

## **Les études d'impact dans l'action administrative en France**

**Thomas Perroud**

\*

Réfléchir sur les études d'impact en France n'est pas chose aisée. Ce n'est pas aisé car le terme est ambiguë. Ce concept est abondamment utilisé en France et en Europe de manière générale, il l'est beaucoup moins aux Etats-Unis où on lui préfère une technique, le cost-benefit analysis, c'est-à-dire un terme plus technique, plus précis. L'analyse d'impact en France n'obéit pas en général aux canons de l'analyse coût-bénéfice. Pour s'en convaincre, il suffit de regarder les études d'impact sur les textes législatifs qui, à de rares exceptions près, ne contiennent jamais de CBA et très rarement des évaluations économiques des incidences de la norme. Elles sont en revanche assez bien fournies du point de vue des risques juridique, ce qui manifeste certainement les biais de formation dans l'Administration française. Ce n'est donc pas un concept facile à manier. De surcroît, les cas d'études d'impact se sont multipliés dans l'action publique et on en trouve traditionnellement de très fournies du point de vue de l'analyse économique, dans le domaine des infrastructures ou dans le domaine de la santé. De même, les unités du gouvernement chargées d'évaluer l'action publique se sont multipliées. Dans le domaine de l'action économique de l'Etat français, l'expertise est importante – ou était importante, très inquiétante à cet égard étant la mise sous tutelle de France Stratégie par le nouveau gouvernement à la suite d'un rapport qui n'a pas plu.

Nous adopterons donc une vision large de l'étude d'impact, proche de la notion d'évaluation en insistant sur ce qui nous semble constituer les problèmes aujourd'hui, dans l'Administration française actuelle et dans l'action publique. Ces problèmes, quels sont-ils ? Il nous semble que les problèmes actuels de l'Administration française concernant les études d'impact sont les suivants :

- Nous avons d'abord un problème de qualité de l'étude d'impact. Ce problème se ressent de façon extrêmement aigüe au niveau de l'étude d'impact législative, qui est toujours très pauvre. Cette pauvreté révèle des questions structurelles : l'absence de division entre le temps politique et le temps de l'expertise en France, la volonté de ne pas évaluer réellement l'efficacité des politiques, particulièrement en matière pénale

ou policière, la faiblesse de la formation de la haute fonction publique dans les outils d'analyse, et pas uniquement économique et, je vais le dire tout net, le problème de l'ENA en France. A l'autre pôle, nous avons des évaluations assez expertes, de qualité, mais qui sont toujours partielles. En étant très schématique, on peut dire que l'expertise est aujourd'hui, malheureusement, assez polarisée sur deux pôles : l'incidence sur les finances publiques, les effets sur la concurrence des politiques publiques. Ici, le problème, me semble-t-il, tient au fait que les évaluations ne sont jamais globales, mais toujours partielles : on imagine bien qu'une politique crée un déficit pour les finances publiques mais enrichisse la société dans son ensemble. De même l'effet sur la concurrence ne dit rien du bien être social en général. Nous sommes donc pris entre l'amateurisme et l'expertise, mais extrêmement partielle, si bien que l'on n'arrive pas à proposer des politiques véritablement acceptables. La France a une haute fonction publique qui est soit amatrice en matière d'évaluation lorsqu'elle sort de l'ENA et une autre, extrêmement compétente, lorsqu'elle sort des corps techniques, mais qui n'arrive pas à communiquer avec l'opinion publique car elle ne parvient pas à s'expliquer sur ses méthodes ou à accepter un regard critique (je fais référence ici à l'ouvrage de Pierre Cahuc et Zylberstein sur le négationisme économique). Mais le risque qui pèse aujourd'hui le plus lourdement sur les études d'impact est celui de la capture universitaire. En France, comme ailleurs, la recherche dans le domaine sanitaire mais pas seulement, est capturée.

