par une autorité administrative (ministre, recteur, préfet...) à ses subordonnés. Les circulaires peuvent contenir aussi bien des précisions sur l'interprétation qu'il convient de retenir d'une loi ou d'un décret, que des directives sur la conduite à tenir pour l'application de telle ou telle législation. On compte chaque année plus de 10 000 circulaires rédigées au sein des différents ministères. Les administrés peuvent attaquer une circulaire devant le juge administratif dans le cas où la circulaire contient des dispositions à caractère impératif. Le contrôle de la légalité des circulaires par le juge administratif porte notamment sur l'interprétation exacte du décret en vigueur.
- Utilisés principalement en matière fiscale, les rescrits sont des provisions par lesquelles l'administration prend position sur une situation (fiscale) en amont (consultation préalable de l'administration par un administré). Les rescrits peuvent constituer pour les administrés un outil de simplification et renforcer la sécurité juridique. Ils sont opposables devant les tribunaux, mais leur portée est limitée dans la mesure où un rescrit donné ne peut s'appliquer

(et être juridiquement opposable) que dans des situations strictement identiques. Certains actes des autorités administratives indépendantes, qui sont des régulateurs indépendants.

- Certaines autorités détiennent un pouvoir de réglementation, consistant à organiser un secteur d'activité en établissant des règles. Ce pouvoir réglementaire, qui appartient en principe au Premier ministre ou au Président de la République, est ainsi reconnu de manière exceptionnelle, mais limitée, à un organe indépendant du gouvernement. Ce n'est pas un pouvoir réglementaire autonome : il ne peut s'appliquer qu'à des mesures à portée limitée et dans le respect des lois et des décrets. La pratique de certaines autorités administratives indépendantes s'étend jusqu'à l'édition de règlements généraux parfois détaillés (voir par exemple les règlements généraux de l'Autorité des marchés financiers) et le développement d'un pouvoir de « recommandation ». Même si de tels référentiels sont dépourvus de portée juridique, ils s'imposent de fait à la grande majorité des opérateurs. Ces normes non contraignantes (*soft law*) tendent à prendre une importance toute particulière en ce qui concerne les autorités administratives indépendantes agissant en tant qu'arbitre dans un système concurrentiel, en privilégiant un mode de régulation fondé sur le consensus.
- Les décisions des organismes professionnels compétents en matière d'auto réglementation, et de dévolution d'un pouvoir réglementaire dérivé.

### *Les dispositions infra-légales*

En théorie, la place dévolue au système « infra légal » (*soft law*) est très réduite dans le cadre institutionnel français. En pratique, la complexité des textes ou le caractère parcimonieux de la loi, rendent nécessaires des textes d'interprétation, qui peuvent parfois déborder de leur strict rôle supplétif et prendre un caractère réglementaire. Cependant, les contrôles juridictionnels du Conseil d'État permettent de contrôler ce processus. Ce système de normes infra légal a dans les faits un impact très important sans que leur élaboration soit nécessairement soumise à des règles contraignantes, et sans que leur effet économique soit nécessairement bien évalué. L'ensemble des circulaires et instructions peut ainsi constituer un « droit souterrain » (Warsmann, 2009).

### *Évolution de la production normative*

L'inflation normative, qui se traduit par un accroissement du volume du droit positif et de sa complexité, est très régulièrement dénoncée en France comme source d'instabilité de la règle de droit, de coûts indirects pour l'économie et la société et d'atteinte à la crédibilité de l'action publique. La question est très présente dans les différents rapports consacrés à la qualité réglementaire au cours des dernières années, parmi lesquels le rapport Mandelkern de 2002, le rapport public du Conseil d'État de 2006<sup>5</sup> ou encore le rapport Warsmann de 2009. Elle a été mise en évidence par le rapport OCDE de 2004 (encadré 4.5). Elle a été soulevée par pratiquement tous les interlocuteurs (administrations et parties prenantes) avec l'équipe de l'OCDE en 2009. Si plusieurs pays de l'UE enregistrent une augmentation régulière du volume de normes produites chaque année, la France se distingue par l'attention donnée au problème.

#### Encadré 4.5. Rapport OCDE 2004 : l'inflation normative en France

Les coûts de l'inflation réglementaire sont peu à peu devenus manifestes : le développement de l'intervention économique et sociale de l'État a généré un recours massif à l'outil réglementaire. Le nombre annuel moyen de lois a cru de 35 % en trente ans. Ces données sous-estiment la réalité car la loi ne représente qu'une partie de l'édifice réglementaire, à côté des décrets, arrêtés et circulaires de toutes sortes. Ainsi, il existait 82 000 décrets en vigueur en 1991, avec une production annuelle à l'époque de 670 décrets par an. La production s'est fortement accrue sur la période récente avec plus de 11 000 décrets supplémentaires entre 1995 et 2002. De plus la taille moyenne des textes a augmenté, de 93 lignes pour une loi en 1950 à 220 dans les années 1990. Ainsi, le volume du journal officiel a été multiplié par 2.4 entre 1976 et 1990. Ceci concerne les flux, car il n'existe pas d'instrument statistique systématique permettant d'appréhender les stocks réglementaires. Cependant, certains estimeraient ce stock de textes à 8 000 lois et 400 000 textes d'ordre réglementaire divers, incluant les décrets, arrêtés et circulaires.

Comme dans d'autres pays de l'OCDE, la complexité croissante du droit résulte en partie de la multiplication des sources du droit, notamment internationales et communautaires, et de nouveaux domaines d'intervention. Elle tient aussi à ce que le Conseil d'État a qualifié d'« intempérance normative », ou le rapport *Warsmann* de « mal français », à savoir l'utilisation de la norme comme moyen de communication et réponse aux crises. La pression des milieux professionnels et de l'opinion en faveur de l'élaboration de nouvelles lois et la force symbolique de la loi reste prégnante dans la culture juridique française (Conseil d'État, 2006). Des interlocuteurs de l'OCDE ont ainsi pu évoquer « la France, pays de la norme ».

Les efforts faits pour mesurer le volume de production normative reflètent cette préoccupation. Le secrétariat général du gouvernement procède à un décompte du volume des textes législatifs et réglementaires qui est disponible sur le site *Légifrance*. Selon ce décompte, le volume des lois et décrets, mesuré en nombre de pages du Journal officiel, a augmenté de 30 % environ entre 1970 et 1990 et à nouveau de 30 % environ depuis 1990. Le nombre de nouvelles lois et ordonnances est passé de 410 sur la période 1994-2000 à 535 sur la période 2001-07, tandis que le nombre de nouveaux décrets passait de 8 500 environ à près de 10 700. Au 1<sup>er</sup> juillet 2008, le nombre de textes de nature législative s'établissait à 2 619 (dont 20 % d'ordonnances) et celui de textes réglementaires (au 1<sup>er</sup> juillet 2007) à 22 883 décrets.

**Tableau 4.1. Production de textes réglementaires nouveaux, 2001-07**

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total période
Lois	40	34	56	40	50	45	40	305
Ordonnances	19	12	18	53	85	28	15	230
Total textes législatifs	59	46	74	93	135	73	55	535
Décrets en Conseil des ministres	44	77	42	54	67	65	70	419
Décrets en Conseil d'État	496	638	504	562	707	765	792	4 464
Décrets simples	790	890	758	864	919	955	1 029	6 205
Total décrets	1 286	1 528	1 262	1 426	1 626	1 720	1 821	10 669

*Notes :*

- Les lois autorisant la ratification de traités ou d'accords internationaux ne sont pas comptabilisées.
- Les décrets pris à la fois en Conseil d'État et en Conseil des ministres sont comptabilisés dans la rubrique décrets en Conseil des ministres.

Source : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

## ***Le développement des normes***

### ***Les processus d'élaboration des normes***

Lors de l'élaboration d'un texte législatif ou réglementaire, le gouvernement doit respecter un certain nombre de mécanismes juridiques, au contenu incontournable mais qui peut varier en fonction de la catégorie de la norme. Les différentes étapes d'élaboration d'un texte (Annexe B) dépendent avant tout du type de texte en question (projet de loi d'origine gouvernementale, proposition de loi d'origine parlementaire, ordonnance, décret). Des dispositions spécifiques sont prévues pour la transposition des directives européennes (chapitre 7). Les arrêtés et circulaires n'ont pas de circuit d'élaboration aussi détaillé que celui des lois et décrets et peuvent être signés par un ou plusieurs ministres (ou par un directeur d'administration centrale par délégation du ministre) avant d'être publiés au Journal officiel.

### **Encadré 4.6. Les étapes du processus législatif**

#### **1. L'initiative**

L'initiative de la loi appartient à la fois au gouvernement et aux parlementaires (députés et sénateurs). Le Gouvernement prépare des projets de loi et les parlementaires des propositions de loi.

