

ANALYSE D'IMPACT ET PRODUCTION NORMATIVE: DE L'EFFICACITÉ À LA LÉGITIMITÉ

IMPACT ASSESSMENT AND LAW-MAKING: FROM EFFICIENCY TO LEGITIMACY

PIERRE ISSALYS*

RÉSUMÉ

Ce texte s'efforce de montrer, sur la base d'un examen des pratiques de production des normes législatives et réglementaires au Canada – en droit fédéral et dans le droit de cinq des provinces canadiennes – et dans six pays d'Europe occidentale, que l'évaluation prospective des impacts de ces normes, initialement préconisée au nom du maintien de l'efficacité économique d'un point de vue technique et dans une perspective néolibérale, pourrait acquérir une vocation plus large, lui permettant de contribuer à la légitimation de l'action publique aux yeux de l'ensemble des acteurs sociaux. Cet éventuel élargissement des finalités de l'analyse d'impact comme instrument d'évaluation prospective des lois et règlements, s'ajoutant à la diffusion rapide de cette technique et au raffinement croissant de ses méthodes, impose aux juristes de s'y intéresser de plus près.

MOTS-CLÉS: Législation. Légistique. Évaluation Législative. Analyse d'Impact. Réglementation.

RESUMO

Neste artigo, tenta-se mostrar, a partir de uma análise das práticas de produção normativa no Canadá – incluindo o direito federal e os sistemas de cinco das províncias canadenses – e também em seis países europeus, que a avaliação prévia do impacto normativo, preconizada inicialmente em nome da manutenção da eficácia econômica, esta sendo julgada desde um ponto de vista técnico e na perspectiva neoliberal, poderia passar a conseguir uma visão ampliada e contribuir à justificação da ação pública aos olhos do conjunto dos protagonistas sociais. Considerando tal ampliação das finalidades procuradas pela análise de impacto enquanto

ABSTRACT

This paper suggests, on the basis of a survey of law-making practices in Canada – including federal law and the legal systems of five Canadian provinces –, that ex ante impact assessment of enactments and statutory instruments, though initially advocated as a tool for preserving economic efficiency from a technical standpoint and within neo-liberal parameters, might come to assume a broader function towards legitimating public action in the eyes of a wide range of social actors. Considering such potential broadening of the purposes served ex ante impact assessment, as well as its increasing currency and sophistication, this law-making tool begs much closer attention on the part of the legal community.

KEYWORDS: Legislation. Legistics. Evaluation of Legislation. Regulatory Impact. Assessment. Regulations.

* *Faculté de droit Université Laval.*
E-mail: pierre.issalys@fd.ulaval.ca

instrumento de avaliação prévia dos atos legislativos, e considerando também a disseminação rápida e a sofisticação crescente dos seus métodos, torna-se preciso que os juristas se interessem mais atentamente por ela.

PALAVRAS-CHAVE: Legislação. Legística – Avaliação Legislativa. Análise de Impacto. Regulamentos.

L'évaluation prospective des projets de loi, des projets de règlement, voire même d'un ensemble encore plus large de mesures étatiques, est aujourd'hui pratiquée dans un grand nombre de pays. Cette diffusion est essentiellement attribuable à l'influence de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Celle-ci n'a eu de cesse, depuis les années 1980, de répercuter sur l'ensemble des États qui en sont membres le courant d'idées préconisant la remise en question de l'action publique, ou du moins sa réforme. Le recours à l'évaluation prospective des projets de loi et de règlement relève de ces préconisations¹. Parmi les États membres de l'OCDE, le Canada a été l'un des plus empressés à mettre en oeuvre cette technique. Les pratiques de l'administration fédérale canadienne en la matière ont pris, et conservent à certains égards, valeur de référence.

L'instrument technique assurant la fonction d'évaluation prospective des projets de loi et de règlement est l'analyse d'impact (AI). On peut définir l'AI, dans son application à l'action publique, de la façon suivante.

Il s'agit d'un travail à caractère scientifique, entrepris à l'initiative de l'administration publique à l'intention des dirigeants politiques mais dont les résultats sont susceptibles d'être rendus publics et ayant pour objet:

1 Voir notamment: OCDE, *Recommandation du Conseil concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*, 9 mars 1995; OCDE, *Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE: de l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation*, 2003; OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation*, 2005; OCDE, *L'analyse d'impact de la réglementation: un outil au service de la cohérence des politiques*, 2009.

- d'établir, à partir de données quantitatives ou qualitatives, les répercussions prévisibles, compte tenu des facteurs d'incertitude, d'une mesure envisagée par l'administration;
- de formuler le problème que cette mesure viserait à résoudre et les objectifs qu'elle devrait poursuivre;
- d'exposer et de comparer les coûts, avantages et inconvénients respectifs des différentes formes, notamment législative ou réglementaire, que pourrait prendre une mesure destinée à résoudre ce problème, ainsi que de l'abstention de toute mesure;
- de considérer ces répercussions, coûts, avantages et inconvénients principalement du point de vue des opérateurs économiques et de l'administration publique; et
- de conclure par la justification, sur la base de ces données et de ces comparaisons, de la solution proposée aux dirigeants politiques.

À cette définition correspond dans ses grandes lignes la pratique de l'AI qu'on peut observer, au Canada, dans l'administration fédérale² et dans celles de l'Alberta³, de la

2 Bureau du Conseil privé, *Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation*, 2007; Secrétariat du Conseil du Trésor, *Guide de rédaction du REIR*, 2009; l'ensemble des projets de règlement établis par les organes de l'administration fédérale font l'objet d'une étude d'impact de la réglementation.

3 *Regulations Act Regulation*, Alta. Reg. 288/99; les projets de texte réglementaire font l'objet d'un *Regulation Impact Report*, dont la réalisation est coordonnée par une unité du ministère des Finances et de l'Entreprise, le *Regulatory Review Secretariat*.

Colombie-Britannique⁴, de la Nouvelle-Écosse⁵, de l'Ontario⁶ et du Québec⁷. Ces six dispositifs constituent l'«échantillon canadien» à partir duquel ont été formulées les observations qui vont suivre. Malgré les particularités qui les distinguent les uns des autres, ils ont pour caractéristique commune de se maintenir pratiquement sans encadrement juridique. En effet, l'existence de l'AI au Canada repose essentiellement sur l'aptitude reconnue aux organes du Pouvoir exécutif d'organiser leur propre fonctionnement au moyen de normes administratives en principe dénuées d'effet juridiquement contraignant.⁸

On peut aussi rattacher, en gros, à cette définition de l'AI des dispositifs équivalents observables en France⁹, en République

4 Ministry of Small Business, Technology and Economic Development, *Regulatory Reform Policy*, 2008; les projets de loi et de règlement sont analysés en fonction d'une *Regulatory Criteria Checklist*.

5 Government of Nova Scotia, *Management Guide*, 2004, ch. 3; les ministères appliquent à leurs projets de texte réglementaire la grille exposée dans le *Regulations (Red Tape Reduction) Checklist*; l'ensemble des mesures soumises au Conseil exécutif fait l'objet d'une analyse comportant notamment un bilan coûts-avantages.

6 Ministère du Développement économique et du Commerce, *Politique ontarienne de réglementation*, 2010; certains projets de règlement font l'objet, avant leur examen par le Conseil exécutif, d'une étude d'impact de la réglementation.

7 *Décret concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif*, D. 111-2005 et modif. Annexe C (Règles sur l'allègement des normes de nature législative ou réglementaire); ministère du Conseil exécutif, *L'analyse de l'impact réglementaire*, 2009 et *La déclaration d'impact réglementaire*, 2009; certains projets de loi et de règlement font l'objet, avant leur examen par le Conseil exécutif, d'une analyse d'impact réglementaire de la part du ministère promoteur.

