

La qualité de la règle de droit comme vecteur de croissance

Victor Fabre

Membre de Droit & Croissance et titulaire du CAPA ; Diplômé du DJCE de l'Université Paris II et actuellement étudiant à Sciences Po Paris et à la London School of Economics

Mathieu Kohmann

Membre de Droit & Croissance ; Diplômé de Sciences Po en droit économique et actuellement étudiant à la Harvard Law School (LLM¹⁷)

Mathieu Luinaud

Secrétaire Général de Droit & Croissance ; Diplômé de Sciences Po et de l'École polytechnique (MX2013) en économie et politiques publiques, également diplômé en droit (Paris II ; University of Pennsylvania, LLM¹⁵)

Sophie Vermeille

Présidente de Droit & Croissance et avocate au barreau de Paris

Cette étude constitue le prolongement de la note de Droit & Croissance « Un droit pour l'innovation et la croissance », co-signée par Mathieu Kohmann, Mathieu Luinaud et Sophie Vermeille, publiée en partenariat avec la Fondapol en février 2016.

Introduction

« Nous avons en France plus de lois que le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudrait à régler tous les mondes d'Épiqueure... »¹

Michel de Montaigne

Formulé au XVI^{ème} siècle, le diagnostic de Michel de Montaigne est plus que jamais d'actualité. Il nous interpelle sur un mal bien français : en trente ans, la longueur moyenne du Journal Officiel est passée de 15 000 à 23 000 pages annuelles², alors que la **production normative reste comparativement stable dans la plupart des pays Européens**³. Cette surabondance des normes nuit à leur qualité. Le Conseil d'État, pourtant au cœur de la fabrique du droit en France, reconnaît que le droit qui nous régit est un « **droit mou, un droit flou, un droit à l'état gazeux** »⁴, et que les efforts entrepris au cours des

25 dernières années se sont montrés décevants, aggravant les difficultés à mettre en place un droit de qualité⁵.

Le rôle de la règle de droit n'a pourtant jamais été aussi important dans un monde de plus en plus complexe, dans lequel les échanges se sont démultipliés. La pression sociale et la réputation locale ne permettent plus de garantir le respect de la parole donnée, d'où un recours croissant au juge et au droit. Le rétrécissement du monde accroît en même temps les **risques de crises systémiques** à l'image de la crise des *subprimes* née aux États-Unis. Cette dernière et ses conséquences dramatiques sur « *main street* » rappellent l'importance d'une bonne réglementation financière. Une vigilance accrue des pouvoirs publics pour protéger la population de telles externalités est donc plus que jamais nécessaire. Les questions climatiques et la transition numérique sont d'autres enjeux pour lesquels la réglementation est amenée à connaître une profonde mutation dans un avenir proche et peut contribuer significativement au bien commun – à condition d'être bien pensée. La globalisation et ses effets font par ailleurs de la qualité de la norme un élément stratégique dans la **compétition économique internationale**. On observe par exemple une corrélation entre la dégradation de la règle de droit d'une part, et l'affaiblissement de notre économie ainsi que le recul de notre influence normative dans le monde d'autre part⁶. Récemment, la sortie du Royaume-Uni de l'Union Européenne prédisait un regain d'attractivité de la place financière de Paris. Pourtant, l'efficacité du système juridique anglais au service de la protection des investisseurs⁷ fait qu'un tel mouvement a que peu de chance de se réaliser.

À partir de 1990, le gouvernement a multiplié les mesures visant à remédier à cette dégradation de la qualité de la norme. Programmes, commissions ad hoc et rapports furent ainsi développés avec comme unique objectif l'amélioration de la norme. Tous s'accordèrent sur le constat d'une **dégradation de la règle de droit**, de ses origines (l'inflation normative, usage communicationnel du texte de loi, etc.) à ses remèdes (transparence, évaluation, contrôle, simplification). En dépit de ces efforts, force est de constater que la qualité de la norme n'a connu aucune amélioration ces dernières années, elle s'est même dégradée.

Nous pensons que cette réalité ne résulte pas seulement d'un processus de conception de la norme inefficace, mais également, plus en amont, d'une insuffisante prise en compte conceptuelle de l'importance de l'interaction entre les disciplines économiques et juridiques dans la recherche académique aussi bien que dans la pratique quotidienne par les concepteurs de la norme. Cette étude procède ainsi de deux ambitions : d'une part, **apporter des solutions simples et concrètes** afin de formuler un droit en phase avec son époque, un droit intelligent (« *smart regulation* »), et d'autre part, **alerter sur les faiblesses de la**

* Les auteurs souhaitent adresser leurs remerciements à Fadma Bouharchich et Alexandra Gantier-Hochart pour leur précieuse contribution aux analyses pays du présent rapport, ainsi qu'à Murielle Cagnat-Fisseux, Julien Chartier, Bernard Desolneux, Xavier Jaravel, Lucas Léger et Benjamin Le Pendeven pour leurs relectures.

1 Montaigne, Essais, livre III, chapitre 13 (1580-1588).

2 Conseil d'État, « Rapport public 2006 : Jurisprudence et avis de 2005. Sécurité juridique et complexité du droit », Paris : La Documentation française, 2006.

3 « L'inflation législative, une exception française », Le Figaro, 20 novembre 2007.

4 « Sécurité juridique et complexité du droit », Rapport annuel du Conseil d'État, 2006.

5 « Simplification et qualité du droit », Étude annuelle du Conseil d'État, 2016.

6 « Développer une influence normative internationale stratégique pour la France », Rapport de Claude Revel du 31 janvier 2013 <http://www.lemoci.com/media/rapport-revel-2013.pdf>.

7 V. notamment B. Black, « *The Legal and Institutional Preconditions for Strong Securities Markets* », UCLA Law Review, Vol. 48, pp. 781-855, 2001 ; R. La Porta, F. Lopez de Silanes, et A. Shleifer, et R. Vishny, « *Legal Determinants of External Finance* » January 1997). NBER Working Paper No. 5879.

recherche française aux croisements du droit et de l'économie et ses conséquences sur la qualité de notre droit.

La régulation intelligente, ou « *smart regulation* », se définit comme un ensemble de principes et d'outils qui offrent au législateur les moyens de concevoir la règle de droit la plus efficace au regard des objectifs assignés. Une précision est toutefois nécessaire : **qui dit meilleure qualité de la règle de droit, ne dit pas nécessairement dérèglementation**, surtout dans les secteurs susceptibles de conduire à des externalités importantes, comme évoqué précédemment en matière financière. L'objet d'une *smart regulation* est d'opérer un **renversement dans la « logique normative »**, tant au niveau du contenu de la règle de droit que de son élaboration. S'agissant de son contenu, une norme de qualité satisfait traditionnellement l'objectif de clarté, d'intelligibilité et de sécurité juridique. L'ambition d'une *smart regulation* est d'y **intégrer un impératif d'efficacité au regard de l'objectif fixé par le législateur**. S'agissant de son élaboration, la **norme intelligente recherche la participation de ses bénéficiaires** dans une logique de consensus plutôt que selon un « mode de commandement unilatéral »⁸. La *smart regulation* **offre ainsi au décideur la possibilité de réguler différemment**, par l'élaboration d'une norme de manière plus transparente, par l'évaluation au moyen d'études d'impact, par l'usage de l'expérimentation législative ou enfin par l'utilisation des nouvelles technologies.

Certaines expériences à l'étranger montrent que ces nouveaux outils améliorent grandement la qualité du droit. C'est d'ailleurs l'esprit de ce rapport : s'inspirer, pour partie, des **modèles étrangers les plus performants et les transposer** au système français. Si certains instruments sont d'ores et déjà déployés, à l'instar des études d'impact ou des consultations publiques, d'autres seraient réellement novateurs s'ils étaient introduits en France.

Quels seraient ainsi ces outils à adapter au service d'une meilleure régulation ? Notre étude porte sur trois types d'instruments, poursuivant une triple démarche de rationalisation de la production normative⁹ :

- Une « **démarche méthodique** », fondée sur de nouvelles techniques d'élaboration de la norme au travers notamment des **consultations publiques** et des nouvelles technologies qui permettent une plus grande transparence du processus décisionnel, un engagement plus important des citoyens et experts dans la vie publique permettant de réduire l'asymétrie d'information dont souffre le décideur ;
- Une « **démarche évaluative** » en amont (**les études d'impact**) et en aval (**les clauses de révision**) d'une législation. Celles-ci offrent un double avantage : être à la fois un frein à l'inflation normative par la justification factuelle qu'elle apporte sur l'opportunité d'un projet de loi et un outil d'aide à la décision par l'ensemble des options et alternatives existantes qu'elle propose ;
- Une « **démarche innovante** » fondée sur la recherche dans les sciences nouvelles, comme l'économie comportementale et l'expérimentation, qui proposent des méthodes et solutions audacieuses pour atteindre une finalité particulière.

Dans une première partie, nous établissons un diagnostic de l'utilisation des outils performants au service d'une réglementation intelligente, étayant notre analyse par une **étude de cas : le projet de loi pour une République Numérique**. Nous établissons par ailleurs un lien entre la **faiblesse des outils**

au service d'une réglementation intelligente et le retard de la recherche universitaire française aux croisements du droit et de l'économie.

Dans une seconde partie, nous analysons des **modèles performants existant à l'étranger** pouvant être une source d'inspiration.

Enfin, dans une troisième partie, nous développons des **propositions concrètes** et facilement **applicables**, tant sur les instruments d'ores et déjà utilisés en France que sur des outils plus novateurs. Nous élaborons par ailleurs des recommandations d'ordre général en vue d'améliorer le niveau de la recherche.

Résumé des recommandations

Afin d'améliorer la qualité de la règle de droit, nous préconisons de :

1. Renforcer l'utilisation des consultations publiques :
 - 1.1. En assurant un meilleur accès aux données préalablement recueillies lors des consultations publiques ;
 - 1.2. En élaborant des règles communes en matière de consultation publique ;
 - 1.3. En assurant une publicité efficace des appels à contributions ;
 - 1.4. En garantissant des temps de réponse suffisants aux contributeurs potentiels ;
 - 1.5. En fournissant des accusés de réception aux contributeurs.
2. Promouvoir une culture de l'évaluation tant en amont qu'en aval d'une législation :
 - 2.1. Par un meilleur déploiement des études d'impact dans le temps (évaluations *ex post*, simultanée et *ex ante*) ;
 - 2.2. Par le renforcement de l'exposé des motifs d'un nouveau projet de règle de droit et par l'amélioration de la justification du type de règle de droit choisi ;
 - 2.3. Par l'amélioration de la méthodologie des études d'impact : analyse des coûts et chiffrage d'une nouvelle règle de droit en identifiant des indicateurs d'efficacité robustes ;
 - 2.4. Par l'amélioration de la publication et du potentiel de réutilisation des études d'impact ;
 - 2.5. Par le renforcement du contrôle de la qualité des études d'impact et des sanctions ;
 - 2.6. Par la systématisation des clauses de révision et des clauses de caducité ;
 - 2.7. Par la promotion des évaluations réalisées par des organes externes à l'Administration ;
 - 2.8. Par une meilleure coordination des instances d'évaluation.
3. Améliorer la conception et l'efficacité de la règle de droit, ainsi que l'évaluation de son impact :
 - 3.1. Développer une approche pluridisciplinaire et empirique de la règle de droit, en appliquant notamment les apports de l'analyse économique du droit et de l'économie comportementale (*behavioral economics*) ;
 - 3.2. Se saisir de l'outil de l'expérimentation lors de la conception d'une politique publique ;
 - 3.3. Assurer un meilleur suivi des politiques publiques et de l'efficacité des règles de droit ;
 - 3.4. Encourager la recherche française aux croisements du droit et de l'économie.

8 J.F. Thuot, « Déclin de l'État et formes postmodernes de la démocratie », Revue québécoise de science politique, n° 26, 1994, p. 75-102. <https://www.erudit.org/revue/rqsp/1994/v/n26/040354ar.pdf>.

9 J. Chevallier, « La rationalisation de la production juridique », in *L'État propulsif. Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Publisud, 1991, p. 19. BeginNoIndex.

Partie I État des lieux

Diagnostic

La présente étude **ne peut dresser un état des lieux exhaustif des dysfonctionnements de la fabrique du droit en France**. On attribue la dégradation de la règle de droit à des **raisons multiples et interdépendantes**, à la fois **culturelles** (un légicentrisme français qui voit dans la loi la solution à tout problème), **institutionnelles** (une procédure législative dépassée¹⁰, une recherche faible aux croisements du droit et de l'économie) et **politiques** (usage communicationnel du texte de loi), qui débordent le cadre de cette étude. Les causes sont en effet profondes et historiques ; elles appellent en conséquence à une réforme structurelle d'envergure.

Il reste que des **outils performants** peuvent améliorer rapidement la qualité de la règle de droit dans l'attente d'une réforme fondamentale de nos institutions. L'objet de cette partie est notamment de formuler un diagnostic sur l'usage actuel qui est fait de ces outils.

Les consultations publiques

La consultation publique constitue un **outil de premier plan** d'une politique poursuivant l'objectif d'une réglementation intelligente. Distinguons d'abord les **consultations publiques ouvertes** à l'ensemble de la population (à l'instar de la consultation sur le projet de loi pour une République Numérique¹¹) des **consultations ciblées** aux parties prenantes, enfin des **consultations plus traditionnelles** qui se limitent aux contributions des commissions consultatives et des organisations représentatives.

Réalisée d'une façon appropriée, c'est-à-dire, moyennant une information préalable des citoyens, avec des délais suffisamment longs et par la publication/réutilisation de l'ensemble des contributions, la consultation publique ouverte présente de nombreux intérêts. Celle-ci permet, d'une part, **d'associer citoyens et experts à la vie publique**, en les impliquant davantage dans le processus décisionnel et ainsi de **renforcer la légitimité d'une norme**. La consultation publique accroît, d'autre part, la **transparence** en assurant une **équité d'accès aux décideurs**, jusque-là accessibles seulement par les représentants d'intérêts spécifiques ainsi qu'une plus grande traçabilité du processus décisionnel (par la publication des contributions, elles conservent une « empreinte normative »¹²). Enfin, elle ouvre, selon une **approche non discriminante**, le débat à des cercles d'experts à la pensée non conventionnelle qui sont, très souvent, exclus des procédures de consultation.

La consultation publique évite en conséquence l'écueil classique opposant expert et citoyen. Jacques Theys¹³ y trouve une « *alternative au despotisme éclairé, c'est à dire la délégation de pouvoirs aux experts ; et le refuge dans « le tout est politique », qui conduit de fait à abandonner toute prétention à la rationalité* ». La consultation ouverte **concilie** au contraire

10 Pierre Avril, « L'exercice de la fonction législative souffre en France de plusieurs maux, généralement résumés à travers leur manifestation la plus visible, la prolifération des normes, avec son cortège : l'encombrement de l'agenda parlementaire, la précipitation et le désordre dans l'examen des textes et, finalement, leur médiocre qualité. » Pierre AVRIL - Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel.

<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-32/premier-bilan-de-la-reforme-de-la-procedure-legislative.99059.html>.

11 <https://www.republique-numerique.fr>.

12 Terminologie utilisée par Transparency France – voir notamment https://www.transparency-france.org/wp-content/uploads/2016/04/propositions_de_transparence_france_sur_la_transparence_de_la_vie_publique_fevrier_2015.pdf.

13 Jacques Theys, « L'expert contre le citoyen » http://lara.inist.fr/bitstream/handle/2332/1602/XX_CNE-Prospective_001413.pdf?sequence=3.

intelligence collective et expertise scientifique sans donner la prééminence à l'un ou l'autre en particulier. Elle offre ainsi un cadre idéal pour un échange riche entre l'administration, professionnels, organismes représentatifs et citoyens.

À l'inverse, la **consultation concentrée** sur les parties prenantes apparaît plus optimale sur des domaines plus techniques où une **expertise particulière est requise**. La méthode ouverte de consultation publique n'est en effet pas transposable à tout projet de réforme. Jean Tirole et Eric Maskin, dans leur article « *The politician and the judge : accountability in Government* », énoncent les conditions dans lesquelles la décision devrait être prise par un pouvoir technocratique (i.e. où la consultation publique ouverte aux citoyens n'est pas optimale)¹⁴. Lorsque la décision **nécessite un niveau élevé d'information** (difficilement accessible au public), présente une technicité particulière, ou lorsqu'une « tyrannie de la majorité » est probable, le niveau technocratique devient l'échelle la plus pertinente. Toutefois, il demeure primordial dans ce contexte **d'associer à ces consultations un panel large et ouvert d'experts**, dépassant ainsi le champ des parties récipiendaires du texte ou potentiellement affectés par celui-ci.

Si l'on compare l'utilisation des consultations publiques dans les pays membres de l'OCDE, il apparaît que **la France n'a pas su saisir pleinement les opportunités qu'offre cet outil**¹⁵. En effet, une **tradition de gouvernance top-down et corporatiste** perdue en France : l'administration a tendance à considérer qu'elle est dans son rôle lorsqu'elle impose une décision, prise de manière unilatérale, au citoyen ou à l'entreprise. L'absence en droit français de **principe général de participation des citoyens** à la prise de décision publique – avec ses encadrements nécessaires dans un souci d'efficacité – est révélateur de cette culture. Il est vrai toutefois qu'il existe en France un droit des citoyens à l'information leur permettant d'exercer une fonction de contrôle.

Cette **résistance culturelle** vis-à-vis des consultations publiques se traduit de plusieurs manières :

- 1- Le processus consultatif repose traditionnellement en France sur la **consultation d'organismes dédiés ou représentatifs** (à l'instar des organisations professionnelles ou des commissions consultatives) et non sur des formes plus ouvertes dirigées vers tous les citoyens. L'OCDE remarque que la France dispose d'un **nombre pléthorique de commissions consultatives à l'efficacité discutable**¹⁶.
- 2- Les consultations publiques sont **réalisées** suivant une **méthodologie variable**. Les ministères disposent d'une grande marge de manœuvre en ce qui concerne le traitement des retours de consultations publiques, leur calendrier, la publication des positions exprimées ainsi que la sélection des parties consultées. La conception de lignes directrices claires serait de nature à améliorer le fonctionnement et l'efficacité des consultations publiques.
- 3- **Les consultations ne font pas suffisamment appel aux nouvelles technologies**. Les « *civic tech* », faisant du numérique l'instrument de la vitalité démocratique, restent à ce jour le fruit des seules initiatives privées. Plusieurs **outils numériques de participation ou d'interpellation citoyenne** développés pour l'heure par la seule société civile, pourraient être réappropriés et institutionnalisés. Dans l'Union Européenne et aux États-Unis par exemple, les

14 Jean Tirole et Eric Maskin, « The politician and the Judge », *The American Economic Review*, Vol. 94, N°4, Septembre 2004 http://scholar.harvard.edu/files/maskin/files/the_politician_and_the_judge.pdf.

15 OCDE, « Mieux Légiférer en Europe », France, 2010. Chapitre 3 – p.71, <https://www.oecd.org/fr/gov/politique-reglementaire/45268986.pdf>.

16 OCDE, « Mieux Légiférer en Europe », France, 2010, <https://www.oecd.org/fr/gov/politique-reglementaire/45268986.pdf>.

pétitions en ligne lorsqu'elles excèdent un certain seuil obligeant l'exécutif ou le législateur à se saisir du sujet¹⁷.

- 4- En pratique, l'impact des contributions citoyennes dans la décision prise en définitive par le décideur reste limité. Il en résulte une **défiance des citoyens à l'égard de ce système** et une faible participation aux consultations publiques. Cette défection se traduit concrètement par un manque de représentativité de la part des contributeurs. Comme l'indiquent Charles de Marcilly et Matthias Touillon, « *le processus de consultation est clairement dirigé vers les parties prenantes classiques* » (à l'instar des ONG, entreprises, fédérations, syndicats et association) qui disposent d'une expertise et non vers le citoyen¹⁸. Par ailleurs, les citoyens accueillent en effet avec méfiance l'usage d'une consultation publique parce qu'elle apparaît souvent comme une **stratégie de légitimation d'une décision déjà prise**.

Toutefois, l'OCDE relève d'importantes améliorations au cours des dix dernières années¹⁹. Le phénomène de décentralisation, le développement des nouvelles technologies ainsi que les préoccupations de la société civile envers les enjeux environnementaux ont conduit les citoyens à vouloir s'engager pleinement dans la vie publique. La modernisation du processus consultatif se traduit par le **développement timide du recours aux consultations ouvertes sur Internet**. À cet égard, la consultation citoyenne sur Internet lors de l'élaboration du projet de loi pour une République Numérique fut un succès, à telle enseigne que plusieurs parlementaires se sont mobilisés pour rendre les consultations publiques obligatoires préalablement à un projet de loi²⁰. La rénovation entamée passe également par la **rationalisation du nombre de commissions consultatives**. Cette démarche est déjà amorcée puisqu'en 2009, 40 % des commissions consultatives ont été supprimées.