- Nous avons ensuite un problème de but, d'esprit : l'étude d'impact doit contribuer au renforcement de la démocratie, il ne peut pas l'affaiblir. Or, j'ai l'impression que certaines propositions, qui viennent principalement du Conseil d'Etat, visent à affaiblir la démocratie, sont anti-démocratiques, comme celle de soumettre tout amendement à étude d'impact. Avec l'un des plus grands spécialistes du cost-benefit analysis à la Toulouse School of Economics, Nicolas Treich, nous avons écrit un article sur le sujet à propos du référendum sur Notre-Dame-des-Landes, j'aimerais à cette occasion revenir sur cette question centrale. Il faut réfléchir à l'étude d'impact dans un cadre démocratique, il faut réfléchir à la façon d'articuler expertise et démocratie, et nous voudrions nous inscrire ici dans le mouvement initié par Claudine Tiercelin dans son cours au Collège de France, la démocratie comme espace des raisons.
- Enfin, j'aimerais m'intéresser au rôle que le juge pourrait avoir dans l'évaluation en France. Il y a en effet des changements extrêmement intéressants à l'étranger dans ce domaine.

## I. La qualité des études d'impact en question

Le constat est difficilement contestable : les études d'impact en France sont soit inexistantes du point de vue scientifique, soit très expertes, mais qui ne sont pas sans biais. Nous tenterons d'en comprendre les causes, puis nous étudierons le problème qui nous paraît central aujourd'hui : la question de la capture universitaire.

### 1. La pauvreté des études d'impact législative

La pauvreté des études d'impact législative est partagée par l'ensemble des acteurs. Nous sommes un des rares pays à avoir constitutionnalisé l'étude d'impact<sup>1</sup>, pourtant cela n'a eu strictement aucun effet sur la qualité des textes ou sur leur quantité. Le phénomène d'élévation normative de l'expertise au niveau constitutionnel se ressent dans ce mécanisme général, ainsi que dans la Charte de l'environnement, de rang constitutionnel aussi, qui impose, à l'article 5, aux autorités de mettre en place des procédures d'évaluation du risque.

Pourquoi ?

Crise gouverneur banque de France

### 2. Les biais de l'évaluation

Aujourd'hui en France, deux organes ont pris dans l'évaluation des politiques publiques une importance capitale, pour des raisons d'ailleurs différentes : la Cour des comptes pour l'évaluation des incidences des politiques sur les finances publiques ; l'Autorité de la concurrence avec les études d'impact concurrentielles.

Or, au niveau de la méthode, la Cour des comptes etc.

Bruno Deffains et ARCEP

Vision partielle de l'intérêt général, besoin d'indicateurs plus globaux d'aide à la décision.

Le problème de la comparaison en économie (Supiot)

**La question Notre-Dame des Landes et la création d'un organe de test des études d'impact.**

---

<sup>1</sup> Loi organique du 15 avril 2009, relative à l'application de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008.

### 3. L'intégrité des experts

Polarisation politique des experts = économie

Conflits d'intérêts des experts =

## II. Etudes d'impact et démocratie

### III. Etude d'impact et contrôle du juge

1. En droit administratif

2. En droit constitutionnel

#### **Analyse des junk amicus briefs aux US.**

Il n'est pas d'usage de réfléchir à l'efficacité des dispositifs juridiques pour en établir la constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel se refuse ainsi de contrôler les études d'impact. Cependant, le Conseil n'est pas insensible à l'expertise, puisqu'il lui est arrivé par le passé d'auditionner des économistes (notamment au moment de l'examen de la Loi sur la sécurisation de l'emploi), ce qui indique un souci des effets de la loi. En outre, il ne nous semble pas inutile d'alerter le Conseil sur les évolutions contemporaines du contrôle de proportionnalité. Non seulement les dispositions qu'il examinera ici pourront aussi être contrôlées par le CEDH, qui a manifesté dans de nombreuses décisions un souci pour l'efficacité d'une mesure qui viole les droits fondamentaux, mais en outre, il nous semble intéressant que le juge constitutionnel français ne se mette pas à l'écart de ses homologues étrangers (si le Conseil d'Etat fait aujourd'hui du droit comparé c'est dans le souci du rayonnement de la France). Un dernier argument nous semble décisif : les politiques publiques de sécurité, les politiques pénales souffrent depuis trop longtemps d'un grand amateurisme, aucune n'est évaluée et les évaluations, lorsqu'elles sont faites, ne sont pas prises en compte, les différents gouvernements préférant céder aux mesures faciles en termes d'affichage. Cela fait longtemps maintenant que l'on est conscient de ce problème en matière économique, les politiques économiques bénéficient depuis longtemps d'organes plus ou moins indépendants, en tout cas expert, à même d'avancer des chiffres solides sur les effets des politiques. Rien de tel n'existe en matière policière ou pénale. Le Conseil en intégrant à

son contrôle l'efficacité des politiques, qui a toute sa place dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité exigeant, pourrait enfin nous faire sortir par le haut la situation actuelle.