8 Aussi l'évaluation prospective des lois est-elle passée sous silence dans les ouvrages de droit constitutionnel, de droit parlementaire et de légistique. L'évaluation prospective des règlements ne reçoit qu'une attention très variable dans les ouvrages de droit administratif : P. Garant, *Droit administratif*, 6^e éd. (Cowansville : Yvon Blais, 2010) p. 325 et 329 et P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale*, 3^e éd. (Cowansville : Yvon Blais, 2009) par. 5.17 et 7.17 à 7.21 ou J.M. Keyes, *Executive Legislation*, 2^e éd. (Markham : Lexis Nexis, 2010) p. 91 et 189-192 et P.Salembier, *Regulatory Law and Practice in Canada* (Markham : Lexis Nexis, 2004) p. 82-94 et 127-172.

9 *Constitution du 4 octobre 1958* (modifiée par la *Loi constitutionnelle no 2008-724 du 23 août 2008*), art. 39; *Loi organique no 2009-403 du 15 avril 2009*, art. 8, 9 et 11; *Circulaire du 15 avril 2009 relative à la mise en œuvre de la révision constitutionnelle*

d'Irlande¹⁰, au Portugal¹¹, en Espagne¹², en Suisse¹³ et au Royaume-Uni¹⁴. Cet «échantillon européen» constitué pour les fins de la

(procédure législative); Règlement de l'Assemblée nationale, art. 47-1, 98-1, 146-2 à 146-7; Assemblée nationale, *Rapport d'information sur les critères de contrôle des études d'impact accompagnant les projets de loi*, no 2094, 19 novembre 2009; Conseil d'État et Secrétariat général du gouvernement, *Guide de légistique*, 2007, par. 1.1.2.; certains projets de loi font l'objet, au cours de leur élaboration par l'administration publique, d'une étude d'impact. Il en va de même pour les décrets les plus importants: *Circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation* et *Circulaire du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation*.

- 10 Department of the Taoiseach, *Cabinet Handbook*, 2006, ch. 3 et 4, par. 5.1 et App. III; Department of the Taoiseach, *Revised RIA Guidelines*, 2009; certains projets de loi et de règlement font l'objet, avant leur examen par le Cabinet, d'une *regulatory impact analysis*.
- 11 *Resolução do Conselho de Ministros no. 63/2006 (Programa Legislar Melhor)*; *Resolução do Conselho de Ministros no. 64/2006*, Anexo III (*Modelo de teste SIMPLEX*); *Resolução do Conselho de Ministros no. 77/2010*, Anexo I (*Regimento do Conselho de Ministros do XVIII Governo Constitucional*); *Regimento da Assembleia da República no 1/2007*, art. 124 et 131; Assembleia da República, *Guia pratico de regras a observar na elaboração de actos normativos da Assembleia da República*; les projets d'acte normatif examinés par le Conseil des ministres font l'objet d'une évaluation prospective et les projets et propositions de loi font l'objet d'une note évaluative par les services techniques du Parlement.
- 12 Constitution espagnole de 1978, art. 88; *Ley del Gobierno*, 50/1997, du 27 novembre 1997, art. 22 et 24.1 (modifié par la *Ley sobre la valoración del impacto de género*, 30-2003, du 13 octobre 2003); *Ley orgánica de igualdad efectiva de mujeres y hombres*, 3/2007, du 22 mars 2007; *Real Decreto sobre la memoria de análisis de impacto normativo*, RD 1083/2009, du 3 juillet 2009; Ministerio de la Presidencia, *Guía metodológica para la elaboración de la Memoria de Análisis de Impacto Normativo*, 11 décembre 2009; *Ley de Economía Sostenible*, 2/2011, du 4 mars 2011, art.5; les projets de loi et de règlement font l'objet d'une analyse d'impact normatif au cours de leur élaboration par l'administration publique.
- 13 *Constitution fédérale*, RS 101, art. 170; *Loi sur l'Assemblée fédérale*, RS 171.10, art. 141; *Directives du Conseil fédéral sur l'exposé des conséquences économiques des projets d'actes législatifs fédéraux*, 15 septembre 1999; Département fédéral de l'économie, *Manuel «Analyse d'impact de la réglementation»*, 2000; Office fédéral de la justice, *Guide de législation*, 2007, par. 24; les projets de loi, d'ordonnance et de règlement, de même que certaines mesures administratives de la Confédération font l'objet d'une analyse d'impact de la réglementation au cours de leur élaboration par l'administration publique.
- 14 Cabinet Office, *Guide to Making Legislation*; Department for Business, Innovation and Skills, *Impact Assessment Guidance*, 2010, et *Impact Assessment Toolkit*, 2010; certains projets de loi et de règlement font l'objet d'une analyse d'impact au cours de

présente étude est moins homogène que l'échantillon canadien. En effet, alors que les cas britannique et irlandais s'apparentent à l'échantillon canadien par la quasi-absence de tout fondement législatif de l'AI, les quatre autres dispositifs européens font reposer l'utilisation de l'AI sur un ensemble de normes législatives et réglementaires, voire même constitutionnelles.

Sur la base de ce double échantillon, le présent texte s'efforcera de montrer que l'AI, initialement préconisée au nom du maintien de l'efficacité du système économique d'un point de vue technique et dans une perspective assez étroitement néolibérale, pourrait acquérir une vocation sensiblement plus large, lui permettant de contribuer à la légitimation de l'action publique aux yeux de l'ensemble des acteurs sociaux.

I. L'ANCRAGE DE L'ANALYSE D'IMPACT DANS LA CONCEPTION NÉOLIBÉRALE DE L'ACTION D'UN ÉTAT MINIMAL

Dans le dessein initial qui a présidé à sa diffusion et qui demeure à la base de ses formes actuelles, l'AI se caractérise par sa double inscription dans une perspective essentiellement économique et dans une conception assouplie de l'action publique. Sous ces deux aspects, l'introduction de l'AI se fonde sur un souci d'efficacité¹⁵. D'une part, et à titre principal, l'AI est présentée comme l'une des techniques susceptibles de garantir que l'action publique soit subordonnée à l'objectif d'efficacité optimale du système économique. D'autre part, l'AI est également présentée comme devant concourir à l'efficacité de l'action publique par la maximisation des résultats de cette action et la minimisation de ses coûts.

leur élaboration par l'administration publique.

15 C.-A. Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques* (Paris: L.G.D.J., 1999) p. 101-102; A. Flückiger, «L'évaluation législative ou comment mesurer l'efficacité des lois», (2007) 138 *Revue européenne des sciences sociales* 83, p. 84-89.

A. LA PERSPECTIVE ÉCONOMIQUE DE L'AI

Apparue à l'orée des années 1980, dans une ambiance de crise de l'État-providence et de dénonciation de l'interventionnisme des États dans l'économie, l'exigence d'une évaluation prospective des effets de l'action publique vise au premier chef le développement de la réglementation au sens propre de ce terme. Mais la législation elle-même se voit à l'époque reprocher son emprise intempestive, coûteuse et irréfléchie sur les comportements des acteurs sociaux privés, notamment des acteurs économiques. L'AI, appliquée aux projets d'encadrement contraignant sanctionné par l'État (le *command-and-control regulation*) participe donc, à son origine, d'une lecture des rapports sociaux fondée sur les préceptes du libéralisme économique.

1. LES VISÉES ORIGINAIRES

En premier lieu, en effet, la volonté de réduire l'encadrement contraignant imposé aux conduites individuelles par une réglementation conçue, édictée et appliquée par l'État implique de *promouvoir l'inaction de l'État*. Dans le cadre d'une évaluation des impacts que pourraient avoir sur les acteurs économiques les différentes manières de traiter un « problème » examiné par l'instance politique, il s'impose donc de considérer, parmi les différentes « solutions » envisageables, l'abstention de toute action positive de la part de l'État. L'inaction doit faire partie de la gamme des possibles. Ne pas exclure l'inaction publique se veut un antidote au « réflexe réglementaire » associé au développement de l'État interventionniste.