Si ces avancées significatives témoignent d'un réel effort de l'administration, de nombreux éléments restent encore à moderniser, en particulier concernant l'utilisation des nouvelles technologies, l'élaboration d'une méthodologie claire et la systématisation de cette procédure.

L'évaluation ex ante d'une législation : les études d'impact

Selon l'OCDE, l'étude d'impact est « *une méthode consistant à examiner systématiquement les impacts potentiels* » d'une réglementation existante ou à venir. Elle peut recourir à plusieurs méthodologies, à savoir une analyse coûts/avantages ou une analyse coûts/efficacité²¹. Grâce à cet instrument, le décideur peut **évaluer les conséquences prévisibles** d'un nouveau texte et **justifier son efficacité** pour répondre à une problématique juridique, économique ou sociale. Dans sa forme la plus aboutie, l'étude d'impact analyse toutes les conséquences positives et négatives d'une règle de droit ou d'une politique publique et **prend en compte l'ensemble des solutions alternatives** envisageables pour atteindre le ou les objectifs définis par les responsables politiques ou administratifs. L'étude

d'impact permet ainsi de **procéder à des choix équilibrés**, tout au long du processus d'élaboration de la règle de droit.

Les pratiques étrangères montrent que l'étude d'impact demeure un instrument fondamental dans la mise en place d'une politique de réglementation intelligente. C'est pourquoi, **dès les années 90, le gouvernement français a eu recours aux études d'impact** en systématisant son utilisation par une circulaire du Premier ministre du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics²². L'aboutissement de cette révolution dans la culture administrative fut **consacré lors de loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009**²³. Les articles 8 à 12 obligent désormais le gouvernement à joindre une étude d'impact préalablement à la plupart des projets de loi tout en prescrivant son contenu et des organes de contrôle.

Or, malgré l'existence d'un **cadre juridique contraignant depuis 1995**, cet outil n'a manifestement pas produit les résultats escomptés. Les bienfaits annoncés de cet instrument, i.e. être à la fois un frein à l'inflation législative et un outil d'aide à la décision, **n'ont pas permis d'enrayer l'inflation législative**, ni la dégradation de la qualité de la norme. En effet, l'étude d'impact est perçue en France avant tout comme une « *contrainte supplémentaire de nature purement procédurale* »²⁴ plus que comme un outil d'aide à la décision.

Le rapport *Sustainability Governance Indicators*²⁵ 2015 de la plus importante fondation privée allemande, la Bertelsmann Stiftung, porte un jugement sévère sur les **études d'impact en France**. Celles-ci ne sont pas mises en place de manière systématique et, lorsqu'elles le sont, leurs qualités restent très **superficielles**. La Bertelsmann Stiftung attribue en conséquence une note globale de 3,3 sur 10 à l'administration française, cette note reposant sur des critères d'utilisation, de qualité et de contenu des études d'impact. En comparaison, le Royaume-Uni a une note égale à 9 et l'Allemagne une note égale à 8,3.

Quatre reproches fondamentaux sont adressés à la France :

1 – Les études d'impact en France sont en général **préparées par les parties intéressées**, ce qui réduit fortement leur utilité et leur qualité. Les études d'impact sont en effet réalisées par ceux qui sont chargés de l'élaboration de la norme. En pratique, le contenu de ces études tendrait à **soutenir un certain activisme législatif** ou réglementaire et ne soumettrait pas suffisamment les nouvelles mesures proposées à un test de nécessité. « *Il est facile à une administration de choisir le sens qu'elle veut donner à une telle étude. Le risque existe que, par l'intermédiaire de son administration, le Gouvernement fasse passer dans l'étude d'impact une voix officielle, qui, quelque contestable qu'elle soit, sera très difficile à combattre lors de l'examen du projet de loi.* »²⁶ redoutait, dès 2009, Claude Goasgen.

17 Rapport d'auto-évaluation à mi-parcours du Plan pour la France 2015-2017 « *Pour une action publique transparente et collaborative* » https://suivi-gouvernement-ouvert.etalab.gouv.fr/fr/suivi-plan-ogp-2015-2017_fr.pdf

18 Fondation Robert Schuman, « Programme 'Mieux légiférer' : l'expertise surpasse-t-elle le politique ? » Question d'Europe n°370.

19 OCDE, « Mieux Légiférer en Europe », France, 2010. Op. Cit.

20 Proposition de loi organique N° 3686 de M. Patrice Martin-Lalande, <http://www2.assemblee-nationale.fr/documents/notice/14/propositions/pion3686/%28index%29/depots>.

21 *ibid* 15.

22 Circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000737464>.

23 Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000020521873>.

24 « Pour une meilleure qualité de la réglementation », Rapport de Dieudonné Mandelkern de Mars 2002 <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/044000158.pdf>.

25 Rapport Bertelsmann Stiftung sur les Indicateurs pour une gouvernance durable, http://www.sgi-network.org/docs/2015/country/SGI2015_France.pdf.

26 Rapport relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, par M. Jean-Luc Warsmann de Janvier 2009 <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1375.asp>.

En effet, comme l'indique Bertrand-Léo Combrade, il demeure illusoire de penser qu'une étude « *pourra systématiquement intervenir avant tout arbitrage compte tenu de la coïncidence très fréquente entre la fixation d'un objectif de politique et les contraintes du calendrier politique* »²⁷.

L'étude d'impact réalisée lors du projet de loi relatif à la garde à vue démontre ce risque de faire d'une étude d'impact un **plaidoyer pro domo**. Les chiffres fournis dans l'étude d'impact présentaient la réforme comme ayant un effet « *nul en termes de ressources humaines et sur les services d'enquête* »²⁸ selon des données de la DGPN. En d'autres termes, il était soutenu que la réforme de la garde à vue, qui pourtant alourdit la procédure, ne nécessiterait aucun moyen humain supplémentaire. Compte tenu du scepticisme de nombreux parlementaires et du président de la commission des lois de l'Assemblée, un député enquêta et démontra que les chiffres n'avaient pas été produit par la DGPN comme il était indiqué, mais en réalité par le Ministère de la Justice en charge du projet²⁹... Comme l'indique Bertrand-Léo Combrade : « *les données chiffrées apportées par les études d'impact peuvent être un moyen pour le gouvernement de renforcer la légitimité de ses textes en les parant du sceau de la scientificité* »³⁰.

Ce **manque d'impartialité** dans la rédaction d'une étude explique que les parlementaires de l'opposition soient réticents à se saisir des informations produites par l'étude d'impact. Cette réticence explique dès lors que les études d'impact soient peu réutilisées dans les débats parlementaires.

2 – L'examen des études d'impact réalisées ces dernières années a également mis en évidence une **indéniable accélération dans le travail législatif**. Les rédacteurs des études disposent en conséquence de **trop peu de temps pour bâtir un rapport de qualité** malgré les recommandations de l'OCDE qui préconisent la réalisation d'une étude d'impact « *le plus en amont possible dans le processus de décision* »³¹.

À titre d'exemple, le comité d'experts indépendants constitué, selon une approche assez inédite en France, pour évaluer la loi pour la Croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « Loi Macron »), a disposé de moins d'un mois pour rendre son rapport. Le comité d'experts n'étant pas rémunéré pour cette tâche, il était dès lors difficile d'imaginer que ses membres se mobilisent à plein temps afin de remplir sa mission dans les délais impartis. Le comité a toutefois pu faire appel à des bénévoles et aux employés de France Stratégie (think tank public) pour procéder à ses travaux techniques et empiriques d'évaluation. On notera par ailleurs, que la commission spéciale de l'Assemblée Nationale n'a pas jugé bon d'auditionner au moins un des membres de ce comité d'experts, à l'instar de la commission sénatoriale en charge du dossier.

3 – Les études d'impact ne sont **pas révisées en fonction des modifications**, parfois fondamentales, apportées au projet de loi lors des travaux parlementaires. L'étude d'impact réalisée à l'origine de la loi devient en effet très vite **caduque à la suite des nombreux amendements** apportés au projet de loi. A cet égard, le Conseil constitutionnel refuse de censurer les dispositions d'une loi, intégrées par voie d'amendements, qui n'ont pas fait l'objet d'une étude d'impact préalable.

27 Bertrand-Léo Combrade, « À qui profite l'étude d'impact ? », Communication pour atelier n°6 : aspects institutionnels nationaux <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN6/combradeT6.pdf>.

28 « Étude d'impact du projet de loi relatif à la garde à vue », 12 octobre 2010, <http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl2855-ei.asp>.

29 Assemblée Nationale, JORF, mercredi 6 avril 2011 séance, compte-rendu intégral, séance du mardi 5 avril 2011, p. 2313.

30 Ibid 23, <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN6/combradeT6.pdf>.

31 OCDE, « Mieux Légiférer en Europe », France, 2010. Chapitre 3 – p 71 <https://www.oecd.org/fr/gov/politique-reglementaire/45268986.pdf>

La procédure d'adoption (et d'élaboration) de la « Loi Macron » est symptomatique des limites de l'usage en France des instruments d'amélioration de la qualité de la règle de droit. Lors de l'examen de la constitutionnalité de la loi devant le Conseil constitutionnel, certains députés auteurs de la saisine ont souligné que l'obligation de soumettre une étude d'impact dans les formes avait été contournée du fait de la présentation par le Gouvernement de nombreuses dispositions sous forme d'amendements durant les débats parlementaires. Les amendements ont en effet privé l'étude d'impact présentée devant le Conseil d'État de sa pertinence. La préparation d'une nouvelle étude d'impact, analysant le texte final de la loi, aurait été nécessaire afin de mesurer l'impact des nombreux amendements – adoptés durant les débats parlementaires – sur la cohérence de la loi même, sur d'autres dispositions issues de lois précédentes, etc.

Par conséquent, la « *capacité de l'étude d'impact à nourrir les débats en commission et en séance reste très limitée lors de l'examen d'un projet de loi, faute de mise à jour au cours du processus législatif* »³².

4 – Comme évoqué précédemment, la qualité des études d'impact est soumise à un **double contrôle**. Force est de constater toutefois que celui-ci demeure pour le moins **superficiel**. En principe, le Conseil d'État dans un premier temps, puis la Conférence des Présidents, dans un second temps, peuvent bloquer la procédure s'ils estiment que les prescriptions de la loi organique sont méconnues. Le Conseil d'État peut refuser l'examen du texte par la chambre saisie ; la Conférence des Présidents peut refuser son inscription à l'ordre du jour. En pratique, ces organes **ne disposent pas des moyens nécessaires pour apprécier la qualité des études**. D'une part, la Conférence des présidents doit se prononcer dans un délai de dix jours, délai qui ne permet pas d'étudier de façon complète des études souvent d'une centaine de pages. D'autre part, la composition de la Conférence des présidents « *reproduit la configuration politique de l'assemblée par système de pondération des voix* ». Le **fait majoritaire rend donc improbable toute confrontation** entre une majorité parlementaire et son gouvernement. C'est la raison pour laquelle, à ce jour, les institutions de contrôle n'ont fait usage de ce pouvoir qu'une seule fois (décision 2014-12 FNR du 1^{er} juillet 2014 du Conseil Constitutionnel³³.)

Aussi, on comprend aisément que les griefs formulés par Dieudonné Mandelkern dans son rapport d'avril 2002 sur la mise en œuvre des études d'impact en France soient toujours autant d'actualité. Ce dernier pointait déjà à l'époque que si des études d'impact étaient réalisées, leur contenu était « *de densité et de qualité inégale et souvent insuffisant pour éclairer utilement la décision, ou la remettre en cause* » et que leur commande tardive, après arbitrage, rendait l'étude inutile dans le processus de décision³⁴.

L'évaluation ex-post d'une législation : les clauses de révision et rapport d'évaluation

L'évaluation ex-post des législations consiste à contrôler d'une manière rétrospective « l'adéquation de la législation avec la

situation qu'elle régit »³⁵. Cette tâche est d'importance, tant les effets à long terme d'une norme restent souvent incertains au moment de sa mise en œuvre. L'évaluation ex-post doit être distinguée du suivi, qui consiste à contrôler la collecte des données sur les effets d'une législation donnée ou si le calendrier de publication des dispositions réglementaires d'application d'une loi a été respecté.

L'analyse rétrospective d'une législation présente de multiples avantages. Elle permet, entre autres, d'enrayer l'inflation législative, en proposant l'abrogation de certaines normes inutiles ou inefficaces, de rationaliser l'élaboration des politiques publiques par l'introduction de critères d'efficacité mais également de renforcer la transparence de l'action publique.

L'examen *a posteriori* d'une législation peut être prévu dès l'origine, grâce à l'insertion de clauses de révision dans les textes ainsi que des clauses prévoyant l'obligation de produire un rapport d'évaluation ou d'application. Une clause de révision est une disposition, intégrée dans une législation, qui prescrit une évaluation des effets de celle-ci à l'expiration d'un délai déterminé. Dans certains pays, la clause de révision est conjuguée avec une clause de caducité qui contraint le Parlement à procéder à une révision de la loi à l'issue d'un certain délai, sous peine d'une abrogation automatique du texte.

Ces outils sont déjà fréquemment utilisés en France. Cette culture de l'évaluation des politiques publiques, d'inspiration américaine, s'institutionnalise avec le Gouvernement Rocard qui en fit le cœur de sa politique de modernisation de l'action publique. La loi d'orientation sur les lois de finances de 2001 consacre cette nouvelle culture de l'évaluation à travers l'établissement d'objectifs de dépense publique, des procédures de *reporting* et des indicateurs chiffrés. Le développement d'une culture de l'évaluation se traduit également par une diversification des instances d'évaluation. Au-delà des autorités classiques (corps d'inspection, Cour des comptes, Secrétariat Général du Gouvernement), plusieurs instances ont désormais pour mission l'évaluation des politiques publiques. A titre d'exemple, le Parlement a depuis la réforme constitutionnelle de 2008 comme nouvelle mission l'évaluation des politiques publiques (article 24 de la Constitution).

La pratique française de l'évaluation présente toutefois certains défauts. On mentionnera notamment une utilisation non-systématique des clauses de révision, un non-respect des délais de révision lorsque celles-ci sont introduites et un manque de cohérence dans la démarche évaluative.

On observe tout d'abord qu'à l'inverse de l'Allemagne ou du Royaume-Uni, les clauses de révision ne sont pas déployées de manière systématique. S'agissant des clauses de caducité, celles-ci sont en règle générale rarement intégrées, seulement lorsque le sujet traité est particulièrement sensible (dans le domaine de la bioéthique par exemple).

Par ailleurs, ces clauses demeurent peu contraignantes, en comparaison avec les exemples étrangers. En effet, les délais prévus dans les clauses sont souvent ignorés par le législateur. Par exemple la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal prévoyait une évaluation ainsi qu'un nouvel examen du Parlement « dans un délai de 5 ans après son entrée en vigueur » (article 21 du projet). Il fallut attendre 10 années pour le projet de loi soit finalement réexaminé. Ce non-respect des délais tranche avec la pratique des autres pays européens.

35 Mission de la Conférence des Présidents sur la simplification législative, « Mieux Légiférer, Mieux Evaluer » Régis Juanico, Laure de la Raudière. <http://www.assemblee-nationale.fr/14/rap-info/i2268.asp>.

Enfin, comme le souligne le Conseil Économique, Social et Environnemental (CESE) « la cohérence de la démarche évaluative est indispensable compte tenu de la pluralité des acteurs réalisant des évaluations »³⁶. La multiplication des évaluations sans coordination conduit à une certaine cacophonie, qui de fait amoindrit l'impact de ces évaluations sur le décideur.

Illustration : le projet de loi pour une République Numérique

L'élaboration du projet de loi pour une République Numérique constitue un **exemple caractéristique de la fabrique du droit en France**. Celle-ci met en lumière autant la **capacité du gouvernement à innover** dans sa méthode de production législative (au travers de la consultation publique ouverte en ligne par exemple) **que ses travers persistants**, à savoir l'élaboration d'une étude d'impact partielle et partielle, une obsession pour la réglementation et enfin une évaluation superficielle de l'impact des dispositions envisagées sur les acteurs économiques.

La consultation des citoyens

Le projet de réforme a fait l'objet d'un **processus d'élaboration ouvert qui reste à ce jour inédit**. Suivant une **logique de co-construction**, le gouvernement a procédé en amont du projet à des concertations et une consultation publique en ligne. Une méthode originale qui a été saluée par l'ensemble des parties prenantes.

Le gouvernement a ainsi mis en place une consultation publique du 16 septembre au 18 octobre 2015. Près de **21 000 participants** provenant d'horizons différents (société civile, milieu associatif, entreprises) ont publié 8 500 contributions. **Le gouvernement est intervenu dans la consultation comme médiateur** en apportant des précisions juridiques et en délimitant le champ des possibles (eu égard notamment aux engagements internationaux pris par la France). À l'issue de la consultation, **le projet initial a été enrichi par les contributions des citoyens**. Le gouvernement a ainsi intégré 90 contributions et ajouté 5 articles directement issus de la consultation³⁷. Outre la **réappropriation des enjeux numériques** par les citoyens, cette consultation a permis de mettre en lumière les arguments des groupements d'intérêts, qui agissent souvent dans une certaine opacité.

L'inventaire des propositions ajoutées rappelle toutefois que le **gouvernement s'est limité à l'inclusion de contributions mineures**. Les propositions importantes et plébiscitées par les internautes comme l'obligation de logiciel libre dans l'administration³⁸, la suppression des boîtes noires légalisées par la loi sur le renseignement, ou encore le domaine commun informationnel, n'ont pas été retenues dans le projet. La consultation publique a néanmoins permis la constitution d'un vivier d'idées pour les parlementaires. De fait, ceux-ci ont été

36 Nasser Mansouri-Guilani, « Promouvoir une culture de l'évaluation des politiques publiques », Avis du CESE, Septembre 2015.

37 Dossier de Presse, Projet de loi pour une République Numérique, <https://www.republique-numerique.fr/media/default/0001/02/da09b380f543bfab2d13da7424cec264dc-a669c6.pdf>.

38 Contribution qui entend donner la priorité aux logiciels libres et aux formats ouverts dans le service public national et local, Consultation publique, <http://www.republique-numerique.fr/projects/projet-de-loi-numerique/consultation/consultation/opinions/section-3-loyaute-des-plateformes/donner-la-priorite-aux-logiciels-libres-et-aux-formats-ouverts-dans-le-service-public-national-et-local>

nombreux à porter par voie d'amendement les contributions non intégrées au projet³⁹.

L'étude d'impact

L'étude d'impact se structure pour chaque article en quatre parties : état des lieux, objectifs poursuivis, nécessité de légiférer et analyse des impacts des dispositions envisagées⁴⁰.

Si l'état des lieux et les objectifs poursuivis sont **suffisamment détaillés**, la **nécessité de légiférer** et l'**analyse des impacts** font en revanche l'**objet de développements trop sommaires**.

La nécessité de légiférer

Les sections relatives à la nécessité de légiférer **n'insistent pas suffisamment sur l'importance de la cohérence des dispositions envisagées** avec les **réformes entreprises à l'échelle nationale et européenne**. L'étude d'impact doit à cet égard mettre en garde le législateur contre la multiplication des véhicules législatifs pour un même objectif de réforme. Le titre I du projet de loi portant sur la circulation des données est déjà en partie traité dans la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République qui légifère sur la diffusion des données publiques et la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 couvrant la gratuité des données publiques. De même, la question de la loyauté des plateformes est en partie couverte par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 (concernant les comparateurs) et la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 (concernant les *marketplaces*) pour laquelle le décret d'application n'a toujours pas été publié⁴¹.

Au **niveau européen**, le **projet de réforme entend légiférer sur des sujets actuellement en discussion** ou en cours de finalisation, comme le règlement sur la protection des données personnelles, le projet de réforme de la directive droit d'auteur ou le projet de règlement « *Continent Connecté* ».

L'impact des réformes envisagées

L'impact des réformes envisagées sur les entreprises se limite en règle générale à des **projections abstraites, sans évaluation des coûts**, ni des **incidences sur la compétitivité des entreprises**, ni de la faisabilité des mesures. À titre d'exemple, l'étude d'impact sur des dispositions pourtant fondamentales du projet de loi comme la loyauté des plateformes et la neutralité du Net expose en deux paragraphes seulement les impacts de ces mesures sur les entreprises. De la même manière, la mesure portant sur la portabilité des données, qui dépasse très largement le cadre fixé par le droit de l'Union, présente des fonctionnalités à la charge des fournisseurs de services dont l'étude d'impact n'évalue pas avec précision le coût.

Ces critiques sont relayées par plusieurs avis au projet de loi, à l'instar de celui formulé par le Conseil d'État et de la Commission Supérieure du Service Public des Postes et des Communications Électroniques⁴². Le Conseil d'État déplore par exemple le fait que l'étude d'impact « *n'[ait] pas suffisamment approfondi les incidences des mesures prévues par le texte* »⁴³.

39 Amendement AC13 déposé à l'Assemblée Nationale portant sur le domaine commun informationnel, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/3318/CIION-CEDU/AC13.asp>.

40 Étude d'impact au projet de loi publié le 9 décembre 2015, http://www.legifrance.gouv.fr/content/download/9558/114488/version/1/file/e_i_republique_numerique_cm_09.12.2015.pdf.