Nous ne prendrons qu'un exemple préalable pour manifester l'intérêt de prendre en compte les recherches empiriques dans l'établissement de la proportionnalité d'une violation : le contrôle au faciès, les études empiriques ont montré que le contrôle était complètement contre-productif, non seulement il ne permet pas d'atteindre un degré supérieur de sécurité, mais en outre ces études montrent que plus le contrôle de la police est encadré pour diminuer les risques de discrimination et plus la sécurité est améliorée. Vous avez d'ailleurs pris une décision courageuse dans ce domaine. Les études empiriques montrent justement que ...

La CEDH pourrait être amené à contrôler la loi déferée à votre contrôle. Or, nous voudrions montrer ici qu'elle s'intéresse à l'efficacité du droit<sup>2</sup>. Par exemple, dans une décision *Hatton c. Royaume-Uni*, on remarque une discussion sur le fondement empirique de mesures de réduction de la pollution sonore. La première chambre considéra que le Royaume-Uni avait violé l'article 8 de la Convention pour ne pas avoir diligenté des études suffisantes : la Cour « estime que les Etats sont tenus de minimiser autant que possible l'ingérence dans l'exercice de ces droits, en recherchant d'autres solutions et, de manière générale, en s'efforçant d'atteindre leurs buts de la façon la plus respectueuse des droits de l'homme. A cet effet, **tout projet doit être précédé d'une enquête et d'une étude approfondies et exhaustives visant à trouver la meilleure solution possible pour ménager effectivement le juste équilibre requis** »<sup>3</sup>. L'arrêt de Grande chambre est très intéressant en ce qu'il discute longuement le fondement scientifique de la mesure et conclut ceci : « Quant aux aspects procéduraux de l'affaire, la Cour relève que lorsqu'il s'agit pour un Etat de traiter, comme c'était le cas en l'espèce, des questions complexes de politique environnementale et économique, **le processus décisionnel doit nécessairement comporter la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées, de manière à permettre l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu**. Il n'en résulte pas pour autant que des décisions ne peuvent être prises qu'en présence de données exhaustives et vérifiables sur tous les aspects de la question à trancher. A cet égard, il convient de noter que les autorités britanniques contrôlent en

---

<sup>2</sup> V. l'analyse de P. Popelier, « Evidence-Based Lawmaking: Influences, Obstacles and the Role of the European Court of Human Rights », in *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge University Press, 2017. L'analyse de la jurisprudence de la CEDH sous cet angle est tiré de cet article.

<sup>3</sup> N° 36022/97.

permanence l'adéquation des mesures litigieuses et que le plan de 1993 n'est que la dernière en date d'une série de mesures de restriction des vols de nuit dont les premières remontent à 1962. L'état de la recherche en ce qui concerne les troubles du sommeil et les vols de nuit est loin d'être statique, et c'est la raison pour laquelle le gouvernement avait décidé que désormais les restrictions aux vols de nuit seraient chaque fois annoncées pour une période maximum de cinq ans, chaque nouveau plan devant s'inspirer des résultats des travaux de recherche et autres éléments nouveaux obtenus au cours de la période antérieure »<sup>4</sup>.

De même, on trouve des arrêts de la CEDH où celle-ci critique une partie pour ne pas avoir produit de preuve statistique à l'appui de ses prétentions<sup>5</sup>, en ne produisant pas d'éléments prouvant que l'intervention était nécessaire pour sauvegarder le secteur bancaire en France<sup>6</sup>, ou pour protéger les intérêts des enfants de couples de même sexe en Autriche<sup>7</sup>.