Le Conseil d'État doit être consulté sur tout projet de loi avant que le projet ne soit présenté en Conseil des ministres. La procédure d'élaboration d'un projet de loi inclut d'autres obligations consultatives qui doivent être accomplies en amont de l'examen du projet de texte par le Conseil d'État.

La concertation interministérielle donne généralement lieu à une ou plusieurs réunions *ad hoc* sous la présidence du Premier ministre ou d'un membre de son cabinet afin d'éclairer les termes de la décision et de tenter d'obtenir une solution consensuelle. On compte plus de 1 000 réunions interministérielles par an destinées à finaliser un avant-projet de loi ou de décret. Les lois organiques relatives à l'outre-mer imposent une consultation des assemblées territoriales pour les textes qui les concernent (ou qui comprennent à tout le moins des dispositions particulière d'adaptation). De manière similaire, les projets de loi ou de décret comportant des dispositions particulières à la Corse doivent être soumis pour avis préalable à l'Assemblée de Corse.

La consultation des parties prenantes extérieures se fait à travers des organismes consultatifs, placés auprès des administrations centrales et qui regroupent les représentants des différents acteurs concernés. Cette consultation peut avoir un caractère obligatoire ou optionnel (voir chapitre 3).

La réglementation communautaire comprend des obligations de notification préalables à la Commission européenne dans certains domaines (aides d'État, réglementation techniques, règles relatives à l'audiovisuel, nouvelles exigences essentielles pour l'exercice d'une activité de services).

## **2. Le dépôt**

Les projets et propositions de loi doivent être examinés par les deux chambres du Parlement qui exerce le pouvoir législatif (adoption des lois et contrôle du pouvoir exécutif). En France, le Parlement est composé de deux chambres : l'Assemblée nationale et le Sénat. Le dépôt d'un projet de loi peut s'effectuer indifféremment, sauf dans certains cas, au Bureau de l'Assemblée nationale ou du Sénat. Par contre, une proposition de loi doit être déposée obligatoirement sur le Bureau de l'assemblée du parlementaire auteur de la proposition.

## **3. L'examen par la première assemblée**

Le texte est d'abord examiné par la commission parlementaire compétente pour le domaine concerné par la future loi. Elle désigne un rapporteur qui étudie le texte et qui rédige un rapport. Il peut, comme les autres membres de la commission, proposer des modifications au texte de la future loi. Ce sont des amendements. Le rapport est ensuite adopté par la commission.

## **4. Le vote de la première assemblée**

Le projet ou la proposition de loi, après inscription à l'ordre du jour, peut être examiné(e) par la 1<sup>ère</sup> assemblée où il a été déposé (Assemblée nationale ou Sénat). Selon le cas, les députés ou les sénateurs votent d'abord pour chaque article et amendement, avant de voter sur l'ensemble du texte. Une fois adopté, le texte est transmis à la seconde assemblée (Sénat ou Assemblée nationale).

## **5. La navette**

La seconde assemblée examine le texte selon les mêmes règles. Des amendements peuvent aussi être votés. Le texte doit alors repartir vers première assemblée pour être à nouveau examiné. C'est la navette. Pendant cette phase, seuls les articles modifiés sont étudiés.

## **6. L'adoption**

Le projet, ou la proposition de loi, est adopté lorsqu'il est voté dans les mêmes termes par les deux assemblées. En cas de désaccord, le Gouvernement peut convoquer une commission mixte paritaire. Elle est composée de 7 députés et de 7 sénateurs qui doivent proposer un texte commun voté ensuite par chaque assemblée. En cas d'échec, une nouvelle lecture du texte a lieu dans les deux assemblées et le Gouvernement peut donner le dernier mot à l'Assemblée nationale.

## **7. La promulgation**

Le texte est ensuite promulgué par le président de la République dans les 15 jours. Pendant ce délai, le Président peut demander un nouvel examen du texte et le Conseil constitutionnel peut être saisi pour vérifier qu'il n'est pas contraire à la Constitution. La loi promulguée entre en vigueur après sa publication au Journal officiel de la République française dans lequel sont publiés les lois et les règlements. et des décrets d'application permettent sa mise en œuvre.

La procédure d'élaboration des projets de loi et de décrets (initiés par l'exécutif) se caractérise par les éléments suivants :

- La conception et la rédaction des textes normatifs sont décentralisées au sein de chaque ministère, qui a le choix de sa propre organisation interne. Les projets de texte sont rédigés par les administrateurs des ministères (et non par des équipes

spécialisées de juristes) qui sont aussi responsables de la réalisation des études d'impact le cas échéant.

- La préparation des avant-projets de loi et de décrets inclut diverses obligations formelles de consultations interministérielles et de comités consultatifs (encadré 3.2). Les projets de proposition de loi (d'origine parlementaire) ne sont pas soumis aux mêmes obligations.
- Le Conseil d'État examine obligatoirement les avant-projets de lois et d'ordonnances (une fois accomplie la phase de consultation interministérielle et de comités consultatifs), avant que ceux-ci ne soient soumis au Conseil des ministres, ainsi que les projets de décrets les plus importants, qualifiés par la loi de « décret en Conseil d'État » (encadré 4.7).
- Le Premier ministre contrôle la production législative émanant des différents ministères et arbitre en cas de désaccord entre les ministres. C'est à lui que constitutionnellement appartient l'initiative des lois, concurremment avec les membres du Parlement (article 39 de la Constitution) et qu'il revient d'assurer l'exécution des lois (article 21 de la Constitution).<sup>6</sup> Les avant-projets de loi ou décret doivent avoir l'accord formel du Premier ministre avant leur soumission au Conseil d'État et au Conseil des ministres.
- Le Secrétariat général du gouvernement (en coopération étroite avec le cabinet du Premier ministre) joue un rôle de coordination et de suivi de la production normative. Il est informé à un stade précoce du projet. Il intervient formellement lors de l'insertion du projet de loi ou de décret dans le programme de travail du gouvernement. Il définit alors avec le ministère porteur les modalités de l'étude d'impact et intervient dans le règlement des éventuels différends interministériels. Il est présent à toutes les principales étapes du processus, tels que la demande d'avis au Conseil d'État, l'inscription à l'ordre du jour du Conseil des ministres, le dépôt du projet de loi au Parlement (encadré 4.7).

En application de l'article 61 de la Constitution, les lois définitivement adoptées par le Parlement peuvent être contestées dans le délai qui précède leur promulgation, devant le Conseil constitutionnel, qui dispose alors d'un mois pour se prononcer (huit jours si le gouvernement active la procédure d'urgence). Ce droit est ouvert au Président de la République, au Premier ministre, au Président de l'Assemblée nationale, au Président du Sénat ou 60 députés ou 60 sénateurs. Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61 ne peut être promulguée ni mise en application<sup>7</sup>. Les décrets réglementaires édictés par le gouvernement peuvent être contestés devant le Conseil d'État dans un délai de deux mois à compter de leur publication.

#### **Encadré 4.7. Le rôle du Secrétariat général du gouvernement et du Conseil d'État dans le processus d'élaboration des normes**

*Le Secrétariat général du gouvernement* joue un rôle important de « gardien des points de passage » dans le suivi de la préparation des textes législatifs et réglementaires. Outre son rôle tout en amont dans la programmation du travail du gouvernement, il intervient à des étapes décisives de l'élaboration des textes. Dans certains cas, le service de la législation et de la qualité du droit (au sein du Secrétariat général du gouvernement) peut contribuer aux premiers stades de l'élaboration du texte en apportant une expertise par exemple sur une difficulté juridique ou sur l'étude d'impact. En tout état de cause, le Secrétariat général du gouvernement intervient aux derniers stades de la préparation du texte, avant que le texte ne soit transmis au Conseil d'État. Il apporte son expertise au cabinet du Premier ministre dans les arbitrages à rendre au stade de la validation interministérielle des projets de texte législatifs ou réglementaires. Il intervient aussi avant présentation des textes réglementaires (décrets et arrêtés) à la signature du Premier ministre ou du Président de la République en vue de leur publication au Journal officiel. Ce contrôle porte à la fois sur la légalité du projet de texte et sur la qualité rédactionnelle de la norme. Il prépare le programme semestriel de travail du gouvernement, à partir des propositions des ministères, ainsi que la programmation des textes d'application. Il veille à la régularité et à la qualité des textes présentés en Conseil des ministres, et opère ainsi un contrôle en amont de celui fait par le Conseil d'État.