41 Échéancier de mise en application de la loi du 6 août 2015, https://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOL_E000029883713&type=echeancier&typeLoi=&legislature=14.

42 Avis du 26 novembre 2015 de la Commission Supérieure du Service Public des Postes et des Communications Électroniques, <http://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/Avis06.2015.pdf>.

43 Avis Consultatif du Conseil d'État du 9 décembre 2015, <http://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/Avis06.2015.pdf>.

De même, le Conseil d'État note que l'étude d'impact n'évalue pas suffisamment le coût de chacune de ces mesures pour l'État.

L'inadaptation de l'étude d'impact

Plusieurs dispositions greffées au projet de loi par voie d'amendements **n'ont pas fait l'objet d'une étude d'impact** alors même qu'elles peuvent avoir une influence considérable sur l'économie numérique. Il s'agit en particulier de l'amendement n° 307 introduisant une obligation de diligence des acteurs de l'Internet en matière de contrefaçon⁴⁴, l'amendement n° 473 interdisant tout transfert de données vers un État tiers⁴⁵ et l'amendement n° 113 *bis* sur la concurrence des moteurs de recherche⁴⁶. En présence de tels amendements, adoptés par les chambres, il semble **nécessaire de diligenter une mission d'expertise** indépendante afin d'en déterminer les incidences probables.

C'est d'ailleurs **ce qu'a réalisé le gouvernement à la suite de l'amendement sur la fouille de textes et de données** au cours des débats à l'Assemblée Nationale⁴⁷. Il a confié une mission de concertation et de proposition pour faciliter le développement du recours en France aux technologies de fouille et d'exploration de textes et de données⁴⁸. Ce procédé doit être systématisé en présence d'amendements modifiant profondément l'équilibre du texte, non seulement pour vérifier l'incidence probable de la mesure, mais également afin d'éclairer les parlementaires sur les enjeux de la disposition.

En outre, **l'étude d'impact renvoie à des études étrangères pour l'analyse des incidences de la mesure envisagée**. Sur l'article 17 du projet de loi portant sur l'*open access* des publications scientifiques financées en partie par des fonds publics, le rapporteur pour avis au projet de loi, Bruno Sido, a pourtant remarqué que l'utilisation d'études scientifiques étrangères ne permettait pas de tirer des conclusions solides⁴⁹. Ces **études sont en effet difficilement transposables** au marché de l'édition scientifique française qui présente plusieurs singularités (en particulier à cause du nombre de ses acteurs et de leurs modestes tailles). Il est par ailleurs étonnant de constater que sur l'analyse de ce même article, l'étude d'impact cite les législations étrangères⁵⁰ sans détails ni analyse approfondie.

Une objectivité contestable

Le manque d'objectivité de l'étude d'impact a été souligné. Réalisée par le ministère en charge du projet de loi, l'étude d'impact n'offre pas de garantie d'indépendance suffisante. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle **fut peu utilisée comme base de travail lors des discussions parlementaires**. Les entreprises ont par exemple accueilli avec une suspicion légitime l'analyse de l'article 12 du projet de loi portant sur la transmission à la statistique publique sous forme électronique d'informations présentes dans certaines bases de données d'organismes privés⁵¹. Cette disposition attribue en effet à l'État

44 http://www.senat.fr/amendements/2015-2016/535/Amdt_307.html.

45 http://www.senat.fr/amendements/2015-2016/535/Amdt_473.html.

46 https://www.senat.fr/enseance/2015-2016/535/Amdt_113.html.

47 <http://www.assemblee-nationale.fr/14/amendements/3399/AN/180.asp>.

48 <http://www.culturecommunication.gouv.fr/Presse/Communiqués-de-presse/Mission-confiée-a-Charles-Huot-pour-faciliter-le-recours-a-la-fouille-et-l-exploration-de-textes-et-de-donnees>.

49 Avis Rapporteur Commission des Affaires Économiques du Sénat Bruno Sido, <http://www.senat.fr/rap/a15-528/a15-528.html>.

50 Étude d'impact, p. 52.

51 http://www.ffttelecoms.org/sites/ffttelecoms.org/files/contenus_lies/151_0_22_reponses_ffttelecoms_a_la_consultation_pjl_republique_numerique.pdf.

un nouveau droit sur l'entreprise alors que l'étude d'impact est réalisée par l'autorité publique elle-même.

Les débats parlementaires

Plusieurs observations peuvent être faites à l'occasion des discussions parlementaires : d'une part, une **précipitation injustifiable** au regard de l'importance du projet et du manque d'expertise des parlementaires et, d'autre part, **l'indifférence des parlementaires pour les projets de réglementation entrepris à l'échelle européenne**.

Une précipitation difficilement justifiable

Bien que l'ambition du projet soit de réformer en profondeur le numérique et que ce projet ait été en gestation depuis plus de deux ans, le gouvernement a décidé de **s'engager dans une procédure accélérée**. Ladite procédure réduit l'examen du texte à une seule lecture par chaque chambre. Or, la complexité propre au domaine en question requiert au contraire un examen long et approfondi. Les parlementaires, souvent dépourvus de l'expertise nécessaire, ne peuvent apprécier en un mois seulement les éléments techniques du projet. La qualité des débats s'en est inévitablement ressentie à l'Assemblée Nationale. En outre, en dépit de l'abondante documentation (rapport du CNNum, avis du Conseil d'État, avis de la CNIL et de l'ARCEP, etc.) l'absence d'une véritable étude d'impact rend toute appréciation des textes difficiles. Le **manque de temps peut en partie expliquer le caractère inachevé de l'étude d'impact**. Les rédacteurs n'ont en effet disposé que de deux mois entre la fin des consultations et la publication de l'étude d'impact.

Le manque d'anticipation des réformes européennes

Le gouvernement entend, sur de nombreux aspects, **légiférer sur des domaines qui relèvent de la compétence de l'Union Européenne**. Le gouvernement entend de cette manière influencer les décisions prises au niveau européen mais également pallier la supposée lenteur de son processus législatif, jugé inadapté face à l'évolution constante du monde du numérique. L'impatience du législateur à l'échelle nationale conduit cependant à une fragmentation de la réglementation ainsi qu'à une insécurité juridique, dommageable pour les acteurs du numérique. De nombreuses dispositions incluses dans le projet de loi devront probablement être corrigées ultérieurement du fait de leur incompatibilité avec le droit de l'Union européenne.

L'exemple de l'amendement sur la fouille de textes et de données est particulièrement révélateur. La fouille de textes et de données permet aux chercheurs d'obtenir, par l'automatisation des recherches, des résultats inaccessibles par des méthodes manuelles. L'objet de l'amendement est d'introduire une nouvelle exception au droit d'auteur afin de permettre aux chercheurs de télécharger une quantité importante de données sans demander à chaque fois l'autorisation du propriétaire de la base de données. Or, l'introduction de nouvelles exceptions au droit d'auteur est strictement interdite par la Directive 2001/29/CE portant sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information⁵². Si, à ce jour, le projet de réforme de la directive envisage l'introduction d'une nouvelle exception pour la fouille de textes, aucune certitude n'existe sur son adoption. Dans l'attente d'une modification du droit européen, l'amendement voté viole les dispositions du droit européen.

Un projet de loi révélateur des maux français

52 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32001L0029>.

Au-delà des analyses portant sur la conception du projet, le contenu des dispositions envisagées dans le projet semble révéler une certaine **défiance** voire une crainte à **l'égard du numérique**. Au lieu d'être perçu comme un levier de croissance, les parlementaires rappellent la nécessité de « **se protéger** » du numérique. Selon Gilles Babinet, la France bâtit ainsi une « ligne Maginot »⁵³, **ignorant les stratégies d'évitement qu'offre le numérique**.

Or, si la **révolution numérique questionne la souveraineté des États, elle présente également un défi pour notre fabrique du droit**. Nicolas Colin, entrepreneur et rapporteur du Rapport sur la fiscalité du numérique, rappelle à cet égard que la tradition de Common Law aux États-Unis n'est pas sans liens avec leur croissance numérique. Le **cadre juridique souple de la Common law**, où le juge tient un rôle fondamental dans l'adaptation du droit, **a ainsi plus de pertinence à l'ère du numérique**⁵⁴. **A l'inverse**, la France semble, au travers de ce projet de loi, vouloir produire un droit « dur », réglementant à un instant *t* un écosystème par définition en perpétuelle mutation.

Plus largement, le projet de loi s'inscrit dans cette **tendance à l'usage communicationnel du texte de loi**. Soumis à **l'injonction populaire du changement**, le gouvernement doit agir, réformer et moderniser dans le cadre de la communication d'action. L'exécutif a ainsi engagé dès le début de son quinquennat un chantier de réforme du numérique bien qu'il n'ait pas été réclamé par les parties prenantes. En témoigne l'audition des « réussites françaises du numérique » par les parlementaires, où les principaux griefs adressés à la réglementation se concentraient davantage sur les problématiques liées au financement, à l'instabilité réglementaire plus qu'au cadre juridique du numérique lui-même⁵⁵.

La recherche

La dégradation de la qualité de la norme semble coïncider avec la faiblesse de la recherche française aux croisements du droit, des sciences économiques et des sciences comportementales, croisements qui contribueraient à l'amélioration de la qualité des normes. Ce faible essor de l'interdisciplinarité nuit notamment au développement de l'expérimentation législative.

Le cadre juridique, quel que soit ses déclinaisons (que ce soit sous forme de règles écrites obligatoires et abstraites, de régulations prescriptives d'un certain comportement ou encore de décisions de justice), devrait pouvoir **s'enrichir des travaux les plus innovants aux croisements du droit, des sciences économiques** et, plus récemment, des **sciences cognitives** avec l'essor de l'économie comportementale. Dans un certain nombre de pays à l'étranger, en particulier aux États-Unis et en Europe du Nord, les universités constituent de **véritables laboratoires d'idées** où les chercheurs analysent avec précision les effets du cadre juridique sur l'économie en général, mais aussi le comportement des différents acteurs assujettis. Ces chercheurs réfléchissent également aux défis posés par les évolutions de la société, comme la transition numérique, ainsi qu'aux éventuelles réponses à apporter, sur un plan juridique. Les chercheurs

53 Gilles Babinet, « La France dans l'illusion d'une ligne Maginot Numérique » La Tribune 25/05/2016, <http://www.latribune.fr/opinions/tribunes/la-france-dans-l-illusion-d-une-ligne-maginot-numerique-573220.html>.

54 Nicolas Colin, « Regulating the Error and Trial Economy », the Family, Mai 2016, <https://salon.thefamily.co/regulating-the-trial-and-error-economy-9d43b1139ae8#.ybqul9e5d>.

55 http://videos.assemblee-nationale.fr/Datas/an/portail/video.3163383_560b8ee10336f.commission-des-affaires-economiques--table-ronde-reunissant-les-fondateurs-et-ou-presidents-de-que-30-septembre-2015?timecode=5941236.

n'hésitent pas à faire des expérimentations et à porter leurs travaux à l'attention des acteurs privés, comme des pouvoirs publics. Ils **participent ainsi au débat public** et sont régulièrement consultés par le pouvoir législatif en qualité d'experts.

A l'inverse, il apparaît que les **universités françaises peinent à sortir d'un fonctionnement en silo qui empêche par exemple leurs chercheurs en économie d'un côté et en droit de l'autre, en particulier, de collaborer**, ou tout simplement de choisir des champs de recherche aux croisements de ces deux disciplines. **Nos universités peinent ainsi à faire émerger des chercheurs**, susceptibles d'apporter une contribution significative en vue d'améliorer le processus normatif et, de manière générale, la qualité de la norme.

Si l'économiste peut exploiter un événement comme l'introduction d'une nouvelle loi afin de comparer des groupes ou pays dits « de traitement » et « de contrôle » dans lesquels cette mesure a été mise en œuvre, il peut également construire des expériences dites « de laboratoire » visant à étudier les évolutions du comportement des citoyens face, notamment, à des évolutions institutionnelles, démarches dans lesquelles des connaissances de juriste sont nécessaires afin d'améliorer la précision de l'étude. Le juriste dispose notamment d'une meilleure connaissance des règles applicables dans leur ensemble et peut éviter à l'économiste une simplification à outrance du cadre juridique lors de la phase d'expérimentation des effets d'une norme. C'est là une critique majeure faite aux rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale sur l'attractivité des différents systèmes juridiques⁵⁶. Inversement, en rejetant les enseignements de l'analyse économique du droit, sans discernement, les juristes se privent des outils qui leur auraient permis de réfléchir objectivement aux effets des normes sur le comportement des agents. Les juristes vivent alors dans une forme de pensée économique qui relève de suppositions et à l'appui desquelles ils n'hésitent pourtant pas à faire des recommandations à destination des pouvoirs publics. Compte tenu de leur meilleure connaissance du système juridique, dans certains domaines complexes, ils peuvent être davantage entendus par les pouvoirs publics que les économistes, surtout au moment de la rédaction des textes.

Dans une précédente note⁵⁷, nous avons insisté à cet égard sur les conséquences du rendez-vous manqué du droit français avec le réalisme juridique. Le réalisme juridique considère que le droit est indéterminé et reste – via le juge, les avocats et les autres acteurs du droit, qui sont censés appliquer ou faire respecter les règles de droit – constamment à l'écoute des préoccupations économiques, sociales et politiques d'une société. Le courant du réalisme juridique a précipité dans de nombreux pays – en particulier les États-Unis et en Europe du nord – l'abandon de l'approche classique et introvertie de l'étude du droit.

Ce virage manqué du droit français avec le réalisme juridique s'explique ainsi par **l'absence d'approche pluridisciplinaire ou transversale dans l'analyse du droit**, comme il en existe dans la plupart des pays. Le droit doit pourtant savoir « *emprunter ailleurs les matériaux dont il a besoin* »⁵⁸. La France accuse ainsi un retard important en matière d'analyse économique du droit⁵⁹. Alors que cette discipline est enseignée

depuis les années 70 aux États-Unis et depuis plus récemment en Europe du Nord, en France « *la littérature dans ce domaine est quasi-inexistante* »⁶⁰ remarque Philippe Simonnot. Pourtant, l'analyse économique du droit a pu dans de nombreux pays prouver son efficacité dans la proposition de solutions alternatives. Droit & Croissance l'a démontré à plusieurs reprises dans le domaine du droit de l'insolvabilité et du droit financier⁶¹. Ces **lacunes ne sont pas, par ailleurs, sans incidences sur la qualité des études d'impact**, qui reposent bien souvent sur des modèles tirés de l'analyse économique du droit (comme l'analyse coût-avantage).

Tout comme en analyse économique du droit, la France accuse un retard certain dans les nouveaux champs disciplinaires considérés comme indispensables à l'amélioration de la qualité et de l'efficacité du cadre normatif : ainsi de l'économie comportementale (les « *behavioral economics* ») mais aussi en générale de l'approche empirique à l'analyse du droit (notamment le « *empirical law & economics* »⁶²) peine à émerger en France. Ces disciplines se caractérisent par le recours aux expériences (de terrain ou de laboratoire) – des expériences qui permettent dans l'idéal aux rédacteurs d'une règle de droit de tirer des conclusions opérationnelles sur les comportements des individus dans une société. En effet, au lieu d'essayer d'anticiper d'une façon abstraite et théorique des réactions rationnelles d'agents économiques à une nouvelle règle de droit, les enseignements (empiriques) des expériences faites dans le cadre de ces nouvelles disciplines académiques ont le potentiel d'alimenter les réflexions des rédacteurs d'une règle de droit afin de concevoir des politiques publiques mieux adaptées. Les « *nudges* »⁶³ qui ont été proposés par des chercheurs en

part, il existe une opposition culturelle en France à l'égard de la prétendue « instrumentalisation » du droit à des fins économiques, puisque comme l'explique Caroline Chaigneau, « le droit est davantage perçu comme un phénomène social, vecteur de valeurs ». La doctrine française est d'inspiration légitimiste, approche qui est moins encline à accepter « la pénétration de savoir auxiliaire comme l'économie.

- 60 V. Philippe Simonnot, « L'invention de l'Etat – L'économie du droit », 2003.
- 61 V. par ex., C. Deniaud et S. Vermeille, « Le projet de réforme du régime des offres publiques d'acquisition (OPA) en France : Quels enjeux pour notre pays, quels enjeux pour nos entreprises et leurs actionnaires? », RTDF 2014, n° 4, pp. 116-133 ; S. Bardasi, A. Bézert, A. Salord, S. Vermeille, « Un droit européen du crédit pour les sociétés non financières dans l'intérêt de l'Union bancaire », RTDF 2014 n° 3, p 83 ; S. Bardasi et S. Vermeille, « L'intérêt de l'analyse économique du droit dans le traitement du surendettement des sociétés sous LBO », RTDF 2014 n° 3, p 96.
- 62 Gelbach, Jonah B. and Klick, Jonathan, « Empirical Law and Economics », October 8, 2014. Oxford Handbook of Law and Economics, edited by Francesco Parisi, Forthcoming; U of Penn, Inst. for Law & Econ Research Paper No. 14-39. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2507324> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2507324>.
- 63 V. Richard Thaler and Cass Sunstein, « Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness », Penguin Books, 2008. R. Thaler et C. Sunstein expliquent que l'objectif d'un « nudge » (coup de pouce) est de créer un environnement décisionnel qui poussera les personnes ciblées à adopter certains comportements après avoir soumis les différentes incitations à une analyse psychologique et économique. La mise en place du « nudge » doit être peu coûteuse, la décision de la personne soumise au « nudge » doit être volontaire (le fait de ne pas adopter le comportement suggéré par le « nudge » ne doit pas créer un désavantage disproportionné pour la personne ciblée) et le « nudge » doit court-circuiter les fonctions cognitives des personnes ciblées par la politique publique/le « nudge ». Les auteurs partent du constat que de nombreuses politiques publiques sont fondées sur des hypothèses de rationalité des individus – une hypothèse qui, dans la réalité, ne se trouve souvent pas vérifiée. En effet, dans de nombreuses situations les individus sont victimes de biais cognitifs, ce qui a pour conséquence que leur comportement dévie souvent systématiquement et ainsi de façon prévisible du comportement d'un individu rationnel. Les « nudges » démontrent le potentiel d'une régulation qui considère les individus comme les êtres qu'ils sont : des personnes dont les capacités de traitement d'informations sont limitées et dont les émotions peuvent fortement influencer leurs comportements. V. Brookings Institute, « The power of the nudge: Policy lessons from behavioral economics », événement du 18 sept. 2015, [URL] <http://www.brookings.edu/events/2015/09/18-policy-lessons-behavioral-economics> (accéder le 1.10.2015). Pour une critique (constructive) du « nudging » par les pouvoirs publics, v. John Cochrane, un économiste de la Stanford University, « Homo economicus or homo paleas? », [URL] <http://johncochrane.blogspot.fr/2015/05/homo-economicus-or-homo-paleas.html> (accéder le 1.10.2015).

56 Leurs rapports sont en effet rédigés exclusivement par des économistes, sans que ne collabore le département juridique de la Banque Mondiale.

57 S. Vermeille, M. Kohmann et M. Luinaud, « Un droit pour l'innovation et la croissance », paru en partenariat avec la Fondapol, février 2016.

58 Roscoe Pound, discours à l'American Society 1939.

59 Plusieurs raisons expliquent la résistance française à l'analyse économique du droit en France au sein de l'administration. D'une part, le « cloisonnement des savoirs » dans la formation des élites n'est pas propice à la diffusion de l'analyse économique du droit. Ainsi, les juristes au sein des administrations ont pour la plupart peu suivi de cours d'économie et inversement. D'autre

économie comportementale sont devenus une source d'inspiration majeure pour un grand nombre de gouvernements étrangers⁶⁴ (mais aussi d'entreprises privées).

La France a cependant tendance à continuer à se contenter d'une analyse abstraite et théorique au lieu de s'ouvrir à une approche expérimentale et empirique de la règle de droit. Selon Florence Crouzatier-Durand, l'expérimentation législative est une « *technique légistique qui vise à étudier les effets d'une réforme ou d'une loi sur un échantillon de personnes et dans un temps limité* »⁶⁵. Elle est le **corollaire d'une recherche innovante**. En effet, grâce à cette technique légistique, des idées pouvant susciter des craintes de par leurs aspects novateurs peuvent être expérimentées dans une loi. Elle permet également d'évaluer au plus près l'efficacité d'une mesure et d'y apporter le cas échéant les corrections nécessaires.

Cette technique est permise par l'article 37-1 de la Constitution pour l'État et depuis le 28 mars 2003 par l'article 72 al. 4 pour les collectivités territoriales. Faute de personnels suffisamment formés dans ces nouveaux champs disciplinaires, il n'est pas surprenant de constater une très faible utilisation de cet outil, surtout auprès des collectivités territoriales. Comme l'indique Philippe Durance, le **potentiel offert par l'expérimentation est à l'heure actuelle largement inexploité**⁶⁶. L'expérimentation poursuit en effet une logique empirique et évaluatrice qui s'oppose fortement à l'analyse purement théorique et aux principes de généralité, de stabilité et d'égalité sur lesquels reposent notre système.