Abstention d'intervenir et invitation à s'auto-réglementer peuvent d'ailleurs se combiner: les acteurs sociaux sont alors appelés, de manière plus ou moins implicite, à saisir la possibilité d'autoréglementation comme un « moindre mal » qui leur permet d'échapper à l'hypothèse d'une intervention plus contraignante de l'État.

En second lieu, la confiance dans les méthodes du calcul économique, également caractéristique de cette perspective, conduit à *concevoir l'impact de l'action publique essentiellement en fonction de valeurs quantifiables*. Dès lors, la rationalité permettant de juger de l'opportunité d'une «solution» – interventionniste ou non – du «problème» considéré est la rationalité prêtée à l'économie libérale: celle de l'appréciation d'utilité, assise sur des données chiffrées. L'évaluation prospective de l'efficacité d'une action publique (qui peut, rappelons-le, prendre parfois la forme de l'inaction) recourt donc volontiers à la technique du bilan, opposant le coût et l'utilité de cette action. L'analyse coûts-avantages tend donc à occuper une place centrale dans la méthodologie de l'AI¹⁶.

Enfin, en dernier lieu, la perspective d'efficacité économique dans laquelle est abordée l'action publique tend à *brouiller la démarcation entre droit et non-droit* dans les formes et les moyens de cette action. Le déplacement du pôle organisateur de l'action, de la légalité vers l'efficacité, implique une prise de distance à l'égard des catégories juridiques ayant structuré l'action de l'État-providence. Sans disparaître, les formes juridiques consacrées dans lesquelles se déployait cette action sont concurrencées par des procédés jusque là étrangers au droit public et fondés exclusivement sur des logiques et des pratiques managériales. L'évaluation prospective d'une intervention éventuelle de l'État doit donc intégrer un répertoire de moyens considérablement diversifié; parmi les fonctions de l'AI, celle qui consiste à éclairer le choix des formes et moyens de l'action devient dès lors l'une des plus complexes et des plus importantes¹⁷.

16 Voir par exemple: Canada, Secrétariat du Conseil du Trésor, *Guide d'analyse coûts-avantages pour le Canada – Propositions de réglementation*, 2007.

17 Voir par exemple: Canada, Bureau du Conseil privé, *supra*, note 12, par. 4.4; Canada, Secrétariat du Conseil du Trésor, *Évaluation, choix et mise en œuvre d'instruments d'action gouvernementale*, 2007.

2. LES MODULATIONS NOUVELLES

Ces visées originaires, portées par les thèmes de la déréglementation, du bilan coûts/avantages et de la «nouvelle gestion publique», ont connu un certain infléchissement à partir des années 1990. L'AI, en tant qu'expression d'une conception de l'action publique axée sur l'efficacité du système économique, a amorcé elle aussi une évolution significative.

En premier lieu, et sans que soient perdus de vue les impacts plutôt macroéconomiques, ou du moins sectoriels, d'une éventuelle action publique, les promoteurs de l'AI ont cherché à rendre celle-ci plus sensible aux *préoccupations des entreprises*, particulièrement des PME. Présentant le chef de PME comme la victime exemplaire des excès imputés à l'interventionnisme étatique, les dirigeants politiques ont soutenu la mise en évidence, dans le processus d'AI, des impacts qu'aurait la mesure envisagée sur deux plans névralgiques: d'une part, la réduction des charges administratives imposées aux entreprises¹⁸ et, d'autre part, le maintien de la compétitivité des entreprises¹⁹ face à leurs concurrentes étrangères²⁰. Ce glissement vers une évaluation plus

18 Ce critère d'évaluation est évoqué dans les énoncés de politique de toutes les provinces comprises dans notre «échantillon canadien». Il est également présent dans le dispositif suisse (note 30, *ibid.*) et dans ceux des cinq pays de l'Union compris dans notre «échantillon européen», la réduction des charges administratives imposées aux entreprises constituant l'un des axes majeurs de l'initiative européenne «Mieux légiférer».

19 Ce critère est évoqué dans tous les énoncés de politique compris dans notre «échantillon canadien», sauf celui de l'Alberta. Les dispositifs européens se répartissent entre ceux qui analysent à la fois l'impact sur la compétitivité internationale et l'impact sur la concurrence dans le marché intérieur (France, Irlande, Suisse), ceux qui ne considèrent que le marché intérieur (Espagne, Royaume-Uni) et le Portugal, dont le dispositif d'AI n'aborde pas cette question.

20 Dans le contexte canadien, le souci de préserver la compétitivité des entreprises se manifeste également par des stipulations tendant à l'harmonisation de la réglementation, dans les accords interprovinciaux de libéralisation des échanges: voir l'*Accord de commerce et de coopération entre le Québec et l'Ontario* de 2009, art. 3.1, 3.4 et 3.5; *New West Partnership Trade Agreement* de 2010 entre la Colombie-Britannique, l'Alberta et la Saskatchewan, art. 5.

nettement microéconomique des impacts des projets de loi et de règlement ou des autres formes d'action publique a exigé la mise au point d'instruments de mesure adaptés à cette évaluation plus fine des impacts²¹.

En second lieu, et sans que soit remise en cause son orientation fondamentale liée à une conception néolibérale de l'économie, l'évaluation prospective de l'action publique a été amenée à composer plus explicitement avec les *facteurs de complexité et d'incertitude*. La complexité des réalités oblige à tenir compte d'un registre de facteurs beaucoup plus étendu – depuis l'aléa climatique jusqu'à la prévalence de comportements économiques irrationnels, en passant par l'intensité des liens familiaux ou les habitudes alimentaires. Par ailleurs, la justification politique d'une action publique ne saurait se cantonner systématiquement au seul terrain de la prévision économique rationnelle. Ces considérations ont fait naître le souci d'évaluer prospectivement d'autres types d'impact de l'action publique. Ainsi ont été introduites, ici et là, des formes particulières d'AI adaptées à l'évaluation, au moins en partie qualitative, des effets prévisibles d'une mesure sur la santé publique²², la distribution de la richesse²³, le développement régional²⁴ ou l'égalité des sexes²⁵. Par ailleurs, l'évolution générale des sociétés, des technologies ou du climat a contraint l'AI à tenir compte des facteurs de risque dans ses estimations; la montée des incertitudes, à l'ouverture du XXI^e siècle, suscite une demande de prévision tout en rendant

21 Sont particulièrement développés en ce sens les dispositifs d'AI spécialisés concernant les PME en Suisse (Secrétariat d'État à l'économie, *Test de compatibilité PME et Forum PME*) et au Royaume-Uni (*Toolkit*, *supra* note 14, Ann. A6.3).

22 Québec, Irlande, Royaume-Uni.

23 Québec, Irlande, Royaume-Uni.

24 Québec, Nouvelle-Écosse, Irlande, Royaume-Uni.

25 Espagne, Irlande, Portugal, Royaume-Uni, Suisse.

celle-ci plus difficile²⁶.

En dernier lieu, la trajectoire d'implantation de l'AI dans la pratique des États a été infléchi par son *rattachement au thème de la gouvernance*²⁷. Or, la notion de gouvernance implique un souci d'associer à l'élaboration et à la mise en œuvre de l'action publique les acteurs sociaux les plus directement touchés par les effets de cette action²⁸. L'AI de l'action publique apparaît dès lors comme une pièce maîtresse dans le dispositif de concertation. Pour autant qu'elle prenne la juste mesure des intérêts et des acteurs mis en cause, l'AI peut constituer une représentation fidèle et utile des rapports de collaboration conflictuelle qu'implique la gouvernance. Tout cela ne devient plausible, cependant, que si le processus de réalisation de l'AI est relativement ouvert, et si ses résultats sont rendus publics.

B. LA PRATIQUE SOUPLE DE L'AI

Évoquer l'ouverture du processus d'AI aux acteurs sociaux ou la publication de ses résultats, c'est poser la question de l'institutionnalisation de ce processus. En effet, en dépit de la pertinence manifeste des valeurs de publicité et de participation mises en œuvre par le droit administratif, on constate que le processus d'AI s'instaure et se maintient, en général, en dehors de tout encadrement juridiquement contraignant. Cette

26 Canada et Royaume-Uni. Sur le rapport entre incertitude et évaluation prospective, voir : K. Von Aeken, « Legal Instrumentalism Revisited », p. 67 dans L. Wintgens (dir.) *The Theory and Practice of Legislation* (Aldershot : Ashgate, 2005).