*Le Conseil d'État* émet un avis sur la régularité juridique des textes. Plus précisément lorsqu'il examine un texte, il se prononce sur :

- la forme : il veille à ce que les textes soient bien rédigés ;
- la légalité : il vérifie le respect des règles de compétence, de procédure et, sur le fond, le respect des textes hiérarchiquement supérieurs ;
- l'opportunité : il établit le bilan des avantages et des inconvénients du texte. Il ne s'agit pas d'une opportunité politique.

Le gouvernement n'est pas tenu de suivre l'avis du Conseil d'État, mais il ne peut édicter que le texte adopté par le Conseil d'État ou le projet dans son état initial. Cependant, décider de passer outre une illégalité signalée par le Conseil d'État est s'exposer à un risque contentieux élevé<sup>8</sup>. En effet, même si l'avis du Conseil d'État rendu en formation consultative ne lie pas ses formations contentieuses, les divergences d'analyse en son sein sont rares. Le gouvernement a la faculté de le consulter pour avis pour tous les autres textes réglementaires. L'avis du Conseil d'État est secret mais le gouvernement peut le rendre public, et le rapport annuel du Conseil peut évoquer certains avis *ex post*.

#### *Programmation normative*

##### Le programme de travail du gouvernement

Le « programme de travail du gouvernement » (PTG), qui définit les orientations principales du gouvernement domaine par domaine, est arrêté chaque semestre pour le semestre suivant. Il permet d'exprimer une volonté politique et d'adapter les priorités en vérifiant la cohérence des politiques gouvernementales. Il comporte notamment la liste des projets de loi que le gouvernement envisage de proposer au vote du Parlement, la liste des projets d'ordonnances, de décret dont l'inscription à l'ordre du jour du Conseil des ministres sera proposée, et la liste des thèmes devant faire l'objet d'une communication en Conseil des ministres (exposé d'un ministre sur son action dans un domaine de son ressort). Ce programme de travail constitue donc un instrument de planification de l'activité législative et réglementaire, permettant de prévoir et de répartir au mieux dans le temps l'activité du Conseil d'État, du conseil des ministres, ainsi que l'ordre du jour parlementaire pour la

partie dont dispose le gouvernement. Son caractère indicatif laisse la place, le cas échéant, à la prise en compte d'exigences particulières liées à l'actualité (plan de relance à la suite de la crise financière par exemple).

Les thèmes figurant dans le programme de travail font l'objet de propositions de chaque membre du gouvernement. Les propositions sont rassemblées par le SGG qui leur donne une forme homogène. L'ensemble est ensuite soumis à l'arbitrage du Premier ministre. Le programme de travail du gouvernement n'est pas rendu public, sans forcément avoir de statut de confidentialité particulier. Des dispositions particulières existent pour la programmation de la transposition des textes communautaires (chapitre 7).

### La programmation des décrets d'application des lois

Le Premier ministre contrôle la production législative émanant des différents ministères. En cas de désaccord, c'est le Premier ministre qui arbitre. Dans les matières autres que celles qui relèvent du domaine de la loi, mais aussi pour prendre les mesures d'application des lois qui s'imposent, il dispose d'un pouvoir réglementaire de droit commun, sous réserve du pouvoir propre du Président de la République. Les ministres ne disposent quant à eux que d'un pouvoir réglementaire subsidiaire, pour déterminer par voie d'arrêtés des modalités d'application techniques, lorsqu'un texte de valeur supérieure le prévoit, ainsi que pour fixer des règles d'organisation des services placés sous leur autorité.

Le plein effet des réformes législatives est tributaire de la publication rapide des mesures réglementaires d'application nécessaires (décrets et arrêtés). Les retards, voire l'absence, de parution des décrets d'application ont pu rendre des lois totalement ou partiellement inapplicables dans certains cas, comme le notait le rapport de l'OCDE de 2004. Une circulaire du Premier ministre du 29 février 2008 fixe une obligation de résultat à chaque membre du gouvernement pour prendre les textes d'application dans le délai maximum de six mois à compter de la promulgation de la loi. Elle établit un dispositif de suivi comprenant trois principaux éléments :

- Chaque ministre doit désigner au sein de son administration centrale une structure chargée de la coordination du travail d'application des lois et responsable envers le cabinet du Premier ministre et le SGG<sup>9</sup>.
- Une réunion interministérielle de programmation est organisée après la promulgation de chaque loi. Un échéancier prévisionnel des décrets d'application nécessaires est établi, transmis au Parlement et rendu public sur le site internet *Légifrance* (où ils sont actualisés à mesure que paraissent les textes attendus)<sup>10</sup>.
- Un bilan de l'application des lois est fait tous les six mois, ministère par ministère, et rendu public sur Internet<sup>11</sup>. L'obligation d'anticiper la publication des mesures d'application est aussi intégrée dans l'étude d'impact (voir ci-dessous).

La circulaire du 29 février 2008 s'appuie ou s'articule avec plusieurs dispositifs de supervision de l'application des lois par le Parlement :

- Selon le règlement de l'Assemblée nationale<sup>12</sup>, le rapporteur d'une loi ou, à défaut, un autre député désigné par la commission compétente, présente à celle-ci un rapport sur l'application de la loi à l'issue d'un délai de six mois suivant son entrée en vigueur. Lorsque les textes réglementaires nécessaires n'ont pas été pris, la commission entend son rapporteur à l'issue d'un nouveau délai de six mois.

- Au Sénat, un rapport d'application des lois synthétisant les observations des commissions permanentes est présenté chaque année depuis 2005 à la Conférence des présidents. Il fait l'objet d'une publication<sup>13</sup>.
- Enfin, l'article 67 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit prévoit désormais la présentation par le gouvernement d'un rapport sur la mise en application de chaque loi à l'issue d'un délai de six mois suivant sa date d'entrée en vigueur.

Le taux d'application des lois (entendue comme édicition des textes réglementaires d'application de la loi) a progressé dans la période récente. L'effort a notamment porté sur l'application des lois nouvellement votées. Le bilan semestriel à la fin de l'année 2009 fait apparaître que le taux d'exécution des lois promulguées entre le début de la législature (1<sup>er</sup> juillet 2007) et la mi-2009 s'établit à 84 %, contre 60 % au 30 juin 2008<sup>14</sup>. Ce taux tient compte du nombre de dispositions totales nécessitant un texte d'application (très variable d'une loi à l'autre)<sup>15</sup>. Les rapports annuels du Sénat sur l'application des lois indiquent que la proportion des lois votées depuis 2001, en attente de suivi réglementaire, reste autour de 16% depuis 2004<sup>16</sup>.

### *Contrôle de la qualité juridique*

Le Conseil constitutionnel a mis en avant la problématique de la qualité de la réglementation dans sa jurisprudence. Dans une décision de 1999, le Conseil constitutionnel a reconnu l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi comme un objectif à valeur constitutionnelle<sup>17</sup>, qu'il a réitérée dans plusieurs décisions (voir aussi le chapitre 3). Le principe se trouve appliqué dans une loi de 2000 relative aux relations des citoyens avec l'administration qui dispose : « Les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constituent une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller ». Dans une décision de 2003<sup>18</sup>, il a notamment considéré que « l'égalité devant la loi [...] et la garantie des droits [...] ne seraient pas effectives si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables si ces règles présentaient une complexité inutile ».

En plus de l'accessibilité aux textes, l'accessibilité du droit en France passe également par des efforts importants pour présenter le droit en vigueur de manière cohérente et intelligible, ce à quoi visent le programme de codification (voir chapitre 5) et la promotion des règles de *légistique*. Elle est soutenue par une forte utilisation des technologies de l'information et de la communication. La France a d'ailleurs cherché à promouvoir l'accès au droit par les technologies de l'information comme élément à part entière du programme « Mieux légiférer » de l'Union européenne à l'occasion de la présidence de l'Union européenne au second semestre 2008.—Depuis une dizaine d'années, une plus grande attention a été portée à la mise en place d'une méthodologie précise de production des textes normatifs. Il peut également être relevé que, depuis la fin 2009, ont commencé à paraître des notices explicatives à l'appui de certains décrets. Elle reflète une considération traditionnellement importante accordée à la rédaction juridique ainsi qu'une préoccupation (exprimée par plusieurs interlocuteurs de la mission OCDE) de relever le niveau de qualité de rédaction des textes et d'harmoniser les règles de rédaction dans un contexte d'éclatement de la production normative à travers les différents ministères<sup>19</sup>.