La faiblesse de la recherche française aux croisements du droit et des sciences économiques est reflétée par le mauvais classement des universités françaises dans le champ de ces sciences sociales en particulier.

Le classement de Shanghai, qui intègre parmi ses critères le nombre de chercheurs le plus cités dans leurs disciplines ainsi que le nombre de publications dans les revues scientifiques prestigieuses, reflète les faiblesses du système universitaire français, dans les sciences sociales prises en compte dans le classement et intéressantes dans le débat sur la qualité de la norme. Toutes catégories confondues, trois universités françaises⁶⁷ figurent dans le top 100⁶⁸. Si la France peut s'enorgueillir de son classement en mathématiques, puisque cinq universités françaises figurent dans les 30 premières mondiales, la situation est bien différente dans les sciences sociales intégrées dans le classement Shanghai. En économie, la meilleure université française est la *Toulouse School of Economics* (35^{ème}), suivie de l'INSEAD (38^{ème}), l'École Polytechnique se classant entre la 101^{ème} et la 150^{ème} place, et Dauphine, entre la 151^{ème} et la 200^{ème} place. À l'exception de cette dernière, aucune de nos meilleures universités en économie ne délivre également de doctorat en droit. Cette situation se

reflète dans le classement des universités françaises dans le champ des sciences sociales comptabilisées dans le classement Shanghai (comprenant l'économie, la sociologie, la science politique, le droit, l'éducation et la gestion). Bien que figurant parmi les meilleures au monde en histoire ou en philosophie, les universités françaises connaissent des difficultés dans la compétition internationale dans les domaines de l'économie et du droit et par conséquent des champs disciplinaires aux croisements de ces derniers comme le sont l'économie comportementale et l'analyse économique du droit.

En Europe, les universités anglaises dominent sans surprise le classement Shanghai en sciences sociales (24 universités sur les 200 premières au niveau mondial). On notera toutefois le résultat remarquable des Pays-Bas (10 universités), de la Suède (5 universités) et de la Belgique (4 universités) dans ce classement. L'Allemagne (5 universités), le Danemark (1 université), l'Autriche (1 université) et l'Espagne (2 universités) sont également classés. La France ne compte aucune université dans ce classement. De ce point de vue, notre système universitaire dans les disciplines en sciences sociales comptabilisées par le classement de Shanghai se porte aussi mal que celui de l'Italie. Cette faiblesse de la recherche française est également reflétée dans le classement anglais QS.

Dernièrement, des investissements importants ont été réalisés à Sciences Po afin de constituer un département d'excellence en économie de niveau international, tout comme l'a fait HEC en finance. Pour autant, il ne semble pas que l'on puisse constater un investissement similaire en droit, et plus particulièrement aux croisements du droit, de l'économie et des sciences comportementales. Ce **déficit dans la recherche** ne peut être **comblé** par le secteur privé, et notamment par **les think tanks** en France, **faute d'indépendance et de moyens** suffisants.

La faiblesse de la recherche française aux croisements du droit et de l'économie se traduit concrètement par l'absence de publications pluridisciplinaires, par des publications en droit insuffisamment diffusées, et l'absence de sélection des meilleures publications par les pairs.

L'incapacité des universités à **encourager le développement de la pluridisciplinarité** peut surprendre. Il fut un temps pas si lointain où l'économie était dans un premier temps enseignée dans les départements de droit. Heureusement pour elle, l'économie s'est autonomisée, en adoptant le mode de fonctionnement de toutes les disciplines scientifiques et désormais la qualité de la recherche en économie est évaluée sur la base de publications, forçant chaque chercheur à se confronter au jugement de ses pairs⁶⁹. Comme l'a rappelé dernièrement Jean Tirole à Geniève Fioraso, pour empêcher la création d'une nouvelle section au Conseil National des Universités visant à soustraire le courant des économistes dits hétérodoxes à l'obligation de publier, « *il est indispensable que la qualité de la recherche soit évaluée sur la base de publications, forçant chaque chercheur à se confronter au jugement par les pairs. C'est le fondement même des progrès scientifiques dans toutes les disciplines. Chercher à se soustraire à ce jugement promeut le relativisme des connaissances, antichambre de l'obscurantisme.* »

Certes, le droit peut, plus difficilement que d'autres sciences, être caractérisé par un objet et une méthode fondés sur des observations véritables et des raisonnements rigoureux. Ce n'est plus le cas dans les champs où les barrières entre l'économie et du droit s'abaissent. À l'étranger, l'essor de l'analyse économique du droit a permis le **développement d'un certain nombre de revues à comité de lecture**, fonctionnant sur le même modèle que les revues d'économie, c'est à dire avec un comité de sélection composé des chercheurs juristes et

64 Cass R. Sunstein, *Nudging Works. Now, Do More With It*, Bloomberg, 20.09.2016, [URL] <https://www.bloomberg.com/view/articles/2016-09-20/nudging-works-now-do-more-with-it> (accéder le 21.09.2016).

65 Crouzatier-Durand Florence, « Réflexions sur le concept d'expérimentation législative (à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République) », *Revue française de droit constitutionnel* 4/2003 (n° 56), p. 675-695 www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2003-4-page-675.htm.

66 Philippe Durance « L'expérimentation : une condition nécessaire de l'innovation », *Conseil d'analyse Économique* Septembre 2010, <http://pdurance.blog.lemonde.fr/files/2010/09/2010DuranceCaeExperimentation.pdf>.

67 À savoir : Université Marie-Curie, Université Paris-Sud et Ecole Normale Supérieure-Paris.

68 Classement académique des universités mondiales 2015 – Shanghai University. Ce score n'est pas si mal par rapport à l'Allemagne (également 3) mais peut faire rougir, en comparaison, du Royaume-Uni (8), de la Suisse (4), des Pays-Bas (3) de la Belgique (2), du Danemark (2), de la Suède (2) et même de la Finlande (1) et de la Norvège (1), au regard du nombre de nos universités et de la taille de notre pays. <http://www.shanghairanking.com/fr/>.

69 P. Cahuc et A. Zylberberg « *Le Négationnisme économique et comment s'en débarrasser* » (édition Flammarion), 2016.

économistes reconnus dans leur discipline et qui jugent les travaux soumis de manière anonyme. En France, il n'existe aucune revue universitaire en sciences juridiques fonctionnant avec comité de lecture sur le modèle des revues en économie.

Quant aux revues américaines plus classiques en droit, telle la *Harvard Law Review*, elles sont certes dirigées « seulement » par un comité d'étudiants parmi les plus brillants, mais elles font toutefois l'objet d'un classement en fonction du nombre de citations. En comparaison, la plupart des facultés de droit françaises n'ont même pas leurs propres revues, ou si elles en ont une, celles-ci ont une diffusion irrégulière et confidentielle. La majorité des revues de droit sont détenues par des entreprises privées qui cherchent avant tout à publier des articles courts que peuvent facilement parcourir les praticiens à la recherche de réponses à leurs préoccupations immédiates.

La recherche et son évaluation sont pourtant indispensables afin de **faire progresser les idées, stimuler les travaux innovants et encourager la concurrence entre établissements sur le terrain de la recherche**. Au final, les faiblesses de la recherche française aux croisements du droit et de l'économie nuit au processus législatif et empêche les pouvoirs publics d'avoir une compréhension globale des effets des normes sur notre économie et notre société. L'absence d'assise intellectuelle encourage par ailleurs les pouvoirs publics à se contenter de petites réformes incrémentales sans cohérence globale.

Illustration : L'évolution du droit de l'insolvabilité.

Le droit de l'insolvabilité se retrouve au cœur d'un grand nombre de préoccupations, que ce soit au niveau européen, ou au niveau des différents États membres de l'Union. Les pouvoirs publics ont cru, à juste titre, devoir agir. On a ainsi assisté à une accélération du nombre de réformes à petits pas dans ce domaine. Cette accumulation de réformes a rendu le cadre juridique excessivement complexe et a brouillé la compréhension des règles par les premiers concernés, entreprises comme investisseurs. Au final, la situation du droit de l'insolvabilité est assez similaire à celle du droit fiscal. Comme le soulignait récemment encore France Stratégie, le droit fiscal s'est en effet développé par couche successive sans cohérence d'ensemble. Tout comme en droit fiscal⁷⁰, le résultat obtenu à travers le droit de l'insolvabilité n'est probablement **pas le résultat recherché initialement** par les pouvoirs publics.

Le principal problème du droit de l'insolvabilité français est le **manque d'encrage dans la théorie économique**. Depuis 1985, l'objectif de faire du droit de l'insolvabilité, le moyen de préserver l'emploi perdure. Les économistes ont pourtant fait part des dangers d'une telle approche. Le prix Nobel d'économie Jean Tirole évoque ainsi, dans son dernier ouvrage, la contamination du droit des faillites par le droit du travail⁷¹. Les spécificités du droit français de l'insolvabilité sont jugées sévèrement par les économistes, comme le reflète la note du Conseil d'analyse économique de 2013, co-signée par Jean Tirole, David Thesmar et Guillaume Plantin⁷². Dernièrement, la Commission européenne a mis en avant la nécessité d'avoir une approche plus économique du droit de l'insolvabilité, afin de faciliter le règlement des *non performing loans* en Europe, renforcer l'Union bancaire et faciliter la création de l'Union des marchés de capitaux⁷³. Les économistes de la Commission

européenne ont insisté sur l'importance d'un droit efficace selon un certain nombre de critères : prévisibilité (et donc absence de pouvoir discrétionnaire du juge dans l'issue de la procédure collective), lisibilité (et donc simplification des procédures). Le droit français de l'insolvabilité ne répond pas dans son ensemble à ces critères (comme de nombreux autres pays d'Europe continentale).

Malheureusement, les économistes sont peu écoutés par les juristes en France, en raison probablement de ce déficit dans la recherche dans l'analyse économique du droit. Ce travail de recherche n'est pas considéré comme un travail académique par les puristes en droit. Dans son rapport rendu en juillet dernier, le Haut Comité Juridique de la place financière, composé exclusivement de juristes s'est inscrit dans cette tradition classique en rappelant à de nombreuses reprises l'importance de sauver les emplois grâce au droit de l'insolvabilité. Le Haut Comité Juridique de la place financière n'a retenu dans son rapport aucun des critères d'efficacité énoncés par les économistes⁷⁴.

L'intervention des institutions européennes dans le champ du droit de l'insolvabilité sera salutaire si la Commission européenne, ainsi que États membres, utilisent cette opportunité pour repenser les objectifs de ce droit et lui permettent d'être encré définitivement dans la théorie économique. Ce changement d'approche est ambitieux, tant il est difficile pour un État de s'éloigner de la trajectoire construite à la suite d'un nombre important d'évolutions incrémentales.

La faiblesse de notre recherche universitaire aux croisements du droit et de l'économie accroît **les effets de la dépendance du sentier (*path dependant*)** dont souffre tous les législateurs désireux de changer de régime juridique : les particularités historiques, justifiées à une époque mais qui ont cessé d'être optimales, perdurent parce que les changer impliquerait un coût trop élevé bien que ce changement puisse être payant à long terme. Le coût du changement est d'autant plus grand qu'il existe peu d'études économétriques en la matière. Sans celles-ci, la possibilité de s'accorder, non seulement sur le constat des insuffisances du droit, mais également sur les objectifs à atteindre, devient alors minime.

La faiblesse de notre recherche universitaire aux croisements du droit et de l'économie accroît également le **risque de capture du législateur** par les intérêts privés. La recherche universitaire innovante et indépendante (sous réserve que les règles en matière de conflit d'intérêt soient observées) devrait permettre au législateur de davantage tenir compte d'intérêts importants mais plus dispersés lorsqu'il élabore une loi. Les intérêts d'un public large, ont en effet généralement plus de mal à se mobiliser par l'intermédiaire de lobbies. A titre d'illustration, la protection des droits des actionnaires et des investisseurs, facteur pourtant essentiel de l'attractivité d'une place financière, est plus difficile à assurer sans recherche aux croisements du droit et de l'économie, mais aussi de la finance. Les petits actionnaires par exemple sont nombreux et dispersés. Leur pouvoir politique est diffus. Ils sont facilement distraits par d'autres sujets. Par comparaison, l'industrie financière est très bien organisée, focalisée sur les problèmes qui l'affectent et a un intérêt direct à maintenir une influence disproportionnée sur les instances publiques. La faiblesse de la recherche française est assurément une des raisons pour lesquelles, il sera très difficile

70 V. Note France Stratégie, « Quels principe pour une fiscalité simplifiée » Ch. Gouardo, N. Le Ru, A. Sode, A. Trannoy, septembre 2016.

71 J. Tirole, « Economie du bien commun » Mai 2016, édition puf.

72 J. Tirole, D. Thesmar et G. Plantin, « Les enjeux économiques du droit des faillites », Juin 2013.

73 Jean-Charles Bricongne, Maria Demertzis, Peter Pontuch and Alessandro Turrini, « *Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-*

debt Context: An EU Perspective », http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/edp/pdf/dp032_en.pdf.

74 Le Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris (« HCJP ») a été créé en 2015 sous l'impulsion de la Banque de France et de l'Autorité des Marchés financiers. Plusieurs références ont ainsi été faites en vue de préserver les emplois. Il est néanmoins évoqué dans le rapport, la nécessité d'éviter la destruction de la valeur d'entreprise inutile en encourageant les pre-pack cessions. Cependant, il n'est pas indiqué dans le rapport du HCJP comment cet objectif peut se marier avec l'objectif de la préservation de l'emploi.

pour Paris de prendre la relève de Londres comme place financière internationale après le Brexit⁷⁵.

Les think tanks ne peuvent se substituer à la carence de la recherche publique

La refondation politique requiert une **refondation intellectuelle**. Le **think tank**, en outil indépendant, est clairement un **instrument de cette rénovation**. La fonction du think tank est double, impliqué à la fois dans la recherche et dans la promotion de ses travaux auprès des décideurs. L'influence grandissante des think tanks en France, illustrée par la **croissance exponentielle de leur nombre** en dix ans (on dénombre à ce jour une centaine de think tanks en France contre une dizaine dix ans plus tôt⁷⁶), la **réappropriation de leurs travaux par les parlementaires** et politiques (comme l'idée charte de la diversité de l'Institut Montaigne ou de primaire par Terra Nova) et leur **forte médiatisation**, tous ces éléments leur donnent un **responsabilité croissante dans la rénovation** du débat d'idées.

Si certains disposent de moyens conséquents, à l'instar de l'Institut Montaigne qui bénéficie d'un budget de 3 millions d'euros⁷⁷, la plupart des laboratoires d'idées **peinent à réunir des fonds tout en garantissant leur parfaite indépendance**. Si des subventions publiques existent au profit des think tanks disposant du statut de fondation d'utilité publique (comme la Fondapol), **la plupart des think tanks ne bénéficient pas de deniers publics** autrement que par le mécanisme d'exonération d'impôt des dons qu'ils reçoivent. Selon l'Institut Delors, « *le financement de base des think tanks par l'État est fréquent en Scandinavie, en Allemagne, en Italie, en Espagne, en Autriche et, dans une moindre mesure, en France.* »⁷⁸

Cette **difficulté à diversifier les financements** et à obtenir des aides publiques **nuît à leur indépendance**. Toujours selon le rapport de l'Institut Delors, 44 % des think tanks ont déclaré bénéficier d'un financement de base du secteur privé, dont 10 % provenant des établissements bancaires⁷⁹. La difficulté des think tanks à être garants de leur indépendance n'est pas propre à l'Europe. Ainsi, dernièrement, le New-York Times a révélé les **suspensions de conflits d'intérêts** entre d'une part le think tank reconnu Brookings et, d'autre part, plusieurs institutions financières, qui selon l'investigation, orientaient par ses financements les travaux de recherche⁸⁰. À l'évidence, la menace pesant sur l'indépendance des think tanks est problématique sur plusieurs points. D'une part, elle **circonscriit le champ de la recherche**. La **crainte de perdre des financements** importants peut en effet influencer le contenu des travaux des think tanks. D'autre part, elle **décrédibilise les travaux de recherche** véritablement indépendants du fait de ces suspicions qui peuvent exister. De ce fait, pour une grande partie de la population, une confusion existe entre le rôle des think tanks et le rôle du lobbying.

75 V. Th. Philippon, S. Vermeille « *Le Brexit, une opportunité pour la finance et les universités françaises* », L'Opinion, 30 juin 2016. V. également S. Djankov « *The Next European Financial Capital: London* », the Peterson Institute for international economics », <https://piie.com/blogs/realtime-economic-issues-watch/next-european-financial-capital-london>.

76 Selon les chiffres de l'Observatoire national des think tanks <http://www.oftt.eu/think-tanks/generalites/>.

77 Weronika Zarachowicz, « *L'influence des think tanks, cerveaux des politiques* », télérama.fr, 16/12/2011, actualisé le 29 mars 2012.

78 « *L'Europe et ses think tanks : un potentiel inaccompli* » sous la direction de Stephen BOUCHER, Institut Delors – Etudes et Recherches n°35, Octobre 2004, p.38, http://www.institutdelors.eu/media/etude35-fr_01.pdf?pdf=ok.

79 *ibid* p. 39.

80 Éric Lipton et Brooke Williamsaug, « *How Think Tanks Amplify Corporate America's Influence* », New York Times, 7 août 2016, http://www.nytimes.com/2016/08/08/us/politics/think-tanks-research-and-corporate-lobbying.html?_r=1

Partie II Les exemples étrangers

L'analyse de modèles étrangers (notamment de l'Allemagne, des États-Unis et du Royaume-Unis) et d'organisations supranationales comme l'Union Européenne (UE) est riche en enseignements pour la France.

Pour chaque sujet d'étude, nous procédons en deux parties : dans une première partie, nous relevons les outils et institutions mis en place dans les différents pays ou organisations afin d'améliorer la qualité de la règle de droit. Nous nous concentrons sur les outils ou institutions qui n'ont pas d'équivalents en France. Dans une deuxième partie, nous concluons sur les enseignements et les éléments dont la France pourrait s'inspirer pour améliorer la qualité de la règle de droit sur son territoire.

Allemagne

Au cours des dernières années, l'Allemagne n'a cessé d'augmenter les ressources dédiées à l'identification de nouvelles solutions permettant de déployer de manière plus efficace l'administration électronique (le « *E-Government* »)⁸¹. L'Allemagne a également beaucoup investi dans la création de structures institutionnelles dédiées à l'amélioration de la qualité de la règle de droit au niveau des Länder et de l'État fédéral : par exemple, via la création du Conseil national de contrôle de la norme ou d'une unité spéciale en charge de l'amélioration de la réglementation au sein de la Chancellerie. Aux côtés de la Chancellerie, le Ministère de l'intérieur, le Ministère de l'économie et le Ministère des finances contribuent activement à l'amélioration de la règle de droit⁸².

Le processus de création normative en Allemagne est fortement influencé par un ensemble de règles formelles et informelles en matière de gouvernance publique inscrites profondément dans la tradition du pays. Ces règles ont permis d'assurer la stabilité du cadre normatif et ont contribué à cette révérence que l'on peut observer de la part des Allemands en faveur de la loi. Cette tradition ancienne a néanmoins eu pour conséquence de retarder l'émergence d'une vision collective et forte en faveur de certaines évolutions importantes du droit. Cette tradition peut également expliquer le retard relatif de l'Allemagne dans la recherche aux croisements du droit et de l'économie par rapport à d'autres petits pays d'Europe du Nord.

Il semble que le programme allemand de réduction de la bureaucratie ait absorbé une grande partie de l'élan et de la volonté politique en matière d'amélioration de la réglementation. En effet, la communication du gouvernement et des ministères se concentre principalement sur les économies ayant pu être réalisées suite à la réduction des charges administratives pour les citoyens et les entreprises. Cependant, le partage d'informations entre les ministères à propos des programmes ou des approches en matière d'amélioration de la qualité de la règle de droit reste relativement faible. Ainsi, bien que les ministères aient été sensibilisés à la problématique de la réduction des charges et de la bureaucratie pour les citoyens et

81 Le principal pilier de la politique fédérale en matière d'amélioration de la réglementation est un programme visant à réduire les charges administratives imposées aux entreprises et qui a été adopté en 2006 (« *Bürokratieabbau und Bessere Rechtsetzung* »). Un autre programme qui a pour objectif de faire progresser l'administration électronique au profit des entreprises et des citoyens (« *Zukunftsorientierte Verwaltung durch Innovationen einschließlich des Programms E-Government 2.0* ») a été adopté en 2006.

82 Le Ministère de l'Intérieur est avec la Chancellerie chargé de vérifier la constitutionnalité des projets de loi, de contrôler le respect des Règles communes de procédures dans le cadre de l'élaboration des projets de loi et est responsable du déploiement de l'administration électronique. Le Ministère de l'économie examine les coûts des projets de loi pour les entreprises et les consommateurs, coordonne et représente les positions allemandes sur les questions européennes. Le Ministère des finances évalue les effets des projets de loi sur les finances publiques.

les entreprises, la sensibilisation aux différents instruments et approches permettant l'amélioration de la qualité de la règle de droit est restée faible. Ainsi, en général, le lien reste fragile entre, d'un côté, les processus complexes d'élaboration de la loi qui sont codifiés en Allemagne dans les « Règles communes de procédure des ministères allemands » et, de l'autre côté, les nouveaux instruments tels que les études d'impact et les outils de consultation publique.