27 Voir notamment: Union européenne, Commission, *Gouvernance européenne: Mieux légiférer*, COM(2002)275, communication dont au moins deux des trois volets font ressortir l'importance de l'AI; le premier, « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire » incite les États membres à recourir à l'AI, alors que le troisième « Systématiser l'évaluation d'impact par la Commission européenne » vise l'action de l'Union elle-même.

28 Orly Lobel, « The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance », 89 *Minn. L. Rev.* 262, p. 293-300.

tendance générale s'explique aisément. L'AI a été introduite dans le fonctionnement de l'État à la faveur d'un courant d'idées préconisant la transposition dans l'administration publique des procédés de gestion souples pratiqués dans le secteur marchand de l'économie. Ce courant a étendu son influence en imprégnant les façons de penser et de faire à l'intérieur de l'administration publique, plutôt qu'en mobilisant à son service la contrainte du droit légiféré.

1. L'INSERTION DANS LE PROCESSUS D'ÉLABORATION ADMINISTRATIVE DU DROIT LÉGIFÉRÉ

Au moins dans un premier temps, l'évaluation prospective des projets de loi et de règlement s'est développée en réponse à une préoccupation d'experts. À l'intérieur de l'administration publique comme à l'extérieur, des économistes se sont attachés à l'analyse et à la critique des modes d'intervention de l'État dans l'économie. Par la suite, l'adhésion d'une grande partie de la classe politique, dans les États à économie de marché, à cette critique de l'interventionnisme étatique a fait de la déréglementation, puis de l'allègement du cadre normatif, l'objet d'une politique d'État. C'est donc en application d'énoncés de politique gouvernementale que l'AI en est venue à s'appliquer à une gamme plus ou moins étendue de mesures étatiques. La consécration de cette politique par des dispositions législatives, voire constitutionnelles, n'est intervenue que tardivement et exceptionnellement. Le mode habituel d'insertion de l'AI dans le processus d'élaboration du droit légiféré reste donc un document dénué de valeur juridiquement contraignante et destiné à guider l'activité de l'administration. Ce document exprimant un choix politique explicite de la part des gouvernants en place, il est cependant rendu accessible aux citoyens.

Ce mode d'insertion de l'AI dans le processus de production du droit légiféré au moyen d'un énoncé de politique présente l'avantage de la souplesse. En revanche, l'effectivité d'un tel énoncé est entièrement tributaire de la capacité et de la volonté des dirigeants politiques de contraindre l'administration à s'y conformer. Aucune contrainte juridique n'en garantissant le respect effectif, nul ne sera en mesure d'agir en justice pour l'obtenir. L'effectivité de l'AI demeure donc une question essentiellement politique; son sort se joue cependant à l'intérieur de l'administration, donc en fait à l'écart du débat politique.

Le caractère politique de ce mode d'introduction de l'AI ressort plus nettement encore si on tient compte du fait que c'est aux décisions gouvernementales, donc prises au plus haut niveau du Pouvoir exécutif, que s'applique la politique d'évaluation prospective. L'AI est appliquée, au premier chef, à l'examen par le conseil des ministres de projets de textes législatifs à présenter éventuellement au Parlement ou de projets de textes réglementaires que le gouvernement est habilité à prendre ou à approuver. Ces projets convergent vers le conseil des ministres en provenance des divers organes qui composent l'appareil administratif.

Maintenir en dehors de toute contrainte juridique l'exigence d'évaluation prospective des lois et des règlements a ainsi quelque chose de paradoxal: cela revient à soustraire en partie au droit le processus de production de normes éminemment juridiques. Ce choix paradoxal comporte, on vient de le voir, certains avantages, liés à la souplesse qu'il permet. Il présente aussi certains risques.

2. LA PERMÉABILITÉ À L'INFLUENCE DE CERTAINS ACTEURS

L'introduction de l'AI des projets de loi et de règlement, dans une visée de maintien de l'efficacité du système économique

et de renforcement de l'efficacité des interventions normatives de l'État, a conduit à privilégier, pour l'évaluation prospective de ces mesures, le point de vue des opérateurs économiques privés et le discours analytique et justificatif des promoteurs de l'économie de marché. Cette prépondérance s'est traduite, d'une part, par l'accaparement de la fonction consultative auprès des décideurs politiques et, d'autre part, par la constitution autour de l'AI d'un champ de connaissances spécialisé, dominé par la rationalité de l'économie de marché²⁹.

La fonction consultative au sein de l'appareil d'État se fonde sur des pratiques anciennes, plus ou moins formalisées selon les systèmes juridiques et politiques.

Là où le parcours consultatif préalable aux décisions n'est pas jalonné de façon expresse par la loi, le recours effectif à la consultation et les modalités qu'elle revêt dépendent forcément de choix discrétionnaires de la part de l'administration et des dirigeants politiques; ceux-ci consultent qui ils veulent bien consulter, quand et comme ils le veulent. Sur ce plan, les traditions administratives, le style de gouvernement et les attentes des acteurs sociaux jouent un rôle déterminant. Cependant, le courant néolibéral a favorisé une telle conception discrétionnaire de la consultation. Or, ce type de consultation comporte par nature une certaine opacité. Lorsque aucune règle ne détermine à l'avance une obligation ou une manière de consulter, non seulement l'administration et les dirigeants politiques n'ont-ils pas à tenir compte des résultats de la consultation, ils n'ont pas non plus à en rendre compte. Dans la pénombre ainsi créée par le recul des institutions consultatives peuvent se développer l'influence occulte de certains intérêts, les canaux privilégiés de communication, terreau fertile pour le développement préoccupant du lobbyisme.

29 C. Radaelli, « Regulating Rule-Making via Impact Assessment » (2010) *Governance* 89, p. 93-94.

L'AI, pourtant appuyée par un souci de lisibilité et de rationalité des choix publics, a été rendue compatible avec cet accaparement de la fonction consultative par certaines catégories d'acteurs sociaux. Ainsi, il paraît tout-à-fait significatif que, dans les dispositifs d'AI où a été prévue une étape consultative, celle-ci s'adresse essentiellement, sinon exclusivement, à des opérateurs économiques – tout particulièrement les PME. Les choses se sont passées, au moins dans un premier temps, comme si l'AI ne devait surtout pas favoriser la réapparition, encore moins l'élargissement, d'une discussion préalable des fins et des moyens de l'action publique entre des acteurs sociaux diversifiés.

Au contraire, l'introduction de l'AI a été comprise comme conduisant «naturellement» à concentrer la fonction d'aide à la décision entre les mains d'un cercle limité d'interlocuteurs légitimes de l'administration et des dirigeants politiques. Ce cercle a été défini par référence à l'adhésion au postulat d'une rationalité strictement économique de l'action publique. N'y ont donc été admis d'emblée que les porteurs du discours dominant de la science économique et les praticiens de l'économie de marché – y compris, parmi ces derniers, les dirigeants de PME. Les autres perspectives de justification de l'action publique ont été refoulées à la marge, quand elles n'ont pas été complètement occultées.

II. LE POTENTIEL DE L'ANALYSE D'IMPACT COMME FACTEUR DE LÉGITIMATION DE L'ACTION PUBLIQUE D'UN ÉTAT DÉMOCRATIQUE

L'évolution des pratiques d'AI permet toutefois d'entrevoir la possibilité que cette technique de gestion de l'action publique acquière des caractéristiques qui en transformeraient le sens. Avant même la fin du XXe siècle, on l'a vu, des infléchissements significatifs ont été apportés aux visées initiales de l'AI, notamment pour tenir compte d'impacts qui échappent à la prévision et à l'évaluation fondées sur la stricte rationalité économique. Cette

extension de l'AI à des perspectives plus diversifiées s'est encore accentuée depuis. Parallèlement, le recours de plus en plus généralisé à l'AI, le raffinement de ses méthodes et la diffusion de l'idée qu'elle contribue de manière importante à la «qualité» de l'encadrement normatif ont mis à l'ordre du jour, au moins dans certains pays, la question de son institutionnalisation explicite dans le fonctionnement de l'État.