Les règles d'élaboration des textes normatifs, qui étaient jusque là régulièrement rappelées dans des circulaires du Premier ministre, ont été rassemblées dans le *Guide pour*

*l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, souvent connu sous l'appellation de *guide de légistique* (encadré 4.8). Ce guide est considéré par ses concepteurs (Conseil d'État et SGG) comme un élément clé d'amélioration de la qualité. Il sert de point d'appui des formations organisées, notamment sur l'initiative de plusieurs ministères et souvent avec l'aide de membres du Conseil d'État, à l'intention de leurs propres rédacteurs. Selon plusieurs interlocuteurs de la mission OCDE, sa large diffusion a fortement contribué à une meilleure prise en compte des exigences de qualité de rédaction des normes par les différents rédacteurs à travers l'administration. Il est difficile d'en apprécier précisément la portée précise sur le travail des rédacteurs. On peut toutefois noter que le guide de *légistique*, qui se présente sous une forme « classique » et imposante (550 pages), se concentre sur la rédaction juridique et n'englobe pas l'ensemble du processus d'élaboration de la norme.

#### Encadré 4.8. Le guide de légistique

Rédigé conjointement par le Conseil d'État et le Secrétariat général du gouvernement, le guide de *légistique* a d'abord paru en 2004, puis dans une version enrichie en septembre 2007. Il est disponible sur le site *Légifrance* ([www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)).

L'ouvrage se présente sous forme de fiches thématiques, qui précisent les règles d'élaboration des textes législatifs (lois et ordonnances) et réglementaires à travers des considérations théoriques et des cas d'application pratique. Le guide comprend une centaine de fiches regroupées dans les parties suivantes:

- Conception des textes : cette partie introductive, qui comprend quelques rappels sur la hiérarchie des normes et les différentes catégories de textes, vise surtout à inciter les auteurs de textes à s'interroger d'abord sur l'utilité et l'efficacité de leur projet de réglementation.
- Étapes de l'élaboration des textes : cette partie traite des questions de procédure en reprenant pour une large part des instructions du Premier ministre.
- Rédaction des textes : les règles ou bonnes pratiques de rédaction des textes comme des solutions aux problèmes qui se posent à l'occasion de la rédaction ont été recensées et organisées autour d'une dizaine de thèmes.
- Règles propres aux textes internationaux et communautaires et aux mesures individuelles : il a paru nécessaire de consacrer des développements particuliers aux questions liées à l'élaboration, au suivi et à l'introduction en droit interne des normes internationales et communautaires et de présenter les particularités procédurales des décisions individuelles, assorties du rappel des règles de compétence en la matière.
- Schémas logiques et cas pratiques : plusieurs schémas sont proposés dans le but de synthétiser les réponses aux principales questions – de fond, de forme, de procédure – que doit se poser l'administration au moment où elle élabore un texte. Pour des catégories de textes – ou parties de textes – très fréquentes, des fiches présentent un vade-mecum : considérations juridiques, questions à résoudre et, dans toute la mesure du possible, modèles de rédaction.

Le déploiement d'une application depuis la mi-2007 a permis de dématérialiser la chaîne d'élaboration des textes normatifs, à partir des ministères initiateurs, *via* le cas échéant le Conseil d'État, *via* le Secrétariat général du gouvernement jusqu'à la direction des Journaux officiels pour publication<sup>20</sup>.

Elle organise des transmissions en temps réel et en transparence entre les différentes étapes du parcours, permettant une accélération du processus et une plus grande sécurité.

Dans ce domaine, il semble que la France se situe au dessus de la moyenne des pays de l'UE.

Le rapport *Warsmann* a proposé d'engager une réflexion d'ensemble sur la rédaction des normes pour mieux renforcer la qualité juridique. Plusieurs pistes pourraient se dégager de cette réflexion : un renforcement des capacités de rédaction juridique (meilleure formation, constitution de pôles de juristes dans les ministères, comme par exemple dans le système britannique) et le développement des outils en lignes pour aider les rédacteurs. Le rapport note que si les corps de juristes sont à part, la discussion n'est pas cristallisée autour de la rédaction d'un texte. Ce n'est que dans un second temps que des spécialistes s'interrogent sur des questions proprement *légistiques* : où insérer les nouvelles dispositions ? Est-ce une question législative ou réglementaire ?

### *Le rôle du Parlement*

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 (Annexe D) a apporté des modifications importantes au rôle du Parlement dans l'activité normative. Les difficultés rencontrées par les gouvernements sous la IV<sup>e</sup> République à faire voter leurs projets avaient inspiré une série de dispositions visant à assurer au gouvernement la maîtrise du travail législatif. La réforme de juillet 2008 a allégé ces contraintes notamment avec l'institution d'un partage de l'ordre du jour entre le gouvernement et le Parlement (ordre du jour jusque là sous contrôle du gouvernement). L'ampleur des initiatives parlementaires reste sévèrement restreinte par l'article 40 de la Constitution qui empêche les propositions de loi qui réduiraient les ressources publiques ou augmenteraient les dépenses. La part potentiellement plus grande laissée à l'initiative parlementaire, à la suite de la révision constitutionnelle, conduit à s'interroger sur le besoin de renforcer les procédures assurant une qualité des normes d'initiative parlementaire, y compris en matière d'études d'impact. Le risque souvent évoqué est celui de créer une voie de contournement consistant à faire passer des initiatives gouvernementales par le truchement d'un ou plusieurs parlementaires.

### *Études d'impact ex ante*

#### *La politique en matière d'études d'impact*

#### La pratique des études d'impact jusqu'en 2008

La mise en place des études d'impact en France remonte à la deuxième moitié des années 1990 (aux années 1970 en ce qui concerne les études d'impact sur l'environnement). Jusqu'en 2008, elle s'est faite à travers des circulaires du Premier ministre aux membres du gouvernement.

- Une circulaire du 26 juillet 1995 a prescrit la réalisation d'études d'impact pour les projets de lois et les principaux projets de décrets à compter du 1<sup>er</sup> janvier 1996.
- À la suite d'une phase expérimentale et de son évaluation, une nouvelle circulaire du Premier ministre du 26 janvier 1998 a établi l'obligation de procéder à des études d'impact. Le champ d'analyse retenu était d'emblée assez large : impact juridique, administratif, impact sur l'emploi et sur « d'autres intérêts généraux que l'emploi », incidences financières, budgétaires.
- Deux circulaires du Premier ministre, en date du 26 août 2003 et du 30 septembre 2003, ont apporté de la souplesse dans le dispositif en préconisant une obligation plus sélective afin de porter l'effort sur une démarche de qualité susceptible d'influer

véritablement sur les orientations des projets. Elles prévoyaient l'organisation de réunions interministérielles de programmation ayant pour objet de vérifier l'opportunité<sup>21</sup> des projets de loi et de décrets, d'étudier les alternatives à la réglementation et de décider de la nécessité de procéder à une étude d'impact et les conditions de sa réalisation.

- Depuis 2006, la sélection des textes nécessitant une étude d'impact approfondie s'opérait lors des réunions semestrielles de programmation du travail du gouvernement. En 2008, le gouvernement entreprenait ainsi des études d'impact pour environ un tiers des projets de lois, hors lois autorisant la ratification d'un accord international ou lois de validation d'ordonnances.

Les rapports successifs consacrés à la pratique des études d'impact ont unanimement mis en lumière la difficulté de faire observer la discipline nécessaire par les ministères. En 2002, le rapport *Mandelkern* soulignait que « l'exercice reste formel et tardif, le contenu est de densité et de qualité inégale » (Mandelkern, 2002). Le rapport de l'OCDE de 2004 et le rapport *Lasserre* au Premier ministre dressaient un constat similaire. En 2006 dans son rapport annuel, le Conseil d'État reconnaissait certains progrès dans l'organisation des départements ministériels mais concluait : « La très grande majorité des projets de loi et de décret en Conseil d'État continue d'être précédée d'un simple exposé des motifs qui est en réalité une justification plus ou moins argumentée du texte par le service qui l'a rédigé. On constate même une régression à cet égard : après être restées purement formelles, les études d'impact sont implicitement abandonnées » (Conseil d'État, 2006).

Les réflexions engagées sur les études d'impact ont fait émerger la nécessité d'une obligation plus contraignante. Les départements ministériels ont inégalement respecté les instructions formulées dans les circulaires successives. Comme dans de nombreux pays de l'OCDE, les difficultés de mise en œuvre des études d'impact tiennent à l'accélération du rythme de préparation des textes et surtout, à l'inadaptation de la culture et de l'organisation administratives. Un autre facteur de difficulté est venu de l'absence de véritable sanction juridique ou politique en cas de non application des circulaires relatives aux études d'impact. Le Conseil d'État considérait dans son rapport public pour 2006 « qu'il [était] aujourd'hui nécessaire de s'interroger sur l'opportunité de recourir à un instrument juridique plus élevé dans la hiérarchie des normes 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 ». Il proposait en conséquence d'inscrire une telle obligation dans une loi organique, ce qui supposait au préalable que la Constitution elle-même y fît renvoi.