Les acteurs publics travaillant sur l'élaboration de projets de loi ou de textes réglementaires ont des **difficultés à accéder à des informations fiables** leur permettant de tirer des enseignements de projets de loi ou de textes réglementaires précédemment adoptés par leur ministère ou le gouvernement. Seul le rapport annuel du gouvernement sur la réduction de la bureaucratie est en libre accès et informe notamment les fonctionnaires sur les programmes du gouvernement en matière d'amélioration de la règle de droit. Ce manque d'échange d'informations et d'expertises entre les ministères constitue un obstacle majeur à la mise en œuvre d'un écosystème « public-public » et « privé-public » dynamique en matière d'amélioration de la qualité de la règle de droit.

Outils et institutions inexistantes en France

- Le logiciel eNorm d'aide à la rédaction des projets législatifs et réglementaires

Le logiciel eNorm «*facilite le respect des conditions juridiques de forme et des contraintes rédactionnelles lors de l'élaboration des projets de lois et [...] permet d'utiliser les documents de manière continue, sur l'ensemble du processus législatif et jusqu'à la promulgation et la documentation sur les normes.*»⁸³

Ce logiciel est un outil commun à tous les ministères fédéraux et les Länder qui ont passé des accords de licence pour pouvoir utiliser ce logiciel. Le logiciel est eNorm s'inspire du logiciel LegisWrite utilisé par la Commission européenne. eNorm (i) facilite la coordination entre les ministères allemands – qui sont traditionnellement caractérisés par leur grande indépendance –, (ii) améliore la transparence dans le processus de création d'une nouvelle norme (gestion et suivi de versions antérieures d'un texte, harmonisation des écritures/formats, ...), et (iii) permet d'améliorer la rédaction des textes législatifs et réglementaires (notamment afin qu'ils soient rédigés en langage plus clair et respectent les aspects techniques et formels de textes législatifs ou réglementaires).

- Les règles communes de procédure des ministères allemands («*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien* »)

Les Règles communes de procédure des ministères allemands («*Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien* ») prévoient une obligation de consulter les Länder en amont du processus d'élaboration d'une règle de droit⁸⁴. Ces règles sont supposées répondre au risque d'isolement de l'administration centrale fédérale qui ne coopère pas suffisamment avec les administrations des Länder.

Le caractère fédéral de l'État allemand rend en effet le processus d'élaboration et de mise en œuvre d'une règle de droit en Allemagne très complexe. Même si la rédaction d'un texte relève souvent de la compétence de l'État fédéral, les Länder disposent d'une certaine marge de manœuvre réglementaire dans la mise en œuvre des lois fédérales. Une coordination entre les instances fédérales et les Länder est donc essentielle dans le

processus de rédaction et d'application de textes législatifs et réglementaires.

- Unité spéciale travaillant sur l'amélioration de la réglementation au sein de la Chancellerie

L'amélioration de la règle de droit est devenue un enjeu du gouvernement fédéral, notamment avec la mise en place au sein de la Chancellerie à Berlin d'une unité spéciale chargée de réduire la bureaucratie et travaillant sur l'amélioration de la règle de droit («*Referat 133* » ; «*Bürokratieabbau und bessere Rechtsetzung* »). Cette unité spéciale a dans le passé servi comme point d'ancrage des différentes politiques d'amélioration de la règle de droit en Allemagne (la Chancellerie héberge également des groupes de travail réunissant des représentants de l'État fédéral, des Länder et des communes, ainsi qu'un réseau entre les Länder visant à diffuser les bonnes pratiques permettant de réduire la bureaucratie). C'est notamment cette unité spéciale qui a porté le projet de loi du 18 août 2006 en faveur de la création du «*Nationale Normenkontrollrat* », c'est à dire le Conseil national de contrôle des normes.

- Conseil national de contrôle des normes, le «*Nationale Normenkontrollrat (NRCC)* »

Le Conseil national de contrôle des normes est une commission indépendante qui veille à la mise en place des mesures de réduction de la bureaucratie du gouvernement allemand et qui soutient le gouvernement dans l'amélioration de la règle de droit. Le Conseil national de contrôle des normes compte, parmi ses missions, la transposition des directives européennes et le développement des mesures visant à évaluer l'impact de textes législatifs et réglementaires.

Les règles communes de procédure des ministères allemands obligent les ministères travaillant sur un projet de loi ou sur un texte réglementaire à analyser l'impact de l'ensemble des mesures proposées. Les ministères ont l'obligation d'impliquer le Conseil national de contrôle des normes dans le processus d'élaboration de la norme et ceci à un stade précoce de l'élaboration de la norme. Le Conseil national de contrôle des normes émet un avis final sur le projet de loi ou de texte réglementaire lorsqu'il est envisagé de le présenter en conseil des ministres. Cet avis devra être joint au projet de texte selon les règles communes de procédure des ministères allemands. Si un ministère décide de ne pas suivre l'opinion du Conseil national de contrôle des normes, le ministère doit en expliquer les raisons dans une réponse écrite à destination du *Bundestag*.

L'évaluation d'un projet de loi ou de texte réglementaire par le Conseil national de contrôle des normes comprend également la recherche de mesures alternatives à celles proposées par les ministères.

- Importance des consultations électroniques

Les consultations électroniques jouent un rôle de plus en plus important en Allemagne. Ainsi, les citoyens allemands ont, pour la première fois en 2008, eu la possibilité de formuler leurs observations sur un projet de loi *via* un site Internet spécialement conçu («*Bürgerportalgesetz 2008* »). Pour cette première consultation électronique, portant sur la création d'un service de communication électronique permettant le transfert sécurisé d'informations, plus de 11 000 citoyens allemands, mais aussi des représentants des administrations, de sociétés et d'autres institutions ont pu commenter le projet de loi. De nombreux commentaires ont été pris en compte par le gouvernement avant la présentation du projet de loi au conseil des ministres.

Enseignements et éléments transposables

- Uniformiser les pratiques en matière de consultations publiques entre les ministères

83

http://www.enorm.bund.de/eNorm/SharedDocs/Downloads/DE/Informationen/eNorm_Flyer_francais.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

84

https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Veroeffentlichungen/ggo.pdf?__blob=publicationFile.

Formellement, les consultations publiques sur des projets de loi ou de textes réglementaires sont règlementées dans les « Règles communes de procédure » des ministères allemands qui précisent que les ministères doivent consulter très en amont et approfondie tout un éventail de parties concernées par un projet réglementaire ou législatif.

En pratique néanmoins, les ministères ont une grande marge de manœuvre dans le traitement des réponses, du calendrier des consultations, de la publication de réponses et de la sélection des partenaires qui seront spécifiquement consultés.

En général, et de manière informelle, des consultations (avec les Länder, les communes et des associations/groupes d'intérêts) sont organisées avant même que la rédaction d'un texte ne soit entamée. Les réponses aux consultations sont prises en compte dans les projets législatifs et réglementaires et les participants sont consultés une deuxième fois après la rédaction d'un premier projet.

Cependant, l'opacité des règles et leur faible caractère contraignant à l'égard des ministères affaiblissent le processus de consultation publique en Allemagne. Chaque ministère interprète différemment les Règles communes de procédure des ministères allemands. Aucune partie intéressée ne peut en conséquence connaître avec certitude la manière dont sera organisée une consultation publique. En outre, les délais pour répondre aux consultations varient et sont souvent trop courts.

- Assurer le respect de standards minimums en matière d'études d'impact pour les différents ministères

Dans la pratique, chaque ministère a développé sa propre méthode dans la conduite des études d'impact. Les ministères n'hésitent pas à faire circuler leurs propres guides sur la manière de réaliser des études d'impact. Cette habitude a conduit à l'émergence de pratiques distinctes dans la manière de réaliser les études d'impact. Les règles communes aux ministères figurant dans les règles communes de procédure des ministères allemands ont perdu avec le temps de leur importance.

Ainsi, certes, les règles communes de procédure des ministères allemands exigent une communication et une consultation entre les différents ministères et les parties intéressées aux différents stades des études d'impact. Les ministères ont cependant en pratique tendance à ne pas respecter ces règles et ont tendance à communiquer avec les parties intéressées sous une forme un peu erratique. Les délais en outre pour réaliser les études d'impact ne sont souvent pas respectés. Le volet quantitatif des études d'impact est ainsi fréquemment insuffisant. Une des raisons à cette faiblesse de l'analyse quantitative tient au manque de formation des fonctionnaires responsables du chiffrage de l'impact des mesures proposées.

Les différents ministères devraient pour ces raisons fixer un certain nombre de standards minimums pour réaliser une étude d'impact. Les guides élaborés par chaque ministère devraient uniquement servir de supplément technique compte tenu des exigences de certaines études d'impact réalisées dans certains domaines très complexes (finance, environnement, santé).

- Faire respecter l'obligation de réaliser des études d'impact sur les projets de textes réglementaires et autres textes dérivés/d'application d'une norme.

Le modèle allemand présente également pour inconvénient que seules les lois votées par le Bundestag doivent faire l'objet d'une étude d'impact. Cette obligation ne s'applique pas aux dispositions de nature réglementaire. Une étude d'impact devrait pourtant parfois précéder l'adoption de mesures prises au niveau des Länder en application des lois approuvées au niveau fédérale. Certes, étant donné le coût non négligeable d'une étude d'impact, l'obligation de réaliser une étude ne peut être étendue systématiquement à l'ensemble des dispositions adoptées par les Länder. Un juste équilibre doit être trouvé.

États-Unis

Le système fédéral américain se singularise à la fois par un niveau de décentralisation important au profit des États fédérés qui bénéficient de larges compétences, mais aussi par la complexité et l'importance de la taille du gouvernement fédéral. Compte tenu de cette singularité du modèle américain, il est difficile d'avoir une seule et même approche en matière d'étude d'impact. Un ensemble d'entités, que ce soit au niveau fédéral (comme par exemple la *Environmental Protection Agency*, EPA), ou au niveau des États fédérés, sont en charge du suivi et de l'évaluation des différentes politiques publiques.

Au cours des vingt dernières années, l'intérêt pour le suivi et l'évaluation des règles en fonction des résultats atteints (*outcome-based performance*) a été croissant aux États-Unis. Des lois comme le *Government Performance and Results Act of 1993 (GPRA)* ont ainsi été récemment approuvées. L'efficacité de cette loi a été récemment renforcée avec la création du *Performance Improvement Council (PIC)*, à l'initiative de l'administration Obama.

Les agences fédérales américaines ont désormais l'obligation, par décret présidentiel (v. notamment l'Executive Order 13563 du 18 janvier 2011 et 12866 du 30 septembre 1993⁸⁵) de préparer systématiquement une analyse coût-bénéfice des différentes réglementations envisagées. Les agences fédérales indépendantes échappent à cette obligation, pourtant autant, elles ont également recours, de manière indépendante, à des analyses coûts-bénéfices. L'administration fédérale échappe également à cette contrainte, lorsqu'elle agit à la suite de l'adoption d'une loi [*Business Roundtable v. SEC*, 647 F3d 1144 (DC Cir 2011)]. Dès lors, elle est obligée d'introduire une réglementation et ce, même si manifestement, les bénéfices escomptés sont insuffisants au regard du coût envisagé.

Outils/Institutions inexistant en France

- Application des enseignements en sciences comportementales aux problèmes de politiques publiques avec le « Social and behavioral sciences Team » de la Maison Blanche

La Maison Blanche s'est récemment dotée d'une cellule consultative, experte en matière d'économie comportementale : la « Social and behavioral sciences Team ». Cette cellule a pour mission de contribuer à l'amélioration de la qualité des normes, grâce aux apports de cette branche de l'économie, connu du grand public, depuis l'attribution du Nobel d'économie à Daniel Kahneman en 2002. Le « Social and behavioral sciences Team » communique régulièrement sur ses travaux, notamment via un rapport annuel⁸⁶.

Un décret présidentiel du 15 septembre 2015 oblige désormais les administrations fédérales à identifier les politiques publiques susceptible de tirer bénéfice des enseignements en sciences

85 « Each agency must, among other things (1) propose or adopt a regulation only upon a reasoned determination that its benefits justify its costs (recognizing that some benefits and costs are difficult to quantify); (2) tailor its regulations to impose the least burden on society, consistent with obtaining regulatory objectives, taking into account, among other things, and to the extent practicable, the costs of cumulative regulations; (3) select, in choosing among alternative regulatory approaches, those approaches that maximize net benefits (including potential economic, environmental, public health and safety, and other advantages; distributive impacts; and equity); (4) to the extent feasible, specify performance objectives, rather than specifying the behavior or manner of compliance that regulated entities must adopt; and (5) identify and assess available alternatives to direct regulation, including providing economic incentives to encourage the desired behavior, such as user fees or marketable permits, or providing information upon which choices can be made by the public. ».

86 Social and behavioral sciences Team, 2016 Annual Report, Executive Office of the President, National Science and Technology Council, sept. 2016, [URL] <https://sbst.gov/assets/files/2016%20SBST%20Annual%20Report.pdf> (accédé le 21. 09.2016).

comportementales. Le décret s'est fixé comme objectif (i) d'améliorer « *le bien-être social, le résultat des programmes et leur efficacité* », (ii) de concevoir des stratégies pour utiliser les enseignements des sciences comportementales, et (iii) de recruter des experts en sciences comportementales lorsque nécessaire⁸⁷.

- Le *Government Performance and Result Act (GPRA)*⁸⁸ : outil permettant d'analyser l'efficacité des programmes en demandant aux agences fédérales de se concentrer sur les résultats, la qualité du service et la satisfaction des usagers.

L'adoption du GPRA est né du constat du Government Accountability Office (GAO)⁸⁹ que seulement la moitié des agences fédérales américaines évaluaient concrètement au moyen d'indicateurs de performance, le respect ou non des objectifs fixés dans les plans stratégiques. Avant l'adoption de la loi, une poignée seulement d'agences fédérales préparaient des rapports d'étapes réguliers, et utilisaient pour cela les données qu'elles pouvaient collecter.

Le GPRA a donc été adopté dans le but de renforcer la confiance des administrés dans les pouvoirs publics. Les mesures prises dans la loi visaient à améliorer l'efficacité des agences fédérales évaluées au résultat, en fonction de la qualité du service rendu et du niveau de satisfaction des usagers. Le GPRA a également permis au Congrès⁹⁰ de bénéficier d'indicateurs plus objectifs lors qu'il évalue le travail des agences fédérales.

Le GPRA a obligé chaque agence fédérale à développer des plans stratégiques sur cinq ans. La loi a également exigé des agences fédérales de fixer, au travers de programmes annuels, un certain nombre d'objectifs à court-terme compatibles avec les objectifs fixés dans les programmes quinquennaux. La loi a imposé aux agences fédérales de rédiger chaque année un rapport permettant d'évaluer leur performance. Le GPRA est aujourd'hui un pilier essentiel du suivi des performances par le gouvernement fédéral.

Dans le cadre du GPRA, l'Office of Management of Budget (OMB) est en charge du suivi des plans pluriannuels remis par les agences fédérales. L'OMB évalue notamment leur adéquation avec la politique budgétaire du Président. En France, de telles contraintes existent, mais elles sont essentiellement axées sur l'efficacité de la dépense publique.

Depuis aout 2012 le portail Internet www.performance.gov permet aux usagers de suivre de façon claire et précise si les principaux objectifs fixés au niveau de chaque agence fédérale sont respectés. Les objectifs sont classés par thématique, agence, programme. L'administration Obama a souhaité également

87 V. le rapport annuel du Social and Behavioral Sciences Team, Executive Office of the President National Science and Technology Council, sept. 2015.

88 Le GPRA, initialement voté par le Congrès en 1993, a été modernisé par le président Barack Obama le 4 janvier 2011 via le GPRA Modernization Act of 2010. Avant la modernisation par le président Obama, Le Program Assessment Rating Tool (PART) sous la présidence de George W. Bush, avait tenté de redynamiser le GPRA.

89 Le GAO permet au Congrès d'évaluer la performance des programmes du gouvernement. C'est en quelque sorte un contrepoids au Office of Management of Budget (OMB), son équivalent au service de l'exécutif. L'OMB s'assure que les décisions prises par les agences fédérales sont conformes à la politique budgétaire du Président. Le GAO est le bras armé du Congrès en matière de recherche sur les politiques publiques conduites par le gouvernement. Ses travaux sont mis à disposition du Congrès mais aussi du public via le site Internet du GAO.

90 Le Congrès joue un rôle important dans la surveillance et la mise en place des politiques publiques au niveau national, notamment envers les politiques mises en place par le pouvoir exécutif. Ce pouvoir du Congrès est à la fois direct et indirect. Il est direct en ce que le Congrès dispose d'un processus d'audition interne par comités : il peut ainsi entendre les agences et départements. Ce pouvoir est aussi indirect en ce que le Congrès peut imposer un certain nombre de conditions au pouvoir exécutif dans les lois qu'il vote ainsi que par le biais de ses propres agences comme le *Government Accountability Office (GAO)*, et le *Congressional Budget Office (CBO)*.

amélioré la communication auprès du Congrès et du public sur les résultats, en facilitant l'accès aux données dans les rapports des agences et sur Internet.

- Le PIC (*Performance Improvement Council*) vise à faciliter l'échange d'informations entre les agences fédérales et notamment les modes d'évaluation des performances

Le *Performance Improvement Council (PIC)* est un comité créé sur décret présidentiel pendant la présidence de George W. Bush. Le PIC est un comité transversal composé de fonctionnaires représentant chacune des agences fédérales et dédiés à l'amélioration des performances de leurs agences (*Performance Improvement Officers – PIO*). Les fonctionnaires sont nommés par leur directeur. Le comité transversal vise à faciliter l'échange d'informations entre les agences fédérales, notamment sur les méthodes d'évaluation des résultats et la manière de mettre en place des plans pluriannuels. Le PIC existe encore aujourd'hui.

L'influence de l'*American Bankruptcy Institute* sur la réforme du Chapter 11 de l'U.S. Bankruptcy Code

Le processus de réforme initié du *Chapter 11* de l'U.S. Bankruptcy Code est emblématique du degré de collaboration qui peut exister entre, d'une part, les pouvoirs publics américains et, d'autre part, les instituts de recherche et organisations professionnelles dans des domaines complexes à réguler. Les conditions de la réforme du *Chapter 11* témoignent en outre du degré de préparation avec lequel les parties prenantes aux États-Unis ont pu envisager une réforme d'une loi fédérale, en l'espèce de la loi fédérale américaine des faillites.

Dans un premier temps, il est intéressant de noter que le processus de réforme du *Chapter 11* a principalement été initié, non pas par l'administration – comme il serait l'usage en France – mais par l'*American Bankruptcy Institute* (« l'ABI »)⁹¹. L'initiative ainsi prise par l'ABI a permis de combler un problème important auquel l'administration et le Congrès ont fait face dans le passé : le manque de temps et d'expertise pour garantir un effort de compréhension globale du système juridique en place.

Dans le cadre de la réforme du *Chapter 11*, les travaux de l'ABI permettront au Congrès de se fonder sur des analyses approfondies de l'état du droit des faillites aux États-Unis. En effet, après 2 ans d'investigations, la commission d'études de la réforme du *Chapter 11*⁹², mise en place par l'ABI en 2012, a rendu un rapport de 400 pages en 2014, qui servira au Congrès à poser les bases pour une réforme d'ensemble du cadre juridique aux États-Unis.

Pour le fonctionnement de la commission d'études de la réforme du *Chapter 11*, l'ABI s'est inspiré du fonctionnement (i) de la « *Commission on Bankruptcy Laws* » que le Congrès avait mis en place en 1970 pour la réforme de 1978, et (ii) de la « *National Bankruptcy Review Commission* » du Congrès dont les travaux ont conduit à une réforme mineure du droit des faillites en 2005. Caractérisé par une grande transparence, le travail de la commission d'études de la réforme du *Chapter 11* a démontré que l'ABI a essayé de tirer des enseignements des processus de réforme préalables, notamment de la réforme de 2005 qui a largement été influencé par le lobby des cartes de

91 L'ABI est une organisation comprenant plus de 13.000 praticiens de la faillite, avocats, juges, professeurs de droit, comptables, banquiers d'affaires et spécialistes du retournement. Cet institut se considère comme une association non partisane dédiée à la recherche et à l'enseignement en matière du droit des faillites. L'ABI est souvent appelé à témoigner en tant que spécialiste devant le Congrès américain, à analyser des propositions de réforme et à conduire des briefings périodiques à destination du personnel du Congrès.