A. L'ÉLARGISSEMENT DE LA PERSPECTIVE DE L'AI

Deux facteurs paraissent avoir joué en faveur de l'abandon de la perspective strictement économique qui inspirait l'AI à ses débuts, ou du moins en faveur d'une perception plus nuancée de la place que devait occuper la prévision économique dans l'AI des projets de loi et de règlement : d'une part, la réception du concept de développement durable dans les droits nationaux et, d'autre part, le fait que des acteurs sociaux s'estimant ignorés ou défavorisés par la perspective dominante en matière d'AI ont préconisé une approche pluridimensionnelle de l'évaluation prospective.

1. *L'INCIDENCE DU CONCEPT DE DÉVELOPPEMENT DURABLE*

L'apparition et la diffusion rapide du concept de développement durable, à compter du milieu des années 1990, ont influencé les pratiques d'AI. En effet, le souci de développement durable implique nécessairement un effort de prévision, notamment de la part des décideurs publics; en tant qu'instrument d'évaluation prospective, l'AI trouve donc naturellement sa place dans une stratégie de développement durable. Par ailleurs, le concept de développement durable a comporté dès son origine l'idée d'une pondération optimale entre trois dimensions du «développement», celui-ci ne devant plus être apprécié

uniquement en fonction de critères économiques. Pour reprendre les termes de la loi-cadre québécoise, «[l]e développement durable s'appuie sur une vision à long terme qui prend en compte le caractère indissociable des dimensions environnementale, sociale et économique des activités de développement.³⁰» Par conséquent, le souci de développement durable favorise l'élargissement de la perspective de l'AI.

L'inscription du développement durable parmi les finalités de l'action publique est donc de nature à susciter dans l'administration publique une *culture de la prévision*. Un fréquent recours à l'AI s'en trouve d'autant mieux justifié. La technique de l'AI se présente d'emblée comme un instrument apte à contribuer à la mise en œuvre du développement durable, comme l'un de ces «outils ou [...] grilles d'aide à la conception, à la décision et à l'analyse de projets en regard du développement durable» dont parle la loi québécoise³¹.

L'Union européenne a montré la voie sur ce plan, puisque son propre dispositif d'AI se propose très explicitement d'évaluer les projets d'actes normatifs selon une grille qui fait explicitement référence aux trois «piliers» du développement durable, en s'efforçant de les intégrer dans une perspective globale³². Ce dispositif communautaire devrait inspirer fortement ceux qu'adoptent les États membres de l'Union pour l'évaluation

30 *Loi sur le développement durable*, L.R.Q. c. D-8.1.1, art. 2.

31 *Ibid.*, art. 11, 2^e al., par. 2^o. Le *Plan d'action de développement durable 2008-2013* établi par le ministère du Conseil exécutif conformément à l'art. 15 affirme d'ailleurs que le dispositif d'AI applicable à certaines décisions du Conseil exécutif constitue un «outil incontournable» de développement durable (p. 8). Pour sa part, le gouvernement portugais, par exemple, a inscrit la création d'un dispositif d'évaluation «transversale» des politiques publiques parmi les instruments de mise en œuvre de sa stratégie de développement durable: *Resolução do Conselho de Ministros no. 109/2007 (Estratégia Nacional de Desenvolvimento Sustentável)*, DR 20 août 2007, p. 5466 et 5468.

32 Union européenne, Commission, *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact*, 2009, p. 34-47; A. Renda, *Impact Assessment in the EU – The State of the Art and the Art of the State* (Bruxelles: Centre for European Policy Studies, 2006) p. 52-59.

prospective de l'action publique nationale; cependant, si on en juge par le cas des cinq États membres de l'Union qui font partie de notre «échantillon européen», le potentiel intégrateur du concept de développement durable ne joue que de façon très variable. De son côté, le dispositif d'AI mis en place en Suisse au niveau fédéral ne méconnaît pas ce concept, mais en fait l'objet d'une AI particulière, juxtaposée à d'autres dont la visée est principalement économique³³.

Quant aux six dispositifs d'AI compris dans notre «échantillon canadien», ils n'accordent guère de place au concept de développement durable. Seul le dispositif fédéral témoigne discrètement d'un effort pour conjoindre les dimensions économiques, environnementales et sociales de l'évaluation³⁴. De toute évidence, l'acculturation du développement durable dans les administrations publiques canadiennes n'en est encore qu'à ses débuts. Il s'agira vraisemblablement d'un processus lent. Les traditions administratives et politiques (notamment l'égalité entre les ministres et leur autonomie réciproque) ne favorisent pas l'imprégnation de l'ensemble de l'administration par un thème d'action confié à un ministre en particulier – qu'il s'agisse de l'environnement, de la lutte contre l'exclusion ou du développement durable.

2. LE PLURALISME DES PERSPECTIVES DE LÉGITIMATION

Au risque de caricaturer les choses, on peut estimer que dans la ferveur initiale du courant néolibéral en matière de gestion publique, l'AI tendait à réduire les choix politiques à leur

33 Office fédéral du développement territorial, *Évaluation de la durabilité*, 2008; W. Bussman, «Die prospektive Evaluation und ihre Verfahren zur Prüfung der Erlassen» (2009) 20:2 LeGes 175, p. 181.

34 *Directive supra* note 12, par. 3.1.

dimension économique et, plus largement, à dissoudre le débat et la vie politiques dans l'arbitrage de questions économiques. À la longue, cependant, la complexité de la gouverne politique et la vitalité propre des tensions politiques entre acteurs sociaux ont refait valoir leurs exigences. Il a fallu adapter l'AI à ce retour du complexe et du politique. Les débuts de cette adaptation ont été évoqués plus haut. Cette évolution s'est poursuivie de telle sorte que tous les dispositifs d'AI retenus dans notre échantillon comparatif font aujourd'hui une place, certes très variable, à l'évaluation parfois qualitative d'impacts non directement rattachables à la vie économique. Le caractère unidimensionnel du bilan coûts/avantages se trouve donc atténué, dans une certaine mesure. L'emprise exercée sur l'AI par la pensée économique dominante s'est elle aussi relâchée. Le point de vue de l'expert économiste n'est plus tout-à-fait le seul audible.

Néanmoins, on peut encore craindre que l'AI reste dominée par le point de vue des réseaux d'experts, constitués essentiellement au sein de la fonction publique supérieure, des milieux d'affaires les plus influents et des établissements de recherche. D'où le sentiment que l'évaluation prospective réalisées selon les méthodes d'AI en usage laisse subsister bien des « angles morts », c'est-à-dire des impacts inaperçus et pourtant extrêmement significatifs pour certains acteurs sociaux.

Plusieurs auteurs ont formulé à ce sujet des propositions, qui tendent toutes à introduire dans la technique de l'AI l'ensemble des points de vue depuis lesquels une action publique doit être évaluée³⁵.

35 Voir: R. Baldwin, *Rules and Government* (Oxford: Clarendon Press, 1995) p. 33-58; C. Radaelli et F. DeFrancesco, supra note 6, p. 37-46; P. Issalys, *Répartir les normes – Le choix entre les formes d'action étatique* (Québec: Société de l'assurance-automobile du Québec, 2002), p. 23-31 ; P. Issalys, « Choosing among Forms of Public Action : A Question of Legitimacy », p. 154 dans P. Eliadis, M. Hill et M. Howlett (dir.), *Designing Government – From Instruments to Governance* (Montréal/Kingston : McGill/Queen's University Press, 2005), p. 168-174.