### Rénovation de fond : la loi organique du 15 avril 2009

A la suite des réflexions engagées depuis 2006, la révision constitutionnelle de l'été 2008 a conduit à instituer l'obligation pour le gouvernement d'accompagner le dépôt des projets de loi d'une étude d'impact à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2009. A la suite de l'adoption par le Congrès (réunion de l'Assemblée nationale et du Sénat) de la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'article 39 de la Constitution a prévu qu'une loi organique déterminerait les conditions dans lesquelles sont déposés les projets de loi devant l'Assemblée nationale et le Sénat et a prévu la possibilité de report de l'inscription d'un projet de loi à l'ordre du jour du Parlement, voire de saisine du Conseil constitutionnel, en cas de méconnaissance de ces conditions.

La loi organique du 15 avril 2009 a défini ces conditions en disposant que « les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact » et définissant de manière précise les grandes lignes

du contenu de l'étude d'impact (encadré 4.9). L'obligation ne se réduit pas l'existence d'une étude d'impact, mais porte sur un ensemble de conditions définissant la qualité de cette étude. L'étude d'impact doit porter sur les conséquences économiques, financières, sociales et environnementales, et doit inclure une « évaluation des coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées. L'étude d'impact doit également exposer « avec précision » l'articulation du projet de loi avec le droit communautaire et le droit national, l'état d'application du droit dans les domaines concernés par le projet et les modalités d'application des textes. La loi organique ouvre enfin aux règlements intérieurs des assemblées la faculté de prévoir les modalités selon lesquelles les amendements du gouvernement doivent faire l'objet d'une étude d'impact.

### Champ d'application du nouveau dispositif

La loi organique n'étend pas l'obligation d'étude d'impact à l'ensemble de la production réglementaire. Outre les propositions d'origine parlementaire, les projets de révision constitutionnelle, les lois de programmations des finances publiques et les projets de loi prorogeant des états de crise en sont totalement exonérés. Les projets de loi tendant à obtenir l'autorisation de ratification ou d'approbation de traités ou accords internationaux, en application de l'article 53 de la Constitution, entrent dans le champ de l'évaluation préalable prévue par le projet de loi organique sous une forme adaptée à leur caractère spécifique. Les dispositions des projets de loi par lesquelles le gouvernement demande au Parlement une habilitation à prendre certaines mesures relevant du domaine de la loi par la voie d'ordonnances, puis les projets de loi tenant à obtenir la ratification parlementaire des ordonnances prises par le Président de la République sont soumises à l'obligation de produire l'essentiel des éléments d'évaluation préalable prévus par la loi organique.

L'obligation ne s'applique pas non plus aux projets de décrets, même si le gouvernement considère comme bonne pratique la réalisation d'une étude complémentaire lors de l'élaboration des textes d'application. Le rapport *Warsmann* de janvier 2009 avait préconisé d'inclure les principaux décrets d'application des lois et de prévoir une extension progressive du champ d'application à l'ensemble de la production normative (Warsmann, 2009). Le choix a été fait de se limiter aux projets de loi pour ne pas risquer de retomber dans le formalisme qui a largement prévalu jusque là. Par ailleurs, le gouvernement considère que l'évaluation préalable des textes d'applications peut être menée en amont, lors de l'élaboration du projet de loi, en envisageant par avance les modalités d'application qui seront précisées par la suite.

### Collectivités territoriales

S'il n'existe pas d'obligation supplémentaire d'étude d'impact pour les projets de loi qui concernent les collectivités territoriales, une instance consultative spécifique a été établie chargée d'apprécier l'impact financier pour les collectivités territoriales des projets de réglementation les concernant. La Commission consultative d'évaluation des normes (CCEN), installée officiellement en septembre 2008 est composée aux deux tiers d'élus locaux et pour un tiers de représentants des ministères. Elle est saisie obligatoirement par les ministères sur l'impact financier des projets de texte réglementaire (décrets et arrêtés) concernant les collectivités territoriales et par le Secrétariat général des affaires européennes sur l'impact financier des propositions de texte communautaire ayant un impact technique et financier sur les collectivités territoriales. Le gouvernement doit lui communiquer le texte avec un rapport de présentation et une fiche d'impact financier qui doit permettre de présenter les incidences financières directes et indirectes des mesures proposées pour les différents niveaux de collectivités territoriales (pour plus de détails, voir chapitre 8).

### Encadré 4.9. Textes relatifs aux obligations d'étude d'impact

#### Extrait de la Constitution

Art. 39. – [...]

Entrée en vigueur dans les conditions fixées par les lois et lois organiques nécessaires à leur application (article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008).

La présentation des projets de loi déposés devant l'Assemblée nationale ou le Sénat répond aux conditions fixées par une loi organique.

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.

Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose.

#### Extrait de la Loi organique no 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution

##### Article 8

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. Ils sont déposés sur le bureau de la première assemblée saisie en même temps que les projets de loi auxquels ils se rapportent. 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'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.

##### Article 9

La Conférence des présidents de l'assemblée sur le bureau de laquelle le projet de loi a été déposé dispose d'un délai de dix jours suivant le dépôt pour constater que les règles fixées par le présent

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

#### Article 15

Les règlements des assemblées peuvent déterminer les conditions dans lesquelles 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.

### *Cadre institutionnel*

#### Rôle des principaux acteurs

Le dispositif d'études d'impact applicable depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2009 fait intervenir plusieurs niveaux de contrôle sur la qualité des études d'impact, et prévoit un niveau élevé de sanction politique, voire juridique.

- *Le Secrétariat général du gouvernement.* Dans la mesure où les études d'impact engagent l'ensemble du gouvernement tout comme les projets de loi qui en procèdent, elles sont soumises à l'appréciation des autres ministères concernés, sous l'égide du Secrétariat général du gouvernement. En son sein, le service de la législation et de la qualité du droit joue un rôle de coordination et de soutien et est en pratique fortement impliqué dans le dispositif. Il met à disposition des ministères un certain nombre de documents et d'outils pour l'élaboration des études d'impact (*vade mecum*) de l'étude d'impact, cartographie des ressources existantes pour réaliser les études d'impact). Lors de la mise en chantier d'une réforme, il définit aussi avec le ministère porteur de la réforme un cahier des charges, qui précise le calendrier d'élaboration de l'étude d'impact et identifie les contributions qui pourraient être demandées à d'autres ministères. Le service de la législation est aussi souvent amené à donner son appréciation sur la qualité des études d'impact de manière informelle. Une équipe de 5 personnes est dédiée aux études d'impact.
- *Le Conseil d'État.* Le gouvernement doit joindre l'étude d'impact aux avant-projets de loi transmis au Conseil d'État pour avis consultatif (obligation pour tout projet de loi). Dans son examen, le Conseil d'État est donc amené à apprécier la qualité de l'étude d'impact au regard des exigences de la loi organique.
- *Le Parlement.* Lors du dépôt du projet de loi au Parlement, la Conférence des présidents de la première assemblée saisie peut refuser l'inscription à l'ordre du jour au motif que les exigences de la loi organique sont méconnues. Lors de la réforme de son règlement en mai 2009, l'Assemblée nationale a mis en place le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, qui peut être saisi par le Président de l'Assemblée nationale ou par celui d'une commission permanente pour donner son avis sur une étude d'impact. Le comité peut aussi être saisi pour réaliser l'évaluation préalable d'un amendement d'un député ou d'un amendement de la commission saisie au fond.
- *Le Conseil constitutionnel.* Dans le cas de désaccord entre le Premier ministre et le Parlement sur la qualité des études d'impact au regard de la loi organique, le Premier ministre et le Président de l'assemblée saisie peuvent saisir le Conseil constitutionnel pour trancher le conflit.

Le dispositif de contrôle et de sanction repose essentiellement sur la menace que constitue un recours éventuel au Conseil constitutionnel. Le Conseil d'État joue aussi un rôle majeur, qui s'articule par rapport au recours devant le Conseil constitutionnel. En effet,

son avis est indicatif mais sera communiqué au Conseil constitutionnel si ce dernier devait être saisi. L'ensemble des interlocuteurs de l'équipe de l'OCDE a souligné que ce dispositif constitue une menace crédible. La participation active du Conseil d'État et du Parlement (en particulier du Président de la Commission des lois) dans la réflexion sur les études d'impact au cours des dernières années confortent cette présomption. De la même manière, l'avis que peut donner le Secrétariat général du gouvernement peut avoir d'autant plus de poids qu'il vise à prévenir que les problèmes ne soient soulevés par le Conseil d'État. Le succès du dispositif repose également sur les capacités et ressources du parlement et du Conseil d'État de contrôler la qualité des études d'impact. Le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale a remis un premier rapport d'évaluation sur les études d'impact qui confirme le niveau d'exigence des parlementaires sur le contenu des études d'impact et souligne le besoin pour l'Assemblée nationale d'adapter son organisation interne (Assemblée nationale, 2009).