92 La « *commission to study the reform of chapter 11* ».

crédit⁹³. L'ABI a ainsi notamment été soucieux de préserver un haut niveau de légitimité de son rapport et de ses propositions en permettant à un grand nombre de parties prenantes du monde privé et académique de contribuer à l'élaboration du rapport⁹⁴. Un site dédié de la commission d'études de la réforme du Chapter 11 a donné un accès libre aux travaux, auditions et conférences de la commission tout au long du processus d'investigations⁹⁵.

Il est par ailleurs également intéressant de noter que la dernière réforme majeure en droit de faillites aux États-Unis date de 1978. Ainsi, hormis la réforme mineures de 2005, le droit des faillites américain n'a pas été modifié depuis plus de quarante ans. Ces dates doivent être mis en relief avec l'avalanche de réformes auxquelles nous avons assisté en Europe et plus particulièrement en France (cinq réformes en 10 ans, démontrant un législateur sans boussole et dépourvu des capacités nécessaires pour mettre en place des réformes substantielles et durables en droit de faillite, comme évoqué précédemment). Dans ce contexte, le processus de réforme aux États-Unis met en évidence le lien entre, d'une part, l'effort de compréhension globale du cadre juridique mené préalablement à une réforme et, d'autre part, la qualité d'une réforme – qualité qui dans l'exemple américain se mesure notamment par la longévité d'une loi. À contrario, l'accumulation des réformes en France pointe les limites du travail de préparation des réformes, bien souvent trop rapide.

Enseignements et éléments transposables

- Développer l'utilisation des enseignements de l'économie comportementale par les administrations publiques

Dans tous les pays ayant adopté cette démarche, les sciences comportementales ont permis d'apporter un regard nouveau sur certaines problématiques de politiques publiques, tel que le paiement d'impôts, la limitation des coûts des assurances maladies, la santé des consommateurs, la limitation des conséquences du réchauffement climatique. La mise en place et l'efficacité de politiques publiques peuvent être ainsi significativement améliorées grâce aux sciences comportementales. Les administrations doivent aller au-delà de la simple analyse coût-bénéfice offerte par l'analyse économique du droit (à supposer même qu'elle ait été effectivement mise en place). Il est indispensable de pouvoir tirer profit des nouvelles avancées du monde académique international en la matière.

- Renforcer les mécanismes d'évaluation des politiques publiques au moment même où ces politiques sont conçues

Les différents programmes de politique publique doivent inclure dès le stade de leur conception des mécanismes d'évaluation des différents dispositifs proposés. Il est nécessaire pour cela que le personnel administratif soit davantage formé aux outils d'évaluation des politiques publiques, et pas seulement au regard des contraintes budgétaires. Le PART et GPRA ont fait l'objet de critiques aux États-Unis. Les obligations ont été jugées trop lourdes, l'évaluation de la performance nécessitant un trop grand nombre de données sur un trop grand nombre d'indicateurs. L'expérience américaine montre qu'il est important, lors de la conception des indicateurs de performance, de rester simple pour garantir l'efficacité des politiques publiques. La France en a fait l'expérience en matière de finances publiques.

- La collaboration des pouvoirs publics avec des instituts de recherche et des organisations professionnelles

Comme le démontre l'exemple de l'initiative de l'ABI dans le processus de réforme du *Chapter 11* aux États-Unis, la collaboration des pouvoirs publics avec des instituts de recherche et des organisations professionnelles permet de résoudre des problématiques inhérentes aux fonctionnements d'une administration publique ou d'un parlement : le manque d'expertise et de temps pour garantir préalablement à une réforme un effort de compréhension globale du système juridique en place.

Royaume-Uni

Le Royaume-Uni est l'un des premiers États de l'Union européenne à avoir opéré dès 2000 un changement de culture important dans ses modes de prise de décision et l'élaboration des normes. Son cadre institutionnel et réglementaire, régis par la *common law*, a connu des évolutions notables. En vue d'améliorer le processus de création normative. Les initiatives en faveur d'une amélioration de la qualité de la règle de droit ont trouvé un écho favorable avec la crise financière de 2008 du fait de l'importance de la réponse au niveau réglementaire qu'elle a nécessité. Deux comités spécialisés ont en effet été créés à cette occasion. Le premier, un comité gouvernemental « mieux légiférer » est chargé d'évaluer les coûts et les bénéfices de chaque nouvelle réglementation. Le deuxième, un comité externe, contrôle l'activité de l'exécutif.

Outils/Institutions inexistant et transposables en France

- La création d'un « Behavioral Insights Team », qui collabore avec le « Cabinet Office » du Premier Ministre et qui propose des « nudges » au gouvernement britannique

Au Royaume-Uni, la « Behavioral Insights Team », qui collabore avec le « Cabinet Office » du Premier Ministre, propose régulièrement des « nudges »⁹⁶ au gouvernement britannique afin d'améliorer les services publics et la mise en place des différentes politiques publiques. Les fonctionnaires britanniques (comme leurs homologues américains, australiens, sud-africains, qataris et danois dont les gouvernements ont mis en place des groupes de réflexions similaires) reçoivent en outre des formations spécifiques en économie comportementale.

A titre d'exemple, au Royaume-Uni, une simple modification du contenu des notifications envoyées à des contribuables en retard dans le paiement de leurs impôts a permis d'augmenter le taux de recouvrement de 15 %, correspondant à un recouvrement de 160 millions de livres récupérés six semaines à l'avance pour le Trésor britannique. Le « tour de magie » était simple à mettre en place et peu coûteux : au lieu d'envoyer une lettre standard de rappel avec mention des sanctions encourues, la nouvelle notification expliquait aux retardataires que 9 de leurs voisins sur 10 avaient déjà payé leurs impôts et qu'ils étaient parmi les derniers à ne pas encore l'avoir fait⁹⁷. Garantir au contribuable que les autres s'acquittaient tout comme lui de l'impôt était plus incitatif que le menace d'une sanction prononcée par une administration lointaine. Le « Behavioral Insights Team » publie annuellement un rapport⁹⁸.

96 V. supra 63.

97 V. The Behavioral Sciences Team, « *Fraud, error and debt: behavioural insights team paper* », févr. 2006. Il est intéressant de noter que la même technique n'a pas fonctionné aux États-Unis. Néanmoins, ce fait ne préjuge rien de la méthode qui consiste à mettre en place une stratégie pluridisciplinaire de création de la règle de droit afin de créer des dispositions réglementaires et légales plus efficaces.

98 Behavioral Sciences Team, Update Report 2015-2016, [URL] <http://38r8om2xjhh125mw24492dir.wpengine.netdna-cdn.com/wp->

93 Michelle J. White, « Bankruptcy Reform and Credit cards », *Journal of Economic Perspectives* – Vol. 21, N. 4, Fall 2007, pp. 175-199, [URL] <http://econweb.ucsd.edu/~miwhite/JEP11.pdf> (consulté le 18.09.2016).

94 V. American Bankruptcy Institute, Commission to study the reform of chapter 11, 2014, p. 13.

95 V. <http://commission.abi.org/minutes>.

- Un changement de culture administrative parmi les rédacteurs de la règle de droit

Le changement d'approche des Britanniques par rapport à la norme s'est matérialisé par la création d'une Direction de la gouvernance réglementaire (Better Regulation Executive, BRE) et de commissions non gouvernementales de suivi tant au niveau national (National Audit Office, NAO) qu'au niveau local

De nombreuses autorités locales ont été en effet incitées à s'orienter vers une analyse économique de la réglementation. Ce changement, tant horizontal que vertical, a abouti à un réseau de commissions marquant le début d'une nouvelle architecture institutionnelle au service de l'amélioration de la qualité de la norme. L'exemple anglais montre clairement l'intérêt d'une modification des institutions afin de mieux répondre aux enjeux économiques de la règle de droit.

- Élaboration d'étude d'impact *ex post* avec le National Audit Office, un bureau d'évaluation des politiques publiques

Réalisant que les études d'impact *ex ante* ne peuvent être pertinentes que si elles sont aussi suivies d'évaluations *ex post*, le Royaume-Uni a mis en place des processus d'évaluations menés par une institution externe et indépendante, le NAO – études qui, à leur tour, nourrissent les futures études d'impact *ex ante* grâce aux retours d'informations qualitatives. Ces évaluations servent de base factuelle et concrète à l'évolution des politiques publiques. Grâce à ces évaluations, le NAO et le BRE ont fortement contribué à la simplification des processus réglementaires.

Le Royaume-Uni a depuis longtemps imposé la clause de révision et de caducité à ses législations. A l'exception de la législation fiscale, les législations primaires et secondaires doivent être assorties d'une clause de révision dans un délai de 5 ans. La clause de caducité est, quant à elle, obligatoire pour la législation secondaire et se déclenche 7 ans après l'entrée en vigueur du texte.

Union Européenne

La question de l'amélioration de la qualité de la règle de droit a fait l'objet de nombreuses initiatives au sein de l'Union européenne.

La mise en place d'un marché unique a nécessité l'élaboration de nombreuses règles au niveau européen. Inévitablement, des chevauchements et des redondances avec le cadre législatif au niveau des États Membres sont apparus dans certains domaines. Un travail de simplification du cadre normatif a pour ces raisons été rapidement identifié par l'Union européenne comme un champ prioritaire, afin d'assurer la transparence et l'efficacité nécessaires de ses actions.

Le programme pilote SLIM (« *Simplification of Legislation for the Internal Market* »), portant sur quatre domaines spécifiques, a été mis en œuvre en mai 1996. Il a par la suite été renforcé par un programme pluriannuel de simplification et de mise à jour de la législation communautaire adopté par la Commission européenne en février 2003. L'objectif était de réduire la bureaucratie, d'améliorer la qualité de la législation et d'élaborer des lois mieux adaptées, tant pour les consommateurs que pour les entreprises.

C'est le rapport Mandelkern de 2001 sur la qualité de la réglementation qui a servi de base à différentes initiatives européennes en vue d'améliorer la règle de droit⁹⁹.

content/uploads/2016/09/BIT_Update_Report_2015-16-.pdf (accéder le 21.09.2016).

99 Groupe consultatif de haut niveau sur la qualité de la réglementation, présidé par Monsieur Mandelkern, Rapport final 13 novembre 2001.

Enfin, l'agenda « Mieux légiférer » de 2003 de l'Union Européenne (v. ci-dessous pour plus de détails) a été remplacé par le programme « *réglementation intelligente* » (« smart regulation »)¹⁰⁰, avant de devenir celui d'une réglementation « affûtée et performante » en 2012 sous l'acronyme REFIT (« *Regulatory Fitness and Performance Programme* »)¹⁰¹:

Le 12 décembre 2012, la Commission a lancé le programme REFIT¹⁰². Cette première communication est complétée, le 7 mars 2013, par la communication « *Réglementation intelligente – répondre aux besoins des petites et moyennes entreprises* » puis, le 18 juin 2014, par une autre intitulée « *Programme pour une Réglementation affûtée et performante : situation actuelle et perspectives* ».

Outils/Institutions inexistantes en France

- L'initiative « Mieux légiférer » dans l'Union Européenne

L'initiative « Mieux légiférer » dans l'Union européenne est un exemple pour une approche transectorielle de l'amélioration de la qualité de la règle de droit. Les axes de cette initiative ont été développés dans trois communications de la Commission concernant les modalités et les évaluations de leur mise en œuvre :

- « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire »¹⁰³;
- « L'analyse d'impact »¹⁰⁴; et
- « Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue »¹⁰⁵.

Ces initiatives ont abouti à la conclusion d'un accord interinstitutionnel intitulé « Mieux légiférer » (2003/C 321/01 - JOCE du 31 décembre 2003). Les différents axes ont donné lieu à d'autres communications de la Commission européenne¹⁰⁶.

- La mise en place d'un comité des études d'impact pour évaluer la qualité des études et créer ainsi un pôle de compétence en matière d'études d'impact et une base de données qui pourra être utilisée pour les études ultérieures

L'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » (2003/C 321/01 - JOCE du 31 décembre 2003) prévoit notamment que les actes législatifs doivent être précédés d'une étude d'impact, portant notamment sur les effets économiques, sociaux et environnementaux de la réglementation.

En juin 2005, la Commission a publié des lignes directrices concernant l'évaluation d'impact qui présentent la méthodologie et la procédure à suivre lors de l'examen d'une proposition. Ces lignes directrices ont été adaptées en 2006 et 2009 et représentent le manuel de base sur cette question¹⁰⁷. En 2007, un comité d'analyse d'études d'impact a ensuite été créé pour juger de la qualité des études d'impact.

100 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions : Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne (COM/2010/0543 final), 8 octobre 2010.

101 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, Programme pour une réglementation affûtée et performante (Regulatory fitness and Performance Program) (COM/2012/746/final).

102 Communication COM/2012/746/final, précité.

103 COM(2002) 278 final du 5 juin 2002.

104 COM(2002) 276 du 5 juin 2002.

105 COM(2002) 704 final du 11 décembre 2002.

106 V. les documents de référence, [URL]http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/key_docs_en.htm (20.05.2015).

107 SEC « The Impact Assessment Guidelines », 2009, 92.

Le système d'études d'impact de l'Union a fait cependant l'objet de différents audits mettant en évidence l'existence de lacunes dans les études d'impact. L'audit réalisé par la Cour des comptes européennes en 2010 montre notamment que¹⁰⁸ :

- Les décisions sont souvent prises avant même la réalisation de l'étude, qui vient alors appuyer la décision ;
- Les amendements apportés par le Parlement au projet initial de la Commission ne font pas l'objet d'analyse d'impact ;
- La sélection des initiatives qui doivent faire, ou non, l'objet d'analyse d'impact est peu transparente ;
- La qualité des études d'impact est perfectible.

Les améliorations récentes dans le contrôle de la qualité des rapports d'analyse d'impact de la Commission grâce notamment au comité d'analyse des études d'impact doivent être relativisées dans la mesure où celui-ci ne peut contraindre la Commission à suivre ses recommandations.

- La création d'un point d'entrée unique pour les consultations

L'accord interinstitutionnel prévoit également des modes de consultations élargis et organisés autour d'un site unique « Votre point de vue sur l'Europe »¹⁰⁹

Ce site a été créé pour répondre aux normes minimales applicables aux consultations engagées par la Commission issues de la communication précitée de la Commission « *Vers une culture renforcée de consultation et de dialogue* »¹¹⁰.

- La définition d'une méthodologie unique en matière d'études d'impact et sa mise à jour régulière en fonction de l'expérience acquise

Les règles prévoient que toute communication dans le cadre de la consultation doit être claire et concise, et comporter toutes les informations nécessaires pour faciliter les réponses.

Lorsqu'elle entend désigner le(s) groupe(s) cible(s) de ses consultations, la Commission européenne doit veiller à ce que les parties concernées aient la possibilité d'exprimer leur opinion. Pour garantir une consultation équitable, la Commission doit veiller à ce que les parties ci-dessous soient invitées à prendre part à la consultation : celles concernées par la politique, celles participant à la mise en œuvre de cette politique ou tout organisme qui, par ses objectifs notoires, a un intérêt direct dans cette politique.

La Commission doit assurer une publicité adéquate à des fins de sensibilisation et adapter ses moyens de communication aux besoins du public cible. Sans pour autant exclure les autres moyens de communication, les consultations publiques ouvertes devraient être accessibles sur Internet et annoncées sur la page d'un point d'accès unique. Pour atteindre un public plus large, un point d'accès unique à la consultation, via le portail « Votre point de vue sur l'Europe », a été mis en place ; les parties intéressées y trouvent les informations et les documents pertinents.

La Commission s'oblige à respecter un délai suffisant pour l'organisation et la réception des contributions écrites. Ce délai est d'au minimum huit semaines pour répondre aux consultations publiques écrites. Les réunions publiques doivent être annoncées avec un préavis d'au moins vingt jours ouvrables

Un accusé de réception des contributions doit être fourni. Les résultats de la consultation publique ouverte doivent être diffusés sur les sites Internet dont le lien figure sur la page du point d'accès unique.

108 European Court of Auditors, « Impact assessment in the EU institutions: do they support decision-making? », 2010

109 [URL]http://ec.europa.eu/yourvoice/index_fr.htm (20.05.2015).

110 COM(2002) 704 final du 11 décembre 2002.

- La définition d'une nouvelle méthodologie pour évaluer les coûts imposés par les législations existantes ou en préparation¹¹¹

La Commission a proposé en 2005 une méthodologie européenne commune pour évaluer le coût administratif résultant de contraintes imposées par la législation en vigueur et en préparation¹¹². Cette méthode a été initiée et décrite par l'OCDE.¹¹³

Selon cette méthode dite des coûts standards, les coûts se répartissent entre « *coûts de mise en conformité technique* » et « *coûts administratifs* ». Le Programme d'action vise à mesurer les coûts administratifs et à identifier et réduire les charges administratives sans porter atteinte aux objectifs de la législation concernée¹¹⁴.

Enseignements et éléments transposables

- Faire contrôler les études d'impact par un comité indépendant

La constitution d'un comité chargé spécifiquement d'évaluer et de renforcer la qualité des études d'impact est primordial. Un tel comité permet de centraliser un pôle de compétence dans ce domaine et de rassembler les bases de données pouvant être utilisées pour des études ultérieures.

- Développer une méthodologie commune pour évaluer les coûts imposés par les législations existantes ou en préparation

Une méthode d'analyse des coûts applicable à l'ensemble des administrations permet aux décideurs politiques de mieux comparer des alternatives aux mesures proposées dans un projet législatif ou de texte réglementaire.

- Développer une méthode commune pour les consultations publiques

Une méthodologie unique en matière d'étude d'impact et sa mise à jour régulière en fonction de l'expérience acquise augmente la prévisibilité du processus de consultations publiques pour les contributeurs. Donner de la prévisibilité sur le processus de consultations publiques aux contributeurs est important car cette prévisibilité influencera de façon significative la qualité des contributions et les incitations à contribuer.

Partie III Recommandations

Les consultations publiques

Accroître la transparence, l'efficacité et la diversité des contributeurs au processus de consultation publique:

1.1. assurer un meilleur accès aux données recueillies lors des consultations publiques ou lors de la préparation des études d'impact

La **publication** des données recueillies lors des consultations publiques ou lors de la préparation des études d'impact est importante. À l'ère **des nouvelles technologies**, de **l'Open Data et de l'Open Government**, la publication de données à l'état brut n'est toutefois plus suffisante. Ces données doivent être non seulement accessibles, mais aussi être réutilisables pour les

111 Communication de la Commission européenne sur une méthode commune de l'Union européenne pour l'évaluation des coûts administratifs imposés par la législation, COM(2005) 518 final, 21 octobre 2005.

112 COM(2005)518, précité.

113 « A review of the standard Cost Model » (GOV/PGC/REG(2005), Working party on regulatory management and reform, 17 mars 2005.

114 COM(2005)518, précité.

parties intéressées. L'amélioration du niveau d'accès des données nécessite l'**interopérabilité** des formats de publication utilisés et l'absence de licences appropriatives empêchant l'utilisation des données.

L'information doit être en effet organisée d'une façon uniforme et structurée afin d'**être traitée informatiquement** et pas seulement projetée sur un écran. Ainsi, le fait de mettre en ligne des documents scannés sans s'assurer qu'ils soient lisibles par les machines (« *machine readable* ») ou le fait de mettre en ligne des études sans donner un **accès informatique aux bases de données sous-jacentes**, limite les possibilités de réutilisation ou d'enrichissement de l'information. C'est un frein non négligeable au développement d'une culture de la consultation publique ouverte et pluridisciplinaire dans l'élaboration d'une règle de droit.

En général, la création d'une règle de droit devrait être « *open source* », car **le droit peut être comparé au système opérationnel d'un pays**. Les citoyens constatant des insuffisances dans les règles de droit qui les affectent devraient pouvoir formuler des propositions pour solutionner ces dysfonctionnements. Il est donc urgent que les créateurs institutionnels des règles de droit se dotent des capacités nécessaires pour produire des dispositions légales et réglementaires adaptées (en adoptant une stratégie pluridisciplinaire d'élaboration de la règle de droit). Ce sont ces capacités qui donneront aux justiciables et aux groupes d'intérêts l'accès aux informations nécessaires pour formuler des propositions d'amélioration ou de modification des dispositions qui leurs sont préjudiciables¹¹⁵.

Des initiatives comme Akoma Ntoso (« *cœurs liés* »)¹¹⁶ ont, à titre d'exemple, pour objectif de développer des **standards, langages et lignes directrices pour la publication et l'enrichissement des documents judiciaires, réglementaires et législatifs**. L'idée de base est de rendre possibles (i) le « *cross-referencing* » (il s'agit par exemple de créer des références interactives dans les lois qui renvoient à des dispositions d'autres lois), (ii) la publication des métadonnées qui ont été utilisées lors de l'élaboration d'une disposition (il s'agit par exemple de rendre accessibles par un simple « *clik* » sur un passage d'un article d'une loi les débats parlementaires ou les autres documents de supports qui ont mené à son élaboration), et (iii) la réutilisation des informations (par exemple en garantissant des formats de publication eXtensible Markup Language, ou XML), etc.