Dans l'affaire *Affaire Animal Defenders International c. Royaume-Uni*<sup>8</sup>, il s'agissait de la proportionnalité de l'interdiction de toute publicité politique à la télévision britannique. La liberté d'expression était donc en jeu, domaine dans lequel la marge d'appréciation des Etats est donc étroite – on se situe donc dans une hypothèse proche de celle qui nous intéresse, si les mesures prises ici étaient portées au contrôle de la Cour de Strasbourg. La Cour examine donc les choix législatifs et pour se faire, elle n'hésite pas à évaluer « la qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure réalisé au niveau national » (§ 108). Elle note le degré important de sérieux des évaluations préalables menées pour l'élaboration du cadre législatif : « La Cour attache pour sa part un poids considérable aux contrôles exigeants et pertinents auxquels les organes parlementaires et judiciaires ont soumis le régime réglementaire complexe encadrant la diffusion à la radio et/ou à la télévision de messages politiques au Royaume-Uni ainsi qu'à l'avis desdits organes selon lequel la mesure générale en cause était nécessaire pour empêcher la distorsion de débats d'importance cruciale sur des sujets d'intérêt public et, ainsi, l'affaiblissement du processus démocratique ». Rien de tel n'a été prévu pour le cadre législatif établi ici : aucune commission d'évaluation n'a été nommé,

---

<sup>4</sup> N° 36022/97, §128.

<sup>5</sup> P. Popelier, « Evidence-Based Lawmaking: Influences, Obstacles and the Role of the European Court of Human Rights », préc., p. 153.

<sup>6</sup> N° 67847/01.

<sup>7</sup> N° 19010/07. V. aussi : N° 30078/06 ;

<sup>8</sup> N° 48876/08.

aucune étude indépendante et experte n'a été diligentée, aucun bilan de l'état d'urgence n'a été dressé.

Le Conseil est donc à des mesures dont personne n'est capable de dire si elles seront efficaces, alors même qu'elles constituent une violation sans égale des libertés fondamentales et qu'elles ont d'ores et déjà menées à des abus. Or, aucun bilan de ces abus n'a été dressé, si bien qu'aucune mesure spécifique n'a été prévue pour en diminuer l'impact. La proportionnalité de la mesure n'est donc pas établie.

**Les abus** ont été justement bien documentés par le rapport du CREDOF, dans la deuxième partie qui analyse le contentieux. Nous y renvoyons.

### **Les exemples étrangers et la jurisprudence de la CJUE**

La Cour de justice et la Cour constitutionnelle fédérale allemande sont à la pointe de ces développements visant à pousser une élaboration de la loi fondée sur des faits et non des fantasmes.

Concernant l'Allemagne tout d'abord, la décision Hartz IV de 2010 constitue un tournant intéressant dans la prise en compte des études empiriques sous-tendant l'appréciation du législateur (125 BverfGE 175). Cette décision est même considérée comme le zénith de l'évolution jurisprudentielle de cette Cour dans la prise en compte de l'expertise. La Cour considère dans cette décision que le montant des allocations sociales des adultes et des enfants calculé par le Parlement est inconstitutionnel, à défaut d'être fondé sur des évaluations statistiques suffisamment solides. Le législateur se serait ainsi fondé sur *destinations arbitraires* » (§ 171, 175). Tout en ne rejetant pas complètement les méthodes statistiques utilisées, la Cour considéra qu'il n'appliquait pas cette méthode de façon suffisamment cohérente dans l'ensemble du texte. Cette décision est justement considérée comme constituant un changement de paradigme (Klaus Meßerschmidt, Evidence-based review of legislation in Germany, *The Theory and Practice of Legislation*, 2016, Vol. 4, n° 2, 209–235).

De façon plus générale, la Cour suprême allemande impose au législateur de réunir les données pertinentes et de corriger sa politique en cas de changement de ces données. Dans des domaines aussi sensibles que la protection des libertés fondamentales, la protection de la sécurité ou de la santé publique (loi sur le cannabis par exemple), le législateur se doit de fonder sa politique sur des études solides et, surtout, de surveiller l'application de la loi pour la réformer si elle ne se conforme pas aux évaluations préalables. La Cour n'hésite ainsi pas à donner des indications précises au législateur quant au type, à la nature et à la qualité des

statistiques à rassembler (Flückiger 2016). Et il faut bien sûr corriger la législation qui serait devenue inefficace.