Leurs analyses contribuent à cerner le «déficit d'inclusion» auquel doit répondre la technique de l'AI des projets d'encadrement législatif et réglementaire. La qualité de l'encadrement normatif ne peut être recherchée et appréciée que dans certaines perspectives seulement. L'AI doit être aménagée de manière à y intégrer le point de vue des grandes catégories d'acteurs touchées par l'évolution de l'encadrement normatif, chacun de ces points de vue se caractérisant par un ensemble de principes, de valeurs, de préférences et de critères. La généralisation de l'AI dans le processus de production normative rend d'autant plus nécessaire l'intégration de ces diverses perspectives de légitimation.

La réussite de cette intégration justifierait d'accorder à l'AI, au-delà de son rôle technique, le statut d'institution caractéristique du processus de production des normes juridiques de portée générale dans une société démocratique. Ce seuil a déjà été franchi par certains des dispositifs d'AI constituant notre «échantillon européen». Dans ces pays, l'AI des projets de loi et de règlement fait maintenant partie du cadre constitutionnel et législatif de cette production. Cette évolution confirme, s'il en était besoin, que l'État, confronté au risque, à l'incertitude, à la pénurie, ne peut plus se dispenser d'évaluer sa propre action et doit le faire d'une manière conforme aux exigences de la démocratie.

B. L'ÉVALUATION DE L'ACTION PUBLIQUE, FONCTION INHÉRENTE DE L'ÉTAT

Tenant pour acquis que l'évaluation prospective des projets de loi et de règlement est en voie de s'imposer comme une fonction «normale» de l'État dans le cours de l'élaboration du droit légiféré, il convient d'examiner de plus près le rôle de l'AI au stade de l'édiction du droit légiféré et au stade de sa mise en œuvre par l'instance juridictionnelle.

1. L'INSTITUTIONNALISATION DE L'AI

La consécration de l'AI comme élément juridiquement nécessaire du processus de production de normes législatives et réglementaires suppose la réunion d'au moins deux conditions. La première est que son existence et sa réalisation aient un fondement explicite dans le droit positif. La seconde est qu'elle soit soumise à la publicité que comporte ce processus dans un État de droit³⁶.

Comme l'indiquait déjà la présentation de nos deux échantillons, la différence la plus manifeste entre eux concerne le fondement juridique des divers dispositifs d'AI. Plusieurs des dispositifs constituant l'échantillon européen donnent à l'existence de l'AI une base constitutionnelle.

C'est le cas très clairement dans la Constitution fédérale suisse de 1999, qui oblige l'Assemblée fédérale à veiller à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation³⁷. Conformément à ce texte, l'Assemblée fédérale oblige le Conseil fédéral, lorsqu'il lui soumet une proposition d'acte législatif, à accompagner celui-ci d'un message faisant notamment le point sur une série d'impacts du projet³⁸. S'agissant des textes à caractère réglementaire, c'est par des directives du Conseil fédéral que sont opérationnalisées les exigences de la

36 C.-A. Morand, «Formes et fonctions de l'évaluation législative», p. 207 dans B. Jadot et F. Ost (dir.), *Élaborer la loi aujourd'hui, mission impossible?* (Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1999).

37 *Constitution fédérale*, RS 101, art. 170. L'Assemblée fédérale est le Parlement fédéral, constitué de deux chambres, le Conseil national et le Conseil des États. Sur la portée de ce texte, voir L. Mader, «Artikel 170 der Bundesverfassung. Was wurde erreicht, was ist noch zu tun?» (2005) 16:1 LeGes 29 et P. Schwab, «L'évaluation au service du Parlement?» (2005) 16:1 LeGes 39.

38 *Loi sur l'Assemblée fédérale*, RS 171.10, art. 141. Ce texte, entré en vigueur en 2003, vise notamment «les modalités de mise en œuvre envisagées au stade de l'élaboration», les conséquences sur les finances et l'emploi publics, le rapport coût/utilité, les conséquences économiques, sociales, environnementales et intergénérationnelles, et les conséquences sur l'égalité hommes/femmes.

Constitution³⁹.

La Constitution espagnole de 1978 prévoit quant à elle, dans ses dispositions relatives à l'élaboration des lois, qu'un projet de loi transmis au Congrès des députés par le gouvernement doit être accompagné des documents préparatoires «nécessaires pour que le Congrès puisse se prononcer»⁴⁰. Il est fait référence à ce texte constitutionnel dans la loi régissant l'organisation et le fonctionnement du gouvernement⁴¹. Cette loi habilite le Conseil des ministres à transmettre ces documents au Congrès, une fois que le Conseil a approuvé l'avant-projet de loi qu'ils concernent; or cet avant-projet doit être accompagné d'une analyse d'impact normatif, dont le contenu a été précisé par un décret de 2009⁴².

Enfin, à la suite de modifications adoptées en 2008, la Constitution française prévoit qu'une loi organique fixe les conditions de présentation des projets de loi devant l'Assemblée nationale ou le Sénat⁴³. Cette loi organique exige qu'un projet de loi soit accompagné d'une étude d'impact, dont elle précise le contenu⁴⁴. Le texte organique aménage également un contrôle de

39 *Directives du Conseil fédéral sur l'exposé des conséquences économiques des projets d'actes législatifs fédéraux* du 15 septembre 1999; N. Wallart et A. Kölliker, «L'analyse d'impact de la réglementation: évolution récente et contribution au cadre réglementaire» (2007) 18:1 LeGes 45.

40 Constitution espagnole, *supra* note 21, art. 88.

41 *Ley del Gobierno*, *supra* note 21, art. 22.

42 *Real Decreto supra* note 21. Le nouveau document réunit en un seul tous ceux que mentionne l'art. 22 de la *Ley del Gobierno*, précise les objets de l'analyse d'impact, tels qu'ils ressortaient des dispositions préexistantes, et envisage la prise en considération d'autres impacts, notamment sur les plans social ou environnemental, ou en matière d'égalité des chances, de non-discrimination ou d'accessibilité aux personnes présentant des incapacités. La récente *Ley de Economía Sostenible*, *supra* note 12, oblige l'administration publique à développer les instruments d'évaluation des projets de texte normatif et à favoriser, par la participation du public, l'apport des données utiles à cette évaluation.

43 *Constitution du 4 octobre 1958*, *supra* note 18, art. 39.

44 *Loi organique supra* note 18, art. 8. Le Conseil constitutionnel a validé l'essentiel des

la conformité à ses dispositions; le Conseil constitutionnel peut donc être amené à examiner la qualité, ou du moins la suffisance, d'une étude d'impact⁴⁵.

À l'inverse, on constate que les dispositifs d'AI constituant notre échantillon canadien, de même que les dispositifs britannique et irlandais, reposent presque invariablement sur des décisions politiques. Ils ne sont pas pour autant éphémères: au Canada, par exemple, le dispositif fédéral et ses homologues au Québec et en Colombie-Britannique subsistent depuis un quart de siècle, ayant été maintenus et raffinés par les gouvernements successifs. Il s'agit donc d'orientations politiques durables, exprimées dans des documents rendus publics⁴⁶, auxquels les tribunaux ne reconnaissent pas de valeur juridiquement contraignante⁴⁷. Les seules exceptions, très limitées, dans ce tableau général concernent certaines des provinces canadiennes comprises dans notre échantillon. Ainsi, certains dispositifs d'AI spécialisés ont

dispositions organiques relatives à l'étude d'impact: 2009-579 DC du 9 avril 2009, *Loi organique relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*. Voir sur cette réforme: J.-L. Warsmann, *Simplifions nos lois pour guérir un mal français – Rapport sur la qualité et la simplification du droit* (Paris: La Documentation française, 2009) aux p. 23-33; M. Verpeaux, «Le nouveau droit parlementaire est arrivé – À propos de la loi organique du 15 avril 2009», *Semaine juridique*, 13 juillet 2009, p. 42; A. Haquet, «Les études d'impact des projets de loi: espérances, scepticisme et compromis» (2009) *Actualités juridiques – Droit administratif* 1986; J.-P. Duprat, «The recent evolutions in French legislative practice: a managerial conception of statutes» (2009) 50 *Legislação* 261.