Les initiatives de l'*Open Data* et de l'*Open Government* en France vont dans cette direction et de nombreux documents ont été publiés¹¹⁷ à cet effet. Néanmoins, nous rappelons qu'un important travail reste à faire, notamment en termes d'enrichissement et d'interopérabilité des données.

Il convient de rappeler que de nombreuses solutions technologiques existent pour assurer l'efficacité d'un **échange à grande échelle entre justiciables** (le « *crowdsourcing* » ouvrant le processus d'élaboration de la règle de droit à l'intelligence collective et à des sources de connaissance diverses) et **décideurs politiques ou administratifs**. À titre d'exemple, des développeurs de programmes « *open source* »

utilisent souvent des services web comme GitHub, service web d'hébergement et de gestion de développement de logiciels¹¹⁸. Ce service est innovant car, contrairement à des systèmes traditionnels de développement de logiciel « *open source* » qui amènent chaque contributeur à télécharger toutes les sources du projet et à proposer ensuite ses modifications à l'équipe du projet, GitHub permet une gestion des versions d'un projet plus efficace, notamment en se fondant sur le principe du « *fork* »¹¹⁹ par défaut. De cette manière, non seulement des logiciels complexes ont pu être développés par de nombreux contributeurs, mais ces logiciels ont également pu être entretenus et mis à jour (comme par exemple Bitcoin, Ruby on Rails, Django, Linux Mint, etc.) par de nombreux contributeurs.

Un procédé similaire pourrait être appliqué à l'élaboration, le suivi et la réforme d'une règle de droit¹²⁰. Il apparaît intéressant dans ce contexte de s'inspirer des enseignements tirés de l'élaboration du projet de loi pour une « *République numérique* », fondée sur le modèle de la démocratie contributive¹²¹ et recourant aux outils informatiques pour ce faire.

Dans l'économie de la connaissance dans laquelle la France évolue désormais, le savoir n'est plus monopolisé par des individus ou par l'État. Dans ce monde complexe l'expert n'a de légitimité qu'au sein d'un groupe, la connaissance étant collégiale : dans la société chaque individu en détient un morceau et il convient donc pour les créateurs de la règle de droit de rassembler les contributions et d'apprendre à travailler en groupe. Le rôle des créateurs institutionnels de la règle de droit en France, et plus généralement de l'État, est donc de mettre en place les conditions qui permettront à un public plus large et non présélectionné de prendre la parole, de contribuer, de surprendre les responsables politiques et de dépasser les positions de principe.

Bien entendu, toutes ces suggestions ne pourront pas s'appliquer à l'ensemble des secteurs réglementaires. Dans certains domaines particulièrement complexes, telle la réglementation

118 GitHub, [URL] <https://github.com> (consulté le 1.10.2015). Le service propose notamment des comptes gratuits pour les projets de logiciels libres.

119 Un « *fork* », ou embranchement, est un nouveau logiciel créé à partir du code source d'un logiciel existant. Cette situation naît souvent à la suite de divergences de points de vue ou d'objectifs parmi les développeurs. Toute personne « *forkant* » le projet devient alors publiquement le leader de sa version du projet qui continuera à porter le même nom que l'original. Si plus tard les développeurs réalisent qu'ils partagent des objectifs similaires ou parviennent à réconcilier leurs points de vue, il est possible de fusionner des bases de code ou des « *forks* ».

120 Ceci veut dire qu'au lieu de mettre à disposition de milliers de personnes un document *word* avec des « *track changes* », un logiciel permettra l'accès instantané et public à de multiples versions d'amendements, qui pourront plus facilement être visualisées, discutées et fusionnées. En effet, un service comme GitHub permet une gestion plus efficace des versions d'un projet. Au lieu d'avoir une gestion purement linéaire ou temporelle des versions, des services comme GitHub permettent une gestion de contenu plus élaborée, selon une structure arborescente. Ainsi, le système de branches permet de conserver les anciennes versions d'un projet (sur les branches) tout en continuant le développement des futures versions (sur le tronc). Ceci permet des développements parallèles et simultanés. Pour soumettre ses modifications à la communauté, un utilisateur doit faire un « *commit* » (une soumission). À ce moment, apparaissent automatiquement des conflits entre ce que le développeur souhaite soumettre et les modifications effectuées depuis la dernière version sur laquelle l'utilisateur a travaillé. Ces conflits doivent être résolus (« *merge* ») pour que le patch soit accepté. V. également « *Evolution of contracts* » [URL] <https://www.youtube.com/watch?v=y80PsNafgEQ> (consulté le 1.10.2015), montre comment un mécanisme de contrôle de versions pourrait être appliqué lors de la collaboration de plusieurs avocats travaillant sur un même contrat.

121 « *La République numérique – en actes* », [URL] <http://www.gouvernement.fr/la-republique-numerique-en-actes> (accéder le 1.10.2015). V. Sarah Belouezzane et Martin Untersinger, « La loi numérique cible les données personnelles », 26.09.2015, [URL] http://www.lemonde.fr/pixels/article/2015/09/26/la-loi-numerique-cible-les-donnees-personnelles_4772884_4408996.html (accéder le 1.10.2015).

115 Sur l'application des outils des sciences informatiques au travail du législateur, Mathieu Kohmann, « *Droit et Technologie* », (à paraître 2016). V. également des initiatives comme Public.Resource.org, « *Law is the operating system of our society... So show me the manual!* », [URL] <https://law.resource.org> (accéder le 1.10.2015).

116 Akomantoso [URL] <http://www.akomantoso.org/akoma-ntoso-in-detail/what-is-it/> (consulté le 1.10.2015). Pour d'autres initiatives de ce type, v. « *VOXPOPULII, Legal Information Institute – open access to law since 1992* », <https://blog.law.cornell.edu/voxpath/tag/akoma-ntoso/> (accéder le 1.10.2015).

117 « *Data.gouv.fr – Plateforme ouverte des données publiques françaises* », [URL] <https://www.data.gouv.fr/fr/> (accéder le 1.10.2015).

financière, la participation à grand échelle du public sera illusoire, voire préjudiciable.

1.2. élaborer des règles communes en matière de consultation publique

En pratique les ministères ont une **grande marge de manœuvre** en ce qui concerne le traitement des retours de consultations publiques, leur calendrier, la publication des positions exprimées ainsi que la sélection des parties consultées. Le **manque de transparence sur le déroulement des consultations publiques dans certains pays, notamment dans le cadre d'études d'impact**, a aujourd'hui pour conséquence de **systématiquement exclure** du processus d'élaboration d'une règle de droit certaines **parties intéressées**, qui se trouvent **en dehors du système** de consultation établi et du cercle des personnes traditionnellement consultées. Par conséquent, le risque est important que des **idées innovatrices et non conventionnelles** ne soient pas prises en considération durant le processus d'élaboration d'une nouvelle règle de droit.

Une consultation publique est aussi un processus par lequel les responsables politiques sont contraints d'**expliquer** leurs **politiques publiques** et de **justifier** leurs **nouveaux projets de réglementation ou de régulation**. Dans cette mesure, des consultations publiques plus transparentes et ouvertes augmenteront l'obligation des responsables politiques de **rendre des comptes**, non seulement à des groupes d'intérêt présélectionnés, mais à un public intéressé plus large (c'est l'idée de « *accountability* »).

Afin de rendre le processus de consultation publique plus lisible pour les tiers, il convient donc d'élaborer **des règles communes** en matière de consultation publique **pour tous les ministères** et que ces règles fassent l'objet d'une **publication systématique et large**.

L'uniformisation des procédures de consultation publique doit faire l'objet d'une **réflexion globale et continue**, fondée notamment sur un **partage d'expériences** des différents ministères. Cela devrait pouvoir aboutir à la constitution d'**un guide unique de la consultation publique**, valable quel que soit le secteur, et qui sera régulièrement actualisé en fonction des expériences acquises. Ce cadre général doit cependant demeurer suffisamment **souple** pour tenir compte des exigences propres à différents types d'intérêts (par exemple non-organisés ou insuffisamment représentés par des associations) et de la nécessité d'élaborer des stratégies de consultation adéquates pour chaque proposition de politique publique.

Les règles uniques en matière de consultation publique doivent donc mettre l'accent sur la **transparence**, notamment grâce à l'ouverture de la consultation par voie **électronique (via un point d'accès unique à la consultation)**, et la **publication** des retours et informations obtenues auprès du public sur un site Internet dédié. Ceci dépasse donc la simple publication de l'étude d'impact sur Legifrance. Ces règles uniques permettront d'éviter que des pratiques disparates ne se mettent en place et conduisent à des analyses de qualité variable qui pourraient discréditer l'ensemble du processus.

1.3. assurer une publicité efficace des appels à contributions dans le cadre de consultations publiques

L'**appel à contributions** dans le cadre d'une consultation publique doit nécessairement faire l'objet d'une **publicité large** permettant de collecter les retours de toutes les parties intéressées (autorités scientifiques, politiques, locales, nationales et acteurs privés). Pour assurer une **participation large** sur une politique donnée, il conviendrait notamment d'**inviter individuellement** les parties susceptibles d'être concernées : personnes visées par loi, acteurs chargés de sa mise en œuvre, organismes ayant un intérêt à sa mise œuvre. L'invitation à

participer à une consultation publique doit en revanche rester **non-discriminatoire** afin d'éviter l'exclusion de certaines parties intéressées, du fait de leurs orientations politiques ou positions académiques. Les nouveaux outils technologiques, tels que ceux utilisés lors du projet « *République numérique* », pourraient être utilisés dans le cadre des consultations publiques. Un processus de consultation publique standardisé et facile à utiliser incitera davantage de personnes à participer et permettra une évaluation plus efficace des contributions). De même, les réseaux sociaux représentent un canal de communication pertinent pour annoncer la mise en place d'une consultation et d'ouvrir le champ des contributeurs, afin de garantir une meilleure représentativité. Par ailleurs, l'existence d'un portail individualisé « mon.service-public.fr » devrait permettre à tout citoyen d'exprimer ses préférences lui permettant d'être régulièrement informé, par courriel, des projets de lois soumis à contribution dans le domaine préalablement indiqué comme intéressant l'utilisateur. Une telle pratique est mise en œuvre par la Commission Européenne qui permet de choisir une liste de domaines pour lesquels les citoyens sont informés des consultations engagées.

Afin de garantir une information tout au long de l'avancement du projet, un système de notification par email pourrait être mis en place dans lequel les parties prenantes pourraient s'inscrire pour être tenues informées des avancées importantes du projet de réforme. Ce système de newsletter pourrait être facilement développé au sein des administrations.

1.4. laisser un temps de réponse suffisant aux contributeurs

Il a souvent été relevé que les parties et les administrations sollicitées dans le cadre d'études d'impact, de consultations ou de demandes d'avis ne disposaient pas d'**un temps suffisant pour établir un véritable dialogue**. De nouvelles règles uniformes devraient prévoir une période d'**au moins trois mois** pour permettre aux intéressés de préparer des contributions à la fois substantielles et originales. En outre, des **préavis d'au moins vingt jours** ouvrables devraient être respectés pour l'organisation de réunions. Bien que de bon sens, ces règles ne sont pas suivies pour l'heure.

1.5. Fournir des accusés de réception

Des **accusés de réception** des contributions pourraient être systématiquement fournis aux parties sollicitées dans le cadre d'études d'impact, de consultations ou de demandes d'avis.

L'évaluation ex-ante et ex-post des politiques comme outils permettant d'éclairer les choix des responsables politiques et administratifs

L'étude d'impact est un instrument d'aide à la décision, notamment en ce qu'elle permet aux responsables politiques ou administratifs d'identifier les règles de droit les plus adaptées et les plus efficaces. En période d'incertitudes économiques et de restrictions budgétaires une règle de droit de qualité peut représenter un levier efficace pour la croissance (*i.e.* bilan coûts/avantages positif). De la sorte, la règle de droit peut devenir un vecteur par lequel les responsables politiques et administratifs sont susceptibles de mener à bien des réformes structurelles afin de remettre un pays sur le chemin de la croissance.

Une telle réglementation innovante se détache, à titre d'exemple, des traditionnelles approches dites « *top down* »¹²² et essaie de trouver des solutions intelligentes, fondées sur la

122 L'État émet des règles (inadaptées), qui s'imposent aux acteurs privés sans qu'ils aient été consultés au préalable.

participation des acteurs privés. Ces solutions pourront notamment se fonder sur des mécanismes de co-régulation « public-privé » ou d'autorégulation.

Malgré les avancées offertes par les études d'impact, l'étude d'impact continue à souffrir d'un **problème de perception dans les administrations et auprès du public**. En effet, la technique de l'étude d'impact semble comprise comme un substitut technocratique à une décision démocratique et non comme un moyen d'information permettant aux responsables politiques ou administratifs de prendre des meilleures décisions. Une meilleure formation des cadres administratifs et une communication à un public plus large des avancées que les études d'impact ont permis de réaliser dans le passé contribueront à déconstruire cette perception erronée et contribueront à renforcer une **culture du dialogue informé et de la consultation publique à la fois plurielle et interdisciplinaire** en France.

2.1. par un meilleur déploiement des études d'impact dans le temps (évaluations *ex ante*, simultanée et *ex post*)

Idéalement, une étude d'impact devrait consister en une (i) **évaluation préliminaire** ou *ex ante* (analysant l'opportunité d'adopter une règle de droit en réponse à une problématique, souvent sur la base d'une consultation publique), (ii) une **évaluation simultanée** (pendant l'élaboration de la règle de droit), et (iii) une **évaluation rétrospective** ou *ex post* (vérifiant si la règle de droit a atteint ses objectifs ou nécessite une actualisation). Bien qu'essentiel, ce modèle est pourtant trop rarement respecté et, surtout, l'importance des **analyses simultanées et *ex post*** est souvent sous-estimée (v. l'exemple de la « Loi Macron » mentionné en introduction).

Ainsi, les **études d'impact doivent être actualisées** si des changements significatifs interviennent. Ces derniers sont en effet susceptibles d'avoir des conséquences sur la cohérence d'une nouvelle règle de droit avec des textes antérieurs ou sur l'articulation de différentes dispositions contenues dans un même texte (voir l'exemple de la « Loi Macron » mentionné en introduction).

Si l'objectif de l'étude d'impact est de quantifier les conséquences d'une nouvelle règle de droit ou, à défaut, de les hiérarchiser, alors celle-ci doit nécessairement porter sur le texte qui sera finalement adopté par le Parlement.

En ce qui concerne les **évaluations *ex post***, il convient de constater que la majorité des pays disposent de mécanismes permettant un suivi ou un contrôle mais que ceux-ci sont très souvent disparates et peu coordonnés. Il apparaît donc important d'initier une réflexion globale sur le sujet afin de **clarifier le rôle des différentes administrations intervenant dans les évaluations *ex post*** et, le cas échéant, de les rationaliser.

De façon générale, les **analyses *ex post*** devraient être effectuées **de façon automatique et systématique** afin de pouvoir identifier suffisamment en avance la nécessité de réformer une règle de droit ou de mettre en place un nouveau programme de politique publique. A l'image de ce qui se pratique en matière européenne, l'introduction de **clauses de réexamen automatique ou de révision obligatoire** permettrait de s'assurer de la mise à jour continue de la législation, indépendamment des majorités politiques au pouvoir, et ainsi de préserver la sécurité juridique.

2.2. par le renforcement de l'exposé des motifs d'un nouveau projet de règle de droit afin de limiter l'inflation législative ou réglementaire et par l'amélioration de la justification du type de règle de droit choisi

L'étude d'impact doit débiter le plus en amont possible pour en tirer profit dès le début de la phase consultative. Cette dernière est essentielle car elle doit non seulement confirmer qu'il y a **nécessité d'élaborer une règle de droit**, mais aussi justifier **l'intérêt du type de règle** choisi. Pour ce faire il importe de **renforcer l'exposé des motifs** d'un nouveau projet de règle de droit en rendant obligation la présentation (i) des consultations effectuées *ex ante*, (ii) de leurs résultats, (iii) des justifications du type d'instrument juridique choisi pour légiférer ou réglementer, et (iv) d'une première analyse sur les implications budgétaires du projet. La justification du choix de l'instrument juridique utilisé permettra de prendre en compte des voies d'intervention alternatives à la législation, notamment la co-régulation ou l'autorégulation¹²³.

Les analyses *ex ante* menées dans le cadre d'une étude d'impact constitueront ainsi un véritable **outil d'aide à la décision** pour les créateurs de la règle de droit. Ces derniers pourront donc lutter contre l'inflation législative ou réglementaire et prendre une **décision informée sur l'opportunité** (i) de créer une nouvelle norme ou (ii) d'abroger des dispositions existantes et devenues caduques.

Le fait de **soumettre un nouveau projet** de règle de droit **le plus tôt possible à une consultation publique** (en quelque sorte un « *test* » ; v. également la recommandation 3.2. de ce rapport sur le « *A/B testing* ») permettra aussi d'intégrer un premier « *feedback* » et donc de procéder aux modifications nécessaires du projet de règle de droit. Ces modifications pourront ainsi être prises en compte avant même que les coûts investis dans l'élaboration de la règle ne soient devenus trop importants. Une telle approche qui s'inspire des processus de création utilisés en science informatique (« *agile development* »¹²⁴) ou en entrepreneuriat (le « *Lean* »¹²⁵ avec l'idée du « *pivot* » ou du « *build, measure, learn* »), permettra d'impliquer au maximum les personnes intéressées dans le processus d'élaboration et d'être réactif aux changements de circonstances qui pourraient, pendant le processus d'élaboration, avoir un impact sur la forme de cette règle.

2.3. par l'amélioration de la méthodologie des études d'impact : analyse des coûts et chiffrage d'une nouvelle règle de droit en identifiant des indicateurs d'efficacité robustes

Afin d'améliorer la qualité des études d'impact, il apparaît essentiel **d'améliorer leur méthodologie**, notamment en ce qui concerne l'analyse des coûts et le chiffrage. L'élaboration d'un guide méthodologique clair et souple semble nécessaire pour (i) servir de base commune à toutes les études d'impact et (ii) expliquer de façon succincte les principales techniques qui peuvent être mises en œuvre dans une d'étude d'impact (analyse coût-bénéfice, analyse coût-efficacité, analyse des risques et analyse risque contre risque¹²⁶). Ceci réduira la probabilité de voir des pratiques disparates en matière d'étude d'impact se mettre en place, conduisant à des analyses de qualité variable et

123 Co-régulation : fait de conférer la réalisation d'objectifs de politique publique, définis par les responsables politiques, à des opérateurs économiques, des associations professionnelles, des partenaires sociaux ou des organisations non-gouvernementales. Auto-régulation : fait de donner aux opérateurs économiques, aux associations professionnelles, aux partenaires sociaux ou à des organisations non-gouvernementales la possibilité d'adopter entre eux et pour eux-mêmes des lignes directrices, comme des codes de conduites ou des accords sectoriels ; voir exemple de l'UE.

124 Kent Beck, Mike Beedle, Arië van Bennekum, Alistair Cockburn, Ward Cunningham, Martin Fowler, James Grenning, Jim Highsmith, Andrew Hunt, Ron Jeffries, Jon Kern, Brian Marick, Robert C. Martin, Steve Mellor, Ken Schwaber, Jeff Sutherland, Dave Thomas, « The Agile Manifesto », août 2001.

125 V. par exemple la Stanford d.school: Institut of Design at Stanford, [URL] <http://dschool.stanford.edu/our-point-of-view/#design-thinking> (25.09.2015).

126 Chantal Kegels et Katrien Debeuckelaere, « *L'analyse d'impact de la réglementation (AIR) : un outil pour améliorer la prise de décision politique ?* », Revue du Centre d'Études et de Recherches en Administration publique, Management et état de droit, 2, 2000, pp. 111-120.

discréditant tout le processus (v. également les recommandations pour le guide de la consultation publique).

Cette exigence va de pair avec une **amélioration de la formation des fonctionnaires** afin que ces derniers soient en mesure de mener des études d'impact en profondeur et des analyses de chiffrages de la réglementation pertinentes.

L'exemple des États-Unis montre que, dans le cadre d'une étude d'impact, une collecte trop intensive de données sur un trop grand nombre d'indicateurs peut s'avérer contreproductive. Il est dès lors important de garder cet aspect en tête afin de rendre efficaces les programmes d'évaluation d'une politique publique ou d'une règle de droit. En effet, **la crédibilité et l'identification d'indicateurs appropriés** sont essentielles pour parvenir à une évaluation fiable et interdisciplinaire. Dès la mise en place d'une nouvelle règle de droit ou d'un programme de politique publique, il serait opportun d'identifier les indicateurs susceptibles de refléter au mieux la performance des mesures en question. La confiance accordée aux résultats communiqués en matière de performance des nouvelles mesures est essentielle si l'on souhaite que les conclusions d'une étude d'impact trouvent un large écho dans les administrations et parmi les décideurs politiques fixant les agendas nationaux pour les réformes (futures).

2.4. par l'amélioration de la publication et le potentiel de réutilisation des études d'impact

A l'instar de ce qui est fait avec Legifrance, une **publication de toutes les études d'impact sur un site Internet** donnerait accès à un large public à des informations fiables sur les projets en cours et leur permettrait de formuler des amendements/recommandations plus informé(e)s (idée de l'*open innovation*).