### Soutien et formation

Le service de la législation et de la qualité du droit (au sein du Secrétariat général du gouvernement) et le Centre d'analyse stratégique (service du Premier ministre) sont chargés d'apporter leur appui méthodologique aux ministères pour la réalisation des études d'impact ou la Constitution d'équipes d'étude le cas échéant. Le SGAE peut aussi apporter son soutien pour ce qui concerne la transposition des directives européennes. Des formations supplémentaires sont prévues.

### Méthodologie et procédures

La méthodologie de référence pour la réalisation des études d'impact a été revue au cours des dernières années, en particulier en 2006 à la suite des recommandations du rapport public du Conseil d'État. Un extranet de l'étude d'impact a été mis en place. La dernière édition du guide de *légistique* (octobre 2007) intègre les lignes directrices de réalisation des études d'impact,<sup>22</sup> et les services disposent d'une *checklist* de référence pour la conduite des études d'impact (disponible sur l'extranet des études d'impact). Le guide de *légistique* recommande la rédaction d'un cahier des charges en liaison avec les autres ministères concernés et le SGG pour définir précisément le cadre de l'évaluation.<sup>23</sup> Ces effets sont décrits de manière générale (ne sont pas par exemple spécifiées les incidences en termes de charges administratives ou sur la concurrence). On peut aussi remarquer que le guide se présente sous forme « littéraire » et qu'il n'existe pas de formulaires préétablis pour l'étude d'impact.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi organique du 15 avril 2009 doivent conduire à une adaptation significative de la méthodologie et conséquemment à la révision du guide de *légistique*. La loi organique pose des conditions précises, notamment pour la quantification des impacts. Elle indique que l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales ainsi que des coûts et bénéfices pour chaque catégorie d'administrations publiques et de personnes physiques et morales intéressées doit être fait avec « précision », et que l'étude d'impact doit indiquer la méthode de calcul retenue.

Le SGG a mis au point un *vade mecum* (guide) qui a vocation à aider les ministères à progresser dans l'analyse et à favoriser une harmonisation de la présentation des études d'impact communiquées au Parlement. Il a toutefois été considéré qu'il convenait de laisser une marge de manœuvre à chaque ministère et de proposer un outil de référence qui puisse être adapté en fonction des spécificités (Annexe C). Un travail de réflexion sur la méthodologie a été engagé sous la direction du SGG. En particulier, l'outil *Oscar*, a été

développé pour mesurer l'impact en termes de coûts d'une nouvelle réglementation sur la charge administrative des entreprises et des administrations, en s'appuyant sur la méthodologie du *Standard Cost Model (SCM)*. Il s'agit d'une application web mise à la disposition des ministères sur l'intranet interministériel (encadré 4.10). Le SGG considère que la quantification ne peut être systématiquement faite de manière monétaire, mais que la quantification des types d'impact peut se faire en termes physiques ou matériels, voire à travers une description détaillée des effets.

La DGME a élaboré un guide détaillé d'utilisation de l'outil de mesure *Oscar* et des supports de formation. Elle accompagne les ministères dans la réalisation des études de mesure et leur utilisation d'*Oscar*. En 2009, dans le cadre de la mise au point de cet outil, elle a ainsi accompagné la réalisation de cinq études d'impact avec les ministères de l'économie, du budget et des affaires étrangères. Elle a par exemple travaillé avec le secrétariat d'État au tourisme sur la loi de développement et de modernisation des services touristiques et avec le ministère des affaires étrangères et européennes dans le cadre du projet de loi sur l'action extérieure de l'État.

#### **Encadré 4.10. *Oscar* : Outil de simulation de la charge administrative de la nouvelle réglementation**

*OSCAR* a pour objectif de permettre le calcul, par simulation, de la charge administrative induite par une nouvelle réglementation pour les entreprises et pour l'administration et est « en phase de qualification opérationnelle ». L'objectif est de le présenter sous la forme d'une application web accessible en ligne depuis l'intranet interministériel.

*OSCAR* a pour objectif de permettre le calcul, par simulation, de la charge administrative induite par une nouvelle réglementation pour les entreprises et pour l'administration, ce qui contribue à la détermination de son impact économique et financier (coûts / bénéfices). L'objectif d'*OSCAR* est de déterminer un ordre de grandeur de l'impact administratif induit par une nouvelle réglementation.

Il se présente sous forme de tableur (feuille de calcul). Il conduit « pas à pas » l'utilisateur dans sa démarche de calcul, en lui fournissant un cadre structuré et des données de référence pour mener à bien son étude. Un guide détaillé d'utilisation de l'outil *OSCAR* a été élaboré par la DGME ainsi que des supports de formation pour les utilisateurs.

La méthode repose sur une modélisation des coûts administratifs d'une nouvelle disposition avec un découpage en trois phases :

- *Élaboration* : cette phase débute au moment où le service initiateur dispose d'un avant projet de texte, et s'achève avec la publication des textes d'application. En pratique, il pourra ne pas être tenu compte de cette phase en raison de son poids mineur dans l'évaluation.
- *Déploiement initial* : cette phase recense tous les investissements que l'administration va devoir mettre en œuvre pour faire passer la nouvelle disposition dans les faits. (formation, modification des systèmes d'information, diffusion de formulaires).
- *Application récurrente* : cette phase permet de calculer les coûts administratifs de mise en œuvre des dispositions législatives et réglementaires en année récurrente pour l'administration et pour les entreprises.

*OSCAR* utilise des données de références collectées auprès de la DGAFP, de l'INSEE et de la direction du Budget portant sur les coûts horaires des agents publics et les coûts agents des entreprises par catégorie socioprofessionnelle et secteur d'activité. Par ailleurs, la base de données issue des travaux MRCA (Mesure de réduction de la charge Administrative) permet de pré-renseigner des valeurs par défaut dans *OSCAR* pour la phase de « déploiement initial » et le surcoût d'apprentissage, et d'indiquer à l'utilisateur des valeurs de référence pour la phase d'application récurrente.

### *Consultation publique et publication*

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. L'intégration de la consultation dans le processus d'élaboration des études d'impact reste toutefois à définir. À la suite de sa réforme en juillet 2009, le règlement intérieur de l'Assemblée nationale prévoit que l'étude d'impact doit être mise à disposition par voie électronique « afin de recueillir toutes les observations qui peuvent être formulées »<sup>24</sup>. Cette disposition offre ainsi une possibilité d'ouvrir les études d'impact à la consultation publique, mais cette consultation arrive tard dans le processus de la production normative.

Alors que jusqu'à présent les études d'impact sont restées des documents internes au gouvernement, leur publicité est devenue la règle depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2009. En effet le Premier ministre a pris la décision de mettre en ligne les études d'impact sur *Légifrance* lors du dépôt des projets de loi sur le bureau du Parlement. Le gouvernement a cependant considéré que 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. Il n'exclut pas une diffusion publique de l'étude d'impact préalablement au dépôt du projet de loi sur le bureau du Parlement (pratique mise en œuvre pour la loi généralisant le revenu de solidarité active), mais n'a pas à ce jour défini de politique précise en la matière. Il est à noter que, selon la loi du 17 juillet 1978 relative à l'accès aux documents administratifs, les avis donnés par le Conseil d'État sur les projets de loi ne constituent pas des documents librement communicables aux administrés, mais que depuis 1976 de nombreux avis sont publiés dans son rapport annuel avec l'accord du gouvernement.

### *Évaluation : progrès accomplis*

Au cours des dernières années, le dispositif d'études d'impact a fait l'objet de nombreuses évaluations à travers des rapports d'étude *ad hoc* commandités par le gouvernement, et les rapports du Conseil d'État. Ces rapports ont fortement contribué à la réforme mise en place avec la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi organique du 15 avril 2009.

Le rapport du Comité d'évaluation des politiques publiques de l'Assemblée nationale, remis en novembre 2009, a fait un bilan de la mise en application des études d'impact depuis avril 2009. Au cours de la période transitoire (avril à septembre 2009), une vingtaine d'études d'impact ont été transmises aux assemblées parlementaires. Le comité relève une prépondérance donnée aux considérations juridiques par rapport à l'étude des options alternatives et de la quantification des impacts. Il souligne toutefois une amélioration de la qualité des études au fil du temps. Le comité a analysé trois études d'impact réalisées depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2009 et proposé un certain nombre de recommandations pour en améliorer la présentation, le contenu et la procédure. Il montre en particulier un niveau d'exigence en ce qui concerne l'évaluation des conséquences et leur quantification.