- 45 *Loi organique supra* note 18, art. 9; le Conseil peut être saisi soit dans le cadre de cet article, soit à l'occasion du contrôle de constitutionnalité prévu à l'art. 61 de la Constitution: voir la décision 2010-603 DC du 11 février 2010, *Loi organisant la concomitance des renouvellements des conseils généraux et des conseils régionaux*. Sur le rôle du Conseil relativement aux études d'impact, voir: P. Mbongo, «La constitutionnalisation des études d'impact préalables à la loi. Un mirage légistique», *Dalloz*, 2009, *Études commerciales* 108; J. Sirinelli, «La justiciabilité des études d'impact des projets de loi» (2010) *Revue de droit public* 1367.
- 46 Voir les documents cités aux notes 12 (Canada), 14 à 17 (provinces canadiennes, sauf l'Alberta), 19 (Irlande) et 23 (Royaume-Uni).
- 47 *Conseil du patronat du Québec c. P.G. Québec*, [2003] R.J.Q. 3154 (C.S.), AZ-50193166.

un fondement législatif explicite au Québec⁴⁸ et en Ontario⁴⁹.

Le Portugal représente un cas intermédiaire entre le modèle de l'AI constitutionnalisée et celui de l'AI issue du pouvoir, reconnu à l'instance gouvernementale, de diriger le travail administratif. En effet, la Constitution portugaise reconnaît explicitement ce pouvoir, et en autorise l'exercice soit sous forme législative⁵⁰, soit par des actes réglementaires ou administratifs⁵¹. C'est sous cette forme réglementaire qu'a été introduit en 2006 un dispositif d'AI applicable aux projets de loi, de règlement et de décret avant leur examen par le Conseil des ministres⁵². En ce qui concerne les projets de loi (d'initiative gouvernementale ou parlementaire), le règlement intérieur du Parlement exige depuis 2007 qu'ils soient accompagnés d'une AI sommaire⁵³.

On constate cependant que les trois pays européens qui ont récemment consacré l'utilisation de l'AI par des textes de rang constitutionnel, législatif ou réglementaire (la France, l'Espagne et le Portugal) l'ont fait en grande partie parce que leurs efforts pour implanter l'AI sur des bases moins formelles n'avaient pas été véritablement suivis d'effets dans l'administration. La

48 *Loi sur la santé publique*, L.R.Q. c. S-2.2, art. 54 (impact sur la santé publique); *Loi visant à lutter contre la pauvreté et l'exclusion sociale*, *supra*, L.R.Q. c. L-7, art. 20 (impact sur le revenu des personnes en situation de pauvreté).

49 *Charte des droits environnementaux*, L.O. 1993, c. 28, art. 27 (impact sur l'environnement).

50 Constitution de la République portugaise de 1976, art. 198; cette compétence législative du gouvernement s'exerce par décret-loi. Un tel décret-loi est dit «réservé», puisque cette compétence législative du gouvernement lui est exclusive: C. Queiroz, *Direito Constitucional* (Coimbra: Coimbra Editora, 2009) p. 262.

51 *Constitution*, *supra* note 36, art. 199; cette compétence du gouvernement pour diriger les services et l'activité de l'administration s'exerce sous forme de résolutions du Conseil des ministres; certaines de celles-ci auront valeur réglementaire, mais seront qualifiées de «règlements internes»: D. Freitas do Amaral, *Curso de Direito Administrativo*, (Coimbra: Almedina, 2008) aux p. 176-177 et 187.

52 *Programa Legistar Melhor et Modelo de Teste SIMPLEX*, *supra* note 20.

53 *Regimento da Assembleia da República*, *supra* note 20, art. 124; le règlement de l'Assemblée est établi en vertu de l'art. 175 de la Constitution.

doctrine, les travaux de politologues, les rapports commandés par l'OCDE et les exposés de motifs à l'appui des dispositions nouvelles s'accordent à le constater⁵⁴. Ce n'est que dans le cas de la Suisse, parmi les dispositifs étudiés ici, qu'on peut considérer que la reconnaissance formelle de l'AI par le droit positif est venue couronner et relancer une implantation déjà bien entamée au moyen d'une politique gouvernementale et de règles administratives⁵⁵.

La présence ou l'absence, dans le droit positif, d'un fondement explicite de l'AI des projets de loi ou de règlement n'est donc pas déterminante pour la réalisation du potentiel de l'AI comme facteur de légitimation matérielle du droit légiféré. Ce qui compte véritablement est la reconnaissance, par l'instance gouvernementale, de ce que l'AI constitue une fonction inhérente de l'État, dont il lui incombe d'assurer l'exécution effective par l'administration. Cette reconnaissance ne suffit cependant pas encore à garantir que l'AI contribue réellement à la légitimation des normes de portée générale aux yeux de l'ensemble des acteurs sociaux. Encore faut-il que le dispositif d'AI comporte l'ouverture d'un espace public au sein duquel les acteurs sociaux aient la possibilité de connaître, d'apprécier et de discuter les résultats de l'évaluation prospective accompagnant les projets de loi ou de règlement.

Sur ce terrain de la publicité de l'AI, le Canada et l'Europe ont des pratiques assez nettement contrastées. Dans l'échantillon

54 Duprat, « The recent evolutions in French legislative practice : a managerial conception of statutes » (2009) *Legislação* 261, p. 269; *Circulaire du 26 août 2003*, *supra* note 18; OCDE, *mieux légiférer en Europe: France*, 2010, c. 4; M. Sánchez Morón, *Derecho Administrativo – Parte General* (Madrid: Tecnos, 2005) p. 207-208; F. Marcos, «Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo», (2009) 179 *Rev. de Administración Pública* 333, p. 349-352; C. Blanco de Morais, «O Programa “Legislar Melhor”. Dois anos depois» (2009) 50 *Legislação* 61, p. 69, 75; OCDE, *Mieux légiférer en Europe: Portugal*, 2010, c. 4.

55 Mader, *supra* note 37, p. 31; OCDE, *La réforme de la réglementation en Suisse – La capacité du gouvernement à produire des réglementations de grande qualité*, 2006, p. 42.

canadien, le secret est la règle en ce qui a trait à l'AI des projets de loi⁵⁶; la situation est plus nuancée à propos de l'AI des projets de règlement. Ainsi, le dispositif fédéral prévoit la publication à la *Gazette du Canada* d'un résumé de l'étude d'impact de la réglementation (REIR) en même temps que du projet de règlement; le REIR est de nouveau publié, dans une version éventuellement modifiée, avec le texte définitif du règlement. La Colombie-Britannique prévoit que l'AI relative à un règlement soit rendue publique, mais ne publie pas systématiquement les projets de règlement. L'Ontario et le Québec considèrent qu'il s'agit d'un document «accessible au public», mais n'en prévoient pas la publication, alors même qu'est prévue la publication de projets de règlement⁵⁷. L'Alberta tient un registre public des projets de règlement ayant un effet sur des entreprises, mais ne publie systématiquement ni les projets eux-mêmes, ni l'AI dont ils ont fait l'objet. La Nouvelle-Écosse n'a rien prévu à ce sujet. En revanche, trois des dispositifs constituant l'échantillon européen (Irlande, Royaume-Uni, Suisse) prévoient explicitement la publicité des AI, qu'elles concernent un projet de loi ou un projet de règlement. En Espagne et en France, l'obligation constitutionnelle de joindre une AI à un projet de loi présenté au Parlement implique qu'elle soit rendue publique, mais il n'en va pas de même pour l'AI des autres actes porteurs de normes de portée générale⁵⁸. Au Portugal, une tradition de secret

56 Le dispositif d'AI ne vise les projets de loi que dans trois des provinces comprises dans l'échantillon (Colombie-Britannique, Nouvelle-Écosse, Québec). La législation relative à l'accès aux documents des organismes publics est susceptible de faire obstacle à la divulgation de l'AI, dans la mesure où l'on considère qu'elle renferme une recommandation adressée au gouvernement; voir *B.C. c. Ministre de la Santé et des Services sociaux*, 2010 QCCA 37.

57 Publication prévue par la politique de réglementation pour les projets ayant un impact sur les entreprises, en Ontario; publication systématique, sauf exception, imposée par la *Loi sur les règlements*, L.R.Q. c R-18.1, art.8, au Québec.

58 En Espagne, ni le *Real Decreto*, ni le *Guía metodológica*, *supra* note 21, n'envisagent que l'AI d'un projet de règlement soit rendue publique; voir J. Ponce Solé, «¿Mejores

administratif fait encore obstacle à la publication des AI⁵⁹.

Cette relative frilosité des gouvernements et des administrations est évidemment peu propice à la transparence de l'action publique et à la constitution d'un espace public permettant à l'ensemble des acteurs sociaux de percevoir, d'évaluer et de discuter les justifications de cette action. Elle est cependant corrigée, dans une certaine mesure, par le fait que la réalisation de l'AI d'un projet de loi ou de règlement est souvent accompagnée ou suivie d'un processus de consultation. Tous les dispositifs d'AI reposant sur un énoncé de politique générale prévoient, avec plus ou moins d'insistance, la tenue de consultations dans le cadre même de l'AI ou en concomitance avec elle. Là où le dispositif d'AI est fondé sur des textes de droit positif, on constate que l'autorité responsable d'un projet soumis à l'AI a la faculté (rarement l'obligation) d'entreprendre une consultation du public sur le projet⁶⁰. Une consultation organisée est certes susceptible de favoriser le plein développement du potentiel de légitimation démocratique qu'offre l'AI des projets de loi et de règlement; encore faut-il qu'il s'agisse d'une consultation

normas ? Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial» (2009) 180 Rev. de Administración Pública 201, p. 232. Il en est de même en France dans les *Circulaires supra* note 18; voir OCDE, *Mieux légiférer en Europe: France*, 2010, c. 3 et 4.

59 *Regimento do Conselho de Ministros, supra* note 20, art. 14; voir OCDE, *Mieux légiférer en Europe: Portugal*, 2010, p. 19.

60 Ainsi, en Espagne, l'art. 105 de la Constitution envisage l'audition des citoyens au cours de la procédure d'élaboration des règlements. Le régime général de la procédure administrative (*Ley de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, 30/1992, du 26 novembre 1992, art. 86) prévoit une procédure facultative de consultation du public (*información pública*) préalablement à une décision administrative. Par ailleurs, l'art. 24 de la *Ley del Gobierno, supra* note 21, habilite aussi l'administration à ouvrir une procédure d'audition de citoyens ou de groupements représentatifs directement intéressés, à propos d'un projet de règlement. Ces dispositions favorables sont cependant interprétées restrictivement et très peu utilisées; voir Sánchez Morón, *supra* note 74, p. 205-211 et E. Gamero Casado et S. Fernández Ramos, *Manual Básico de Derecho Administrativo* (5^e éd.) (Madrid: Tecnos, 2008) p. 112.

ouverte, accessible et aussi attentive aux « angles morts » que l'AI elle-même.

2. L'AI COMME FACTEUR D'INTERPRÉTATION DU DROIT LÉGIFÉRÉ

Si par son institutionnalisation en tant qu'étape d'un processus ouvert de production des normes de portée générale, l'AI pourrait contribuer de manière significative à la légitimation matérielle de ces normes, elle pourrait aussi prolonger ses effets jusque dans la mise en œuvre du droit légiféré, en influant sur l'interprétation de celui-ci par les juridictions judiciaires et administratives⁶¹.

À vrai dire, si l'on s'en rapporte à l'état du droit fédéral canadien, cette utilisation de l'AI est déjà beaucoup plus qu'une simple possibilité. La publication systématique, depuis 1986, d'un résumé de l'étude d'impact des règlements fédéraux (d'abord lorsqu'ils sont à l'état de projet, et de nouveau au moment de leur édicition) met à la disposition des plaideurs et des juges un réservoir d'arguments en vue de l'interprétation de ces textes. Ils ont été d'autant plus enclins à s'en servir que pendant la même période se répandait aussi l'utilisation aux mêmes fins d'autres « éléments extrinsèques »: les rapports de commission d'enquête ayant précédé l'adoption d'un texte législatif ou réglementaire⁶² et les travaux parlementaires relatifs à l'examen et au vote d'une loi⁶³.

Ces analogies avec le rapport d'une commission d'enquête ayant éclairé, voire inspiré, le législateur et avec les « travaux

61 Flückiger, *supra*, note 15, p. 89.

62 Comparer sur ce point P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3^e éd.) (Montréal: Thémis, 1999), p. 523-525 et P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat (4^e éd.) (Montréal: Thémis 2009), par. 1558.

63 Comparer de même les p. 538-555 de la 3^e édition et les par. 1579-1595 de la 4^e.

préparatoires» constitués par l'examen parlementaire d'un projet de loi renvoient à la double finalité de l'AI, à la fois informative et justificative. Elles suggèrent fortement qu'il n'est pas illégitime d'envisager que l'AI puisse occuper à l'avenir, dans notre compréhension du processus de production des lois et des règlements, une place aussi «naturelle» que celles qu'occupent aujourd'hui les commissions d'enquête ou les travaux législatifs du Parlement.

Certes, pour occuper cette place, l'AI des projets de loi et de règlement devra être effectuée dans des conditions propres sinon à supprimer, du moins à minimiser, les appréhensions qu'on peut lui opposer sur les plans de l'objectivité et de l'équité. Des études relatives à l'utilisation du REIR dans la motivation de décisions des cours fédérales⁶⁴ et à celle de l'*Impact Assessment* britannique par les tribunaux du Royaume-Uni⁶⁵ se sont fait l'écho de ces appréhensions. On peut craindre en effet que les tribunaux, trop heureux de disposer grâce à l'AI de données apparemment crédibles sur le contexte d'émergence, les objectifs et les modalités d'application du texte qu'on leur demande d'interpréter, fassent un peu trop facilement crédit à l'objectivité et au caractère équitable de ce document.

L'ancienneté relative du dispositif d'AI en droit fédéral canadien permet de penser que l'utilisation que font du REIR les juridictions canadiennes pour interpréter les règlements préfigure ce qui se produira dans les différents pays où se diffuse l'évaluation prospective du droit légiféré. Cette utilisation du REIR canadien ajoute, certes, à la contribution de l'AI à la qualité du droit légiféré. Elle fait en outre apparaître une modalité

64 F. Houle, «Material produzido pelo processo de regulamentação como subsídio extrínseco à interpretação: um estudo do uso do RIAS pela corte federal do Canadá», (2008) 22 *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro* 339..

65 R. Munday, «In the Wake of “Good Governance”: Impact Assessment and the Politicization of Statutory Interpretation» (2008) 71 *Modern Law Review* 385.

particulière de la collaboration entre le Pouvoir exécutif et le Pouvoir juridictionnel dans la phase de mise en œuvre du droit légiféré. Il faut souhaiter cependant que, grâce à l'élargissement de la perspective de l'AI, celle-ci devienne plus attentive aux valeurs d'objectivité et d'équité.

CONCLUSION

La diffusion rapide et le raffinement croissant de l'évaluation prospective des projets de loi et de règlement imposent aux juristes de s'y intéresser. De plus en plus significative pour toutes les phases du processus de production du droit légiféré, l'AI de ces projets apparaît déjà comme la principale technique de la légistique matérielle. Comme les autres instruments de la légistique, l'AI est mise à contribution dans un vaste effort de renouveau du droit et de ses méthodes.

Aujourd'hui au service de l'efficacité économique du droit, bientôt au service de sa légitimité: l'évaluation prospective des lois et des règlements, technique au service des valeurs du droit, est décidément au cœur de la méthodologie juridique.