Il serait intéressant d'étendre cette publication non seulement aux études d'impact, mais aussi à toutes les données (par exemple empiriques) recueillies dans le cadre d'études ou de contributions. Il convient en effet de réfléchir à une publication de tous les retours obtenus dans le cadre des consultations publiques, aussi longtemps qu'une telle publication ne nuit pas de façon disproportionnée à la participation des parties intéressées. Ceci permettra d'augmenter la qualité des participations dans les phases consultatives en cours (des parties pourront réagir et entrer dans un débat sur les affirmations faites par d'autres participants) ou à venir (des parties pourront tirer des analyses des réponses, données recueillies ou études réalisées par des parties dans des consultations publiques préalables portant sur des sujets similaires). Il s'agit donc de permettre aux parties intéressées d'enrichir continuellement la qualité des données obtenues dans le cadre de consultations précédentes. Une diffusion large des études d'impact est essentielle car elle oblige les responsables à indiquer clairement leurs hypothèses de travail et produire un discours technique accessible à un large public.

La publication des études d'impact et la possibilité donnée au public de s'approprier les informations qui ont permis la rédaction des études renforcent ainsi significativement le caractère démocratique des prises de décisions politiques et évite une dérive technocratique du processus de décision¹²⁷.

2.5. par le renforcement du contrôle de la qualité des études d'impact et des sanctions

Si le ministère en charge du projet de loi se voit également confier la mission de faire réaliser une étude d'impact, il est indispensable d'instaurer des dispositifs de contrôle et de

sanction efficaces afin de se prémunir de tout risque de partialité dans la conduite de l'étude.

Pour que le Conseil d'État puisse réellement effectuer son travail de **contrôle de la qualité des études d'impact**, il conviendrait de le doter d'un nouveau groupe de travail composé d'économistes, de juristes, et le cas échéant d'experts selon les sujets et thématiques traités. La mission de ce groupe serait de mettre en place un contrôle approfondi des études d'impact et des conclusions qui en sont tirées. Celui-ci pourrait être intégré à l'actuelle section du rapport et des études ou composer une sous-section de cette dernière, ou encore faire l'objet d'une nouvelle section au sein du Conseil d'État.

Ce groupe de travail serait composé de personnalités qualifiées et de hauts fonctionnaires issus par exemple du corps des Administrateurs civils du ministère de l'Économie et des Finances ou du corps de l'Inspection générale des Finances¹²⁸.

Alternativement, **un comité d'analyses d'études d'impact, totalement indépendant, pourrait aussi être créé sans participation du Conseil d'État**. Il serait également composé d'économistes et de juristes, et le cas échéant d'experts selon les sujets et thématiques traités, et aurait pour mission de surveiller la qualité des études d'impact et la cohérence des conclusions qui en seront tirées.

Par ailleurs, à ce jour, le fait majoritaire et les délais empêchent la Chambre des Présidents de réaliser un examen approfondi de l'étude d'impact. Par ailleurs, seul le Comité d'Évaluation et de Contrôle de l'Assemblée nationale peut assister les parlementaires et donner son avis sur l'étude d'impact sur demande du Président de la commission ou du Président de l'Assemblée.

Nous préconisons pour cette raison de doter le Parlement, dont les membres sont les principaux bénéficiaires de l'étude d'impact, de pouvoirs de contre-expertise sur des éléments fournis dans l'étude d'impact. Il s'agirait de créer un organe dédié, commun à l'Assemblée nationale et au Sénat, qui aurait pour vocation de mettre en œuvre ce contrôle. L'indépendance de l'organe serait garantie par une représentation équitable entre membres de la majorité et membres de l'opposition au sein de cet organe dédié.

Enfin, la possibilité de contester devant le Conseil constitutionnel le respect des obligations constitutionnelles attachées à la réalisation d'une étude d'impact est limitée. L'article 39 al. 4 de la Constitution autorise la Conférence des Présidents, en cas de désaccord persistant avec le gouvernement, de saisir le Conseil Constitutionnel. Cette option reste hypothétique pour les raisons évoquées précédemment. En outre, sur le fondement de l'article 61 al. 2 de la Constitution, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité a priori, le Conseil constitutionnel a admis une saisine sur le moyen tiré d'une violation des prescriptions des études d'impact. Il reste que le Conseil constitutionnel peut difficilement, pour des raisons politiques évidentes, censurer une disposition discutée et votée sur ce seul fondement.

Une manière de remédier à ces obstacles est d'introduire la possibilité pour 60 députés ou sénateurs de saisir, avant la discussion du texte, le Conseil constitutionnel si la qualité de l'étude d'impact ne permet pas une discussion éclairée dans les Chambres. Le Conseil constitutionnel aurait dans ce cas à statuer dans un délai réduit afin de ne pas retarder le calendrier des discussions.

2.6. par la systématisation des clauses de révision et des clauses de caducité

127 Chantal Kegels et Katrien Debeuckelaere, « L'analyse d'impact de la réglementation (AIR) : un outil pour améliorer la prise de décision politique ? », Revue du Centre d'Études et de Recherches en Administration publique, Management et état de droit, 2, 2000, pp. 111-120.

128 V. Sophie Vermeille, Mathieu Kohmann, Mathieu Luinaud, « Un droit pour l'innovation et la croissance », Fondapol, février 2016.

Les pratiques allemande et britannique prouvent qu'une systématisation de l'usage des clauses de révision et de caducité est bénéfique à la qualité de la régulation. Aussi nous suggérons d'imposer les clauses de révision et de caducité à l'ensemble des textes de loi votés au Parlement. De telles clauses obligeraient désormais le Parlement à évaluer la pertinence d'une législation et justifier son intérêt sous peine d'abrogation automatique du texte de loi.

Pour autant, les clauses de caducité peuvent parfois constituer une opportunité pour les représentants d'intérêts privés désireux de supprimer des dispositions approuvées, certes parfois à la hâte, mais grâce à un sursaut de la société en générale, par exemple au lendemain de l'éclatement de la dernière crise financière¹²⁹. Comme le souligne John C. Coffee Jr dans son analyse sur la loi Sarbanes Oxley, la clause de caducité introduite dans le texte de loi a permis aux lobbys financiers d'exercer une pression afin que la réglementation ne soit pas reconduite à un moment où l'attention du grand public sur ces questions a significativement diminué.

2.7. par la promotion des évaluations réalisées par des organes externes à l'Administration

Comme l'indique le Conseil Économique, Social et Environnemental (CESE) « *en tant qu'acte politique, l'évaluation nécessite objectivité et impartialité du processus* ». Or force est de constater que l'évaluation des politiques publiques demeure à ce jour l'apanage quasi-exclusif de l'administration et de ses organes. C'est pourquoi nous proposons de développer l'examen rétrospectif des politiques publiques par des entités externes. La puissance publique pourrait par exemple faire appel plus fréquemment à des organes privés comme les cabinets de conseil afin d'assurer une « expression plurielle des points de vue ».

2.8. par une meilleure coordination des instances d'évaluation

La pluralité des instances d'évaluation doit constituer une force dans le processus d'évaluation et non une faiblesse, comme c'est le cas à l'heure actuelle. Nous recommandons en conséquence une mutualisation des ressources informationnelles, à travers, par exemple, le développement d'une base informatique commune, un dialogue renforcé entre les instances. L'objectif serait de créer des synergies ainsi qu'une meilleure coordination des instances d'évaluation sous l'égide du Parlement. Le Comité d'Évaluation et de Contrôle de l'Assemblée Nationale, qui depuis la réforme constitutionnelle de 2008, a pour responsabilité l'évaluation des politiques publiques, semble être l'organe le plus à même pour prendre en charge cette mission. Cette coordination ne peut être toutefois l'instrument d'une action politique. Elle ne doit, en aucune manière, porter atteinte à l'indépendance des organes en question.

Cette coordination pourrait également prendre la forme d'un site Internet sur lequel tout citoyen pourrait consulter l'ensemble des rapports d'évaluation et ainsi avoir un panorama exhaustif des évaluations d'une législation en particulier.

La recherche au service de la qualité de la règle de droit

Améliorer la conception et l'efficacité de la règle de droit, ainsi que l'évaluation de son impact, en :

129 John C. Coffee Jr, « Political Economy of Dodd-Frank: Why Financial Reform Tends to be Frustrated and Systemic Risk Perpetuated », *Cornell Law Review*, Volume 97, Issue 5 July 2012, p. 6.

3.1. développant une approche pluridisciplinaire et empirique de la règle de droit, notamment en appliquant les enseignements de l'analyse économique et de l'économie comportementale au droit ;

Aux États-Unis et au Royaume-Uni la recherche pluridisciplinaire en droit et la volonté de mesurer empiriquement l'incidence économique d'une règle de droit est beaucoup plus développée et ambitieuse qu'elle ne l'est en France. L'approche française à l'analyse du droit reste abstraite et théorique, et les approches empiriques à l'analyse de la règle de droit restent sous-développées.

En outre, sur le modèle de la Maison Blanche ou du Cabinet Office du Premier Ministre britannique, l'exécutif français gagnerait à se doter d'une cellule consultative spécialisée en analyse économique du droit, mais aussi en économie comportementale.

Dans les pays ayant adopté cette approche, de nombreux enseignements, notamment des sciences comportementales, ont été appliqués à des problématiques de politiques publiques – tel que le paiement d'impôts, la limitation des coûts des assurances maladies, la santé des consommateurs, la limitation des conséquences du réchauffement climatique, etc. – et ont permis aux gouvernements d'améliorer l'efficacité des politiques publiques qu'ils souhaitaient mettre en œuvre.

La Banque mondiale tire également les leçons de cette nouvelle tendance vers le développement de compétences en économie comportementale, comme le démontre son récent rapport de 2015 « *Mind, Society, and Behavior* »¹³⁰.

Les créateurs de la règle de droit dans un système de régulation ou de réglementation intelligent doivent donc développer des compétences en analyse économique du droit, et plus spécifiquement en économie comportementale, s'ils veulent pouvoir identifier et mettre en place de tels leviers juridiques permettant la mise en œuvre de politiques publiques plus efficaces. Il ne s'agit pas de considérer que l'économie comportementale permet de façon systématique d'améliorer la règle de droit. Les apports de l'économie comportementale sont en effet limités aux incitations micro-économiques des agents et sont d'une contribution plus limitée à mesure qu'un dispositif s'éloigne de la régulation de comportements exhaustivement identifiés par les économistes. Aussi, moins les incitations économiques des agents seront maîtrisées, moins l'économie comportementale fournira d'outils. L'économie comportementale, si elle est bien un outil formidable d'appui à l'élaboration de la norme, ne peut avoir que vers des applications strictement ciblées.

3.2. se saisissant pleinement de l'outil de l'expérimentation lors de la conception d'une politique publique ;

Ce qui est une évidence dans le secteur privé doit aussi le devenir dans le secteur public : « *Design matters* ». La conception efficace d'une politique publique ou d'une règle de droit ne se résume pas à des questions d'esthétique ou de forme (par exemple de lisibilité et d'intelligibilité), mais est le résultat de tests de plusieurs idées et approches qui sont mises en concurrence les unes avec les autres. Les créateurs d'une règle de droit devraient s'inspirer de la **pratique des expériences aléatoires (randomized control trials), autrement appelées A/B testing**¹³¹, laquelle encadre le travail des ingénieurs dans

130 V. « *Mind, Society, Mind, Society, and Behavior* », World development Report, 2015.

131 V. la série de trois tribunes de Jean-Noël Rivasseau dans le « *journal du net* » sur le A/B testing, [URL] <http://www.journaldunet.com/account/jean-noel-rivasseau-3486> (accéder le 3.10.2015). V. également Brian Christian, « *The*

des sociétés comme *Google* lorsqu'elles mettent en place de nouveaux services. À cette fin les créateurs de la règle de droit devront donc quitter l'approche traditionnelle à laquelle ils ont été formés, le fait de développer des études empiriques d'efficacité *ex ante* devenant pour eux un réflexe intuitif.

Un système de régulation intelligent doit donc se fonder, quand cela est possible, sur l'expérimentation à l'échelle des groupes de test restreints. Les nouvelles mesures légales ou réglementaires (i) devraient autant que possible être **testées et comparées à des solutions alternatives avant d'être adoptées**, (ii) les résultats de ces tests devraient être **quantifiés** et (iii) même après qu'une solution a été arrêtée au regard des résultats obtenus, **un suivi de l'efficacité** dans le temps de la mesure choisie doit être mis en place.

À ce titre, il faut rappeler la puissance de l'outil des expériences aléatoires, dont il est possible de tirer des enseignements uniques et précieux. Elles sont aujourd'hui considérées comme une règle d'or de l'évaluation des politiques publiques, une pratique tirée des études médicales. Leur utilisation requiert néanmoins un changement de paradigme dans l'élaboration des politiques publiques : il faut notamment assumer le fait que nous ne disposons que de connaissances limitées sur de nombreux sujets. Sous cette condition, les expériences aléatoires sont un formidable moyen de réduire l'incertitude quant aux politiques publiques efficaces et celles qui ne le sont pas. Ainsi, Crépon et al.¹³² ont conduit une étude sur l'efficacité de politiques de retour à l'emploi dont l'objectif était de vérifier si certaines politiques de formation permettent de diminuer le taux de chômage. Le résultat de l'étude est frappant : en effet la formation accélère le retour à l'emploi, mais cela se fait entièrement au détriment des chômeurs qui n'ont pas bénéficié de la formation. En d'autres termes, le programme en question n'a eu que des effets d'éviction : il a permis à certains de retrouver un emploi plus vite que d'autres, mais n'a pas du tout permis de réduire le chômage globalement dans un bassin d'emploi donné. De telles conclusions auraient été impossibles à établir de manière convaincante sans le recours aux expériences aléatoires.

Par ailleurs, les « *nudges* » mentionnés précédemment démontrent que l'analyse pluridisciplinaire d'une règle de droit doit être une étape, non seulement préalable, mais surtout **nécessaire à l'élaboration d'une règle de droit et à son évaluation**. Les rédacteurs de cette règle doivent **apprendre et être contraints à travailler dans des équipes davantage pluridisciplinaires**. Pour ce faire leurs **institutions respectives doivent se doter de l'expertise nécessaire** pour permettre des échanges nourris durant les processus d'élaboration et d'évaluation d'une règle de droit. Dans une étude d'impact il pourra être évalué dans quelle mesure les créateurs de la règle de droit ont eu recours à l'outil de l'expérimentation.

3.3. Développant la pratique de l'expérimentation législative

L'expérimentation, bien que peu utilisée, existe en France. À cet égard, la réforme de 2003 (v. l'article 37-1 de la Constitution¹³³) a été une vraie innovation constitutionnelle,

A/B Test: Inside the Technology That's Changing the Rules of Business », Wired magazine, [URL] http://www.wired.com/2012/04/ff_abtesting/ (accéder le 3.10.2015).

132 Crépon et al., « Do Labor Market Policies have Displacement Effects? Evidence from a Clustered Randomized Experiment », *Quarterly Journal of Economics*, 2013 (<http://qje.oxfordjournals.org/content/128/2/531.abstract>).

133 Depuis la loi constitutionnelle de 2003, l'article 37-1 de la Constitution assouplit le principe d'égalité devant la loi et introduit la possibilité de l'expérimentation : « *La loi et le règlement peuvent comporter, pour un objet et une durée limités, des dispositions à caractère expérimental.* » Cette possibilité est notamment ouverte aux collectivités territoriales avec la loi organique du 1^{er} août 2003. Chaque expérimentation doit être autorisée par la loi, qui doit préciser l'objet de l'expérimentation, sa durée (5 ans maximum), les dispositions auxquelles il est possible de déroger et les caractéristiques des

permettant notamment de contrevenir à une conception stricte du principe d'égalité devant la loi (ou notamment devant les charges fiscales). Leur champ d'application reste toutefois restreint.

Dans une perspective d'évaluation des dispositifs législatifs, les lois d'expérimentation, comme celle qui a été mise en place par la loi du 21 août 2007 pour mettre en place l'expérimentation du RSA, fournissent un cas idéal d'expérience contrôlée pour les économistes en permettant notamment de facilement délimiter des groupes de contrôle et groupes de traitement. Les zones de découpage ne correspondent d'ailleurs pas seulement à des découpages administratifs strictes comme la Région ou le Département. Ainsi, la loi d'expérimentation territoriale de 2016 « *visant à résorber le chômage de longue durée* » s'applique à des micro territoires périurbains et ruraux et pas à des régions entières.

Malgré l'avancée incontestable que représente la réforme de 2003, la conception et la mise en place d'expérimentations législatives reste encore problématique en France. Souvent, la mise en place d'expérimentations est encore trop lourde et encore trop peu utilisée.

Ceci est notamment lié au fait que leur mise en place nécessite dans la majorité des cas de passer par le législateur. Un système d'allègement des contraintes pesant sur la mise en place d'une expérimentation législative pourrait ainsi être imaginé. En dessous de certains seuils d'impact socio-économique pour les citoyens, une procédure accélérée devrait ainsi pouvoir être utilisée et ce afin de ne pas avoir à systématiquement passer devant le législateur. Bien évidemment si l'expérimentation devait porter atteinte aux droits et libertés fondamentales, un tel régime accéléré deviendrait alors impossible. Leur contrôle serait assuré par un comité d'experts (voir proposition suivante)

Ce nouveau système devrait permettre aux créateurs de la règle de droit de se saisir plus régulièrement de l'outil de l'expérimentation législative.

3.4. Intégrant à l'État et son administration des professionnels de l'évaluation

Tirer pleinement profit de la puissance des outils de l'expérimentation requiert la création d'une instance nationale, composée de professionnels de l'évaluation des politiques publiques et disposant d'équipes de travail à plein temps. Un **Conseil National de l'Évaluation** pourrait être créé, sur le modèle du Conseil d'Analyse Économique ou intégré à ce dernier et dont le mandat des membres serait précisément d'émettre des recommandations sur les meilleures pratiques d'évaluation, selon les politiques publiques ciblées, et conduire d'eux même des expériences aléatoires sur différentes politiques publiques en partenariat avec les administrations concernées. Siègeraient au sein de ce conseil des personnalités qualifiées, de champs disciplinaires multiples, dont la connaissance de l'évaluation des politiques publiques permettra d'identifier quelles sont les politiques d'évaluation adaptées aux différentes politiques évaluées¹³⁴. En effet, à différentes politiques évaluées correspondent différentes méthodes optimales d'évaluation afin d'obtenir des résultats probants permettant de tirer un véritable enseignement. Un tel conseil serait également chargé du suivi des expérimentations législatives. Cette instance nouvelle devra s'intégrer au sein des autres dispositifs de suivi des politiques économiques et doit faire partie d'une réflexion de fond sur la

collectivités qui peuvent mettre en œuvre l'expérimentation. Par ailleurs, l'article 72-4 de la même révision constitutionnelle permet aux collectivités d'adapter à la marge des dispositions aux particularités locales. Ces deux dispositifs ont été imaginés dans le but même de rendre la loi plus efficace, plus légitime, et plus performante.

134 Marc Ferracci, Étienne Wasmer, « *État moderne, État efficace : évaluer les dépenses publiques pour sauvegarder le modèle français* », Paris, Odile Jacob, 2012.

place de Conseil d'Analyse Économique et de France Stratégie dans la conception et l'évaluation des politiques publiques françaises. À ce titre, le *Council of Economic Advisors* américain dont le poids politique est bien supérieur pourrait servir d'exemple.

À terme, chaque direction ministérielle pourrait se doter d'un bureau à compétence transversale en charge de l'évaluation et de l'expérimentation des différentes politiques publiques élaborées par la direction ministérielle. Ce bureau devrait, pour des raisons de compétences professionnelles, être composé principalement d'ingénieurs et de chercheurs. Si dans un premier temps les corps techniques de l'État représentent un vivier de fonctionnaires potentiels, ces bureaux permettraient d'intégrer des chercheurs du monde académique et d'associer des laboratoires de recherche, contribuant d'un meilleur dialogue entre la recherche et l'administration.

3.5. Encourager la recherche française aux croisements du droit et de l'économie

Améliorer la recherche en France nécessite tout d'abord une **collaboration renforcée entre juristes et économistes**. Plus une personne est capable de raisonner à la fois en économiste et en juriste, plus la qualité des études d'impact augmente et plus les recommandations formulées sont pertinentes. Faire travailler ensemble un économiste et un juriste est une tâche extrêmement ardue lorsque le juriste n'est pas du tout familiarisé au raisonnement économique, et lorsque l'économiste tend à simplifier à outrance les règles applicables au contexte étudié. La collaboration entre un économiste et un juriste peut à cet égard vite se transformer en un dialogue de sourds.

Les pouvoirs publics ont, pour cette raison, besoin de pouvoir compter sur une recherche indépendante d'excellence aux croisements du droit et de l'économie. Des chercheurs spécialistes à la fois du droit et de l'économie doivent participer davantage au débat public sur ces questions et former la future génération amenée un jour à évaluer les politiques publiques, que