Le rapprochement des initiatives pour contrôler le flux et le stock est une réflexion importante qui a été engagée récemment<sup>25</sup>. Il ne s'agit pas de faire trop simple (une loi abrogée pour une loi adoptée) mais de réfléchir à la mise en œuvre d'un ensemble de dispositifs autour d'objectifs communs, à savoir maîtriser la production normative, améliorer la qualité du droit, et évaluer les effets pour l'économie.

### *Évaluation ex post des réglementations*

Plusieurs organismes veillent à la correcte mise en œuvre de la réglementation et fournissent à ce titre des éléments d'évaluation des réglementations une fois qu'elles sont mises en application :

- *Les diverses inspections générales des ministères* surveillent l'administration dont elles font partie, avec un statut qui garantit l'objectivité et la qualité technique de l'inspection<sup>26</sup>. Leurs rapports invitent l'administration à réagir et sont adressés au ministre. Ils peuvent formuler des propositions de réforme. Ces rapports ne sont généralement pas publiés, sauf autorisation du ministre.
- *Le Conseil d'État, la Cour des comptes et la Cour de cassation* publient chaque année un rapport qui joue un rôle important d'évaluation et de conseil pour l'application de la réglementation.
- *La Commission des lois de l'Assemblée nationale* publie chaque année un rapport sur l'application des lois votées, ainsi qu'un bilan global par législature. Elle examine la capacité du gouvernement à mettre en œuvre la loi au moyen de décrets d'application (sur le suivi de la parution des décrets d'application).

### *Alternatives à la réglementation*

#### *Prise en compte des alternatives lors de l'élaboration d'une norme*

L'étude d'impact lors de l'élaboration d'une norme prévoit l'analyse de plusieurs options, dont l'option de ne pas légiférer ou réglementer, pour répondre au problème posé. Pour tout projet de loi, la loi organique du 15 avril 2009 impose au gouvernement d'intégrer dans l'étude d'impact les options possibles autres que législatives et d'exposer les motifs du recours à une nouvelle législation. Le guide *légistique* propose une liste d'options alternatives à considérer<sup>27</sup>. On peut noter que les réflexions sur les études d'impact, qui ont précédé la réforme de 2009, ont abordé la question des alternatives à la réglementation de manière relativement marginale. Par exemple le rapport *Warsmann* ne l'évoque pas de manière détaillée dans sa proposition de stratégie pour une norme de meilleure qualité.

#### *Principales formes d'alternatives à la réglementation*

##### *Autorégulation*

Les délégations accordées par la loi à des personnes privées pour édicter des réglementations à portée générale et impersonnelle sont relativement limitées en droit français. Si l'autorégulation est pratiquée avec un certain nombre de professions, l'idée qu'il faut faire confiance aux entreprises pour proposer des règles et accepter une autodiscipline et au marché pour qu'il sanctionne les pratiques contraires à ces règles est peu répandue en France. Lorsque le domaine est technique et nécessite l'association de professionnels pour que la norme apparaisse légitime, la loi peut confier un pouvoir réglementaire à une instance émanant de la profession, et le plus souvent, sous réserve de l'homologation ministérielle. Les autorités privées détentrices d'une parcelle de pouvoir réglementaire ne peuvent l'exercer que dans la mesure où la loi le leur accorde et sous le contrôle du juge administratif. Les ministres et leurs services exercent à l'égard de ces autorités certaines prérogatives qui sont de nature et d'intensité variables selon les organismes : pouvoir de

nomination des dirigeants, présence d'un représentant du Gouvernement dans les instances dirigeantes, pouvoir d'homologation des règlements.

Les deux principaux cas de délégations de pouvoir réglementaire sont les ordres professionnels et les fédérations sportives.

- Onze professions sont pourvues d'ordres professionnels<sup>28</sup>, qui disposent de quelques prérogatives de puissance publique avec un pouvoir réglementaire qui leur est attribué par la loi. Les attributions des ordres restent limitées (organisation et fonctionnement interne des ordres, rédaction des clauses essentielles des contrats-types de la profession). Les codes de déontologie sont préparés par les ordres mais mis en vigueur par décret en Conseil d'État. La compétence du juge administratif à l'égard des ordres professionnels est assez large. Les actes administratifs unilatéraux que prennent ces ordres dans le cadre de leur mission de service public peuvent lui être déférés, que ces actes soient réglementaires ou individuels. Le Conseil d'État exerce également un contrôle de cassation sur les décisions juridictionnelles prises par les ordres dans le cadre de leur pouvoir disciplinaire. Les actes des ordres professionnels peuvent également donner lieu à des actions en responsabilité portées devant le juge administratif.
- Les fédérations sportives, associations de droit privé, prennent dans le cadre de la mission de service public qui leur est confiée, des actes dont certains présentent un caractère général et donc réglementaire s'appliquant à l'ensemble des associations ou comités relevant de leur compétence.

### Normes négociées dans le cadre du contrat

Le recours à la voie contractuelle est de plus en plus fréquent, comme le souligne le Conseil d'État dans son rapport public pour 2008 (Conseil d'État, 2008). Il s'agit plus d'une variation que d'une alternative à la réglementation dans la mesure où le contrat ne remplace pas le règlement : il faut toujours des arrêtés d'extension ou d'approbation pour donner un effet universel (*erga omnes*) aux conventions conclues avec les organisations professionnelles. Traditionnelle en matière de droit du travail (accords collectifs), la contractualisation s'est développée dans plusieurs directions, notamment dans les rapports de l'État avec ses agents (protocoles d'accord) ainsi qu'avec les entreprises publiques (contrats de programme) et les collectivités locales (modalités de transferts de compétences). Le mouvement de contractualisation traduit aussi l'émergence d'un droit économique concerté et de procédures d'autorisation ou de sanction quasi-négociées, notamment par les autorités indépendantes. Le procédé de contractualisation s'est étendu à de nouveaux domaines tels que la protection sociale (conventions d'objectifs avec les caisses de sécurité sociale), la lutte contre l'exclusion sociale (contrat de retour à l'emploi) ou encore le droit fiscal.

La loi du 31 janvier 2007 sur la modernisation du dialogue social peut conduire à accroître le rôle de la convention collective par rapport au droit réglementaire en matière de relations du travail. Elle prévoit que tout projet gouvernemental impliquant des réformes dans les domaines des relations du travail, de l'emploi ou de la formation professionnelle doit d'abord comporter une phase de concertation avec les partenaires sociaux (organisations syndicales de salariés et d'employeurs interprofessionnelles reconnues représentatives au niveau national) dans le but de permettre l'ouverture d'une négociation. Cette négociation repose sur des propositions préalablement établies par le gouvernement (« documentation d'orientation » exposant son diagnostic, ses objectifs et les modalités envisagées pour une éventuelle négociation). Les partenaires sociaux doivent faire savoir

aux pouvoirs publics s'ils veulent négocier et quels sont les délais qu'ils estiment nécessaires.

Le recours au contrat négocié entre partenaires sociaux peut permettre une meilleure acceptabilité de la norme négociée et une garantie de sa bonne application, mais comporte aussi un risque d'affaiblissement de l'intérêt général et de conclusion d'accords d'*insiders*. Il est à noter toutefois que le gouvernement et le législateur restent maîtres des décisions finales puisque les lois votées peuvent différer de l'accord entre les partenaires sociaux si celui-ci est jugé insuffisant par le gouvernement. Les accords conclus à la suite de la loi de 2007 sur la modernisation du dialogue social fournissent des exemples contrastés. Le rejet du projet de contrat de travail unique montre les limites d'une stratégie de réforme fondée sur les négociations entre partenaires sociaux. La nouvelle convention d'assurance-chômage, qui prévoit notamment une réduction de six à quatre mois de la durée d'affiliation minimale ouvrant droit à indemnisation, offre un exemple d'un accord entre partenaires sociaux qui améliore la situation des « outsiders » (OCDE, 2009).