La Cour de justice de l'Union européenne s'inscrit dans la même tendance. L'avocat général Sharpston a même avancé que les textes européens sans étude d'impact doivent être déclarés illégaux (C-310/04, §80-81 suiv. des conclusions). À défaut d'étude d'impact, ces textes risquent en effet d'être arbitraires et donc contraires au principe de proportionnalité qui impose de choisir, parmi les mesures législatives disponibles, la mesure qui permet d'atteindre l'objectif poursuivi de la façon la moins attentatoire aux libertés (c'est l'existence de ce test qui manque dans le contrôle de proportionnalité dans sa version française). La Cour impose ainsi au législateur européen, dans l'arrêt *Staebelow* (C-504/04), d'adapter la loi quand l'évolution du temps rend caduque les évaluations du législateur lorsque des éléments nouveaux modifient la perception d'un risque ou montrent que ce risque peut être circonscrit par des mesures moins contraignantes que celles existantes, il appartient aux institutions, et notamment à la Commission, qui a le pouvoir d'initiative, de veiller à une adaptation de la réglementation aux données nouvelles.» (§40). Dans l'arrêt *The Rank Group* (C-259/10), elle a considéré qu'une disposition législative anglaise était devenue illégale (en contradiction avec la directive européenne sur la TVA) du fait de l'évolution technologique. Dans une autre affaire, la Belgique avait mis en place des mesures discriminatoires sur une base nationale restreignant la liberté de circulation des étudiants (C-73/08). La Communauté wallonne avait ainsi adopté un *numerus clausus* pour limiter l'afflux d'étudiants d'origine française, notamment en médecine. La justification avancée par l'État belge était double : d'une part un surcroît de dépense pour financer les études de ces étudiants et d'autre part un risque que la Belgique se retrouve en manque de médecin puisque ceux-ci repartiront en France après leurs études. L'aspect le plus intéressant de la décision de la Cour est qu'elle impose à la Cour constitutionnelle belge d'examiner la conventionalité de la loi sur la base d'une évaluation empirique solide en spécifiant la méthode à utiliser.

L'arrêt *Vodafone* est aussi intéressant (C-58/08). Il s'agit de la mesure imposant un tarif européen d'itinérance (§52 et suiv.). Comme de nombreux commentaires l'ont remarqué, cet arrêt est intéressant car il applique le principe de proportionnalité de façon procédurale. La Cour se concentre bien, pour examiner la proportionnalité d'une mesure, sur les études mises en œuvre pour l'élaborer afin de juger si le législateur communautaire a bien basé son choix sur des critères objectifs : À cet égard, il importe de rappeler, à titre liminaire, que la Commission a réalisé, avant d'élaborer la proposition de règlement, une étude exhaustive,



dont le résultat est résumé dans l'analyse d'impact mentionnée au point 5 du présent arrêt. Il en ressort qu'elle a examiné différentes alternatives en la matière dont, entre autres, la réglementation soit des seuls prix de détail, soit des seuls prix de gros, soit des deux, et qu'elle a évalué l'impact économique de ces différents types de réglementations ainsi que les effets des différentes modalités de tarification». Enfin, dans un arrêt Conseil c. Espagne (C-310/04), la Cour juge ceci : «en résulte que ces institutions doivent, à tout le moins, pouvoir produire et exposer de façon claire et non équivoque les données de base ayant dû être prises en compte pour fonder les mesures contestées de cet acte et dont dépendait l'exercice de leur pouvoir d'appréciation» (§123). (Roland Ismer and Christian von Hesler, Ex post review of legislative prognoses by the European Court of Justice: the temporal dimension of rational law-making, *The Theory and Practice of Legislation*, 2016, Vol. 4, n° 2, 279–301 ; Rob van Gestel and Jurgen de Poorter, Putting evidence-based law making to the test: judicial review of legislative rationality, *The Theory and Practice of Legislation*, 2016, Vol. 4, n° 2, 155–185).

Abus, éléments de réflexion pour le juge

- Preuve et notes blanches
-