### Utilisation d'instruments économiques alternatifs

Au delà des alternatives traditionnelles de l'autorégulation et du contrat, le domaine de l'environnement, comme dans les autres pays de l'OCDE, a illustré la possibilité de recourir à des instruments économiques incitatifs, en alternative à une réglementation prescriptive traditionnelle. Une large gamme d'instruments économiques est utilisée pour la politique environnementale, tels que les marchés de permis négociables et les instruments de planification (contrats de plan État-région). La taxation est très largement utilisée comme instrument alternatif à la réglementation et les projets de lois du Grenelle Environnement font de la fiscalité un instrument économique clé pour la protection de l'environnement. Les accords volontaires représentent une autre alternative intéressante pour limiter les pertes économiques liées à l'intervention publique, et ont été utilisés dès 1975-76 pour réduire la pollution des installations classées. Depuis, des accords volontaires ont été signés par certaines entreprises dans les secteurs de l'automobile, verrerie, aluminium et certaines activités de chimie lourde. Cependant, les accords nécessitent des sanctions crédibles de non-respect des engagements pris, et jusqu'à présent leur valeur juridique n'a pas été reconnue par le Conseil d'État<sup>29</sup>.

### *Prise en compte du risque*

La France a remanié la manière dont l'incertitude et le risque sont intégrés dans l'élaboration des normes et plus généralement des politiques publiques, mais selon une approche spécifique reposant sur le principe général de « précaution ». Selon cette approche, la prise en compte du risque implique que la décision publique ne puisse aboutir qu'à des « mesures réversibles » dont les conditions de mise en œuvre laissent une place à l'évaluation et permettent au décideur de reprendre, à tout moment, le contrôle. Le principe de précaution amène ainsi, dans le cadre de la décision publique, à une gestion du risque temporelle. Cette approche est différente de celle développée par d'autres pays comme le Royaume-Uni où l'accent est mis sur une meilleure compréhension des facteurs de risque dès les premiers stades d'élaboration d'une politique, notamment à travers des formes innovantes de consultation.

La gestion des risques alimentaires et environnement (notamment à la suite de crises alimentaires des années 1990) a conduit à isoler trois activités distinctes, enserrées dans le modèle de gestion des risques : l'évaluation des risques *via* l'expertise scientifique, la gestion des risques en soi et la communication/information en direction du public<sup>30</sup>. Les crises alimentaires ont mis en évidence l'opacité qui caractérisait souvent la relation entre

experts et décideurs publics dans les dispositifs de gestion des risques. Le domaine de « l'expertise » s'est développé dans le cadre de comités, permettant ainsi de séparer évaluation et gestion des risques. Des nouvelles structures ont été créées, telles que l'Agence française de la sécurité sanitaire des aliments et l'Agence française de la sécurité sanitaire des produits de santé. Le gouvernement a aussi mis en œuvre des outils d'information et de consultation préalable du public, destinés à réduire les risques potentiels pouvant naître de l'incompréhension du public ou de l'opacité du système. C'est, par exemple, le cas des consultations relatives aux projets d'enfouissement de déchets (dans le cadre de la CNDP), de la promotion de la figure de l'usager, ou encore, de façon plus quotidienne, du recueil des attentes des citoyens relatives aux radiofréquences<sup>31</sup>.

## Notes

1. Ceci fait que l'administration OMB examine environ 600 réglementations par an, soit 15 à 17 % des règles publiées (OCDE 2002, de l'interventionnisme à la gouvernance réglementaire).
2. Selon plusieurs interlocuteurs - nous sommes dans le pays de la norme.
3. Entre le 1er octobre 2007 et le 30 septembre 2008, 127 projets de loi et 436 propositions de loi ont été déposés à l'Assemblée nationale ou au Sénat. Sur la même période, 89 projets de loi et 14 propositions de loi ont été adoptés. Source: Statistiques de l'activité parlementaire à l'Assemblée nationale ([www.assemblee-nationale.fr/13/seance/statistiques-13leg.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/13/seance/statistiques-13leg.asp); accédé le 22/1/2010).
4. Les lois organiques ont pour objet de préciser le fonctionnement des pouvoirs publics, et sont soumises à un contrôle de constitutionnalité strict et des modalités de vote particulières (OCDE 2004).
5. Dont les considérations générales étaient intitulées « Sécurité juridique et complexité du droit ».
6. Dans les matières autres que celles qui relèvent du domaine de la loi, mais aussi pour prendre les mesures d'application des lois qui s'imposent, le Premier ministre dispose d'un pouvoir réglementaire de droit commun, sous réserve du pouvoir propre du Président de la République. Les ministres ne disposent quant à eux que d'un pouvoir réglementaire subsidiaire, pour déterminer par voie d'arrêtés des modalités d'application techniques, lorsqu'un texte de valeur supérieure le prévoit, ainsi que pour fixer des règles d'organisation des services placés sous leur autorité.
7. A noter que le nouvel article 61-1 de la Constitution, issu de la réforme constitutionnelle de l'été 2008, jette les bases d'un contrôle de constitutionnalité par la voie de l'exception. Voir chapitre 6.
8. En outre, le gouvernement peut ne pas suivre un avis donné par le Conseil d'État lorsque celui-ci se fonde, non sur des critères de légalité ou de constitutionnalité, mais sur un critère d'opportunité administrative, mais ceci reste exceptionnel.

9. Circulaire du 30 septembre 2003. Un haut fonctionnaire chargé de la qualité de la réglementation est nommé dans chaque ministère, qui se dote également d'une charte de la qualité de la réglementation.
10. [www.legifrance.gouv.fr/html/application\\_des\\_lois/liste\\_lois\\_13eme.html](http://www.legifrance.gouv.fr/html/application_des_lois/liste_lois_13eme.html).
11. [www.legifrance.gouv.fr/html/application\\_des\\_lois/accueil.html](http://www.legifrance.gouv.fr/html/application_des_lois/accueil.html).
12. En application de l'article 86 du règlement de l'Assemblée nationale, tel que modifié par la résolution n°256 du 12 février 2004.
13. [www.senat.fr/doctrav/rapports\\_annuels.html#rapport](http://www.senat.fr/doctrav/rapports_annuels.html#rapport).
14. *Source: www.legifrance.gouv.fr.*
15. Le taux d'exécution représente le nombre de dispositions ayant reçu application en pourcentage du nombre de dispositions appelant un décret d'application.
16. Dernière donnée disponible pour septembre 2008.
17. Avec la décision du conseil constitutionnel, n° 99 421, sur la loi de codification.
18. Décision no 2003-473 DC du 26 juin 2003.
19. Le rapport Warsmann a noté une baisse de la qualité. Le Conseil d'Etat a noté que les lois sont de plus en plus détaillées. Pour d'autres, cela se résume à une « législation trop abondante et illisible ».
20. Application S.O.L.O.N. (système d'organisation en ligne des opérations normatives).
21. C'est-à-dire : le moment est-il propice ? La démarche est-elle appropriée/pertinente ?
22. [www.legifrance.gouv/html/Guide\\_legistique\\_2/112.htm](http://www.legifrance.gouv/html/Guide_legistique_2/112.htm).
23. Le guide propose les rubriques suivantes : (i) description de la situation de référence en fait et en droit et des problèmes auxquels la réforme entend remédier ; (ii) formulation d'un ou plusieurs objectifs ; (iii) analyse des options envisageables (dont au moins une réponse alternative à la réglementation) ; (iv) appréciation des effets positifs et négatifs en termes juridiques et administratifs, sociaux et économiques, de développement durable, de protection de l'environnement, de cohésion sociale ou d'équilibre des territoires, incidences pour les finances publiques.
24. Article 83 du règlement de l'Assemblée nationale. [www.assemblee-nationale.fr/connaissance/reglement.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/reglement.asp).
25. L'appréciation de la législation existante, l'exposé des options possibles en dehors de l'édiction de nouvelles règles de droit peuvent permettre de réexaminer l'existant, ce qu'il faut modifier et/ou simplifier, ce qu'il faut abroger et ce qu'il faut introduire comme règles nouvelles (Warsmann 2009).
26. Leurs contrôles peuvent être juridiques et financiers, concerner le fonctionnement des services, les aspects techniques ou bien de façon plus générale l'application d'une politique ministérielle.
27. « Le recours à la voie conventionnelle, les incitations sous forme d'aides particulières ou d'actions de communication ou de formation, le renforcement de l'effectivité du droit en vigueur (renforcement des moyens de suivi ou de contrôle, modulation des sanctions), le développement de la médiation, la mise

en place d'une « autorégulation » éventuellement encadrée par des recommandations de la puissance publique, ou encore l'envoi de directives aux services permettant d'établir une ligne de conduite homogène tout en réservant la faculté d'y déroger au cas par cas pour tenir compte de la diversité des situations sur le terrain ».

28. Médecins, sages-femmes, chirurgiens-dentistes, avocats, géomètres experts, experts-comptables, architectes, pharmaciens, vétérinaires, masseurs-kinésithérapeutes et pédicures-podologues.
29. AJDA 1985.
30. Commissariat général du Plan, La Décision publique, op. cité. p. 139.
31. [www.afsset.fr](http://www.afsset.fr), page lue le 17 septembre 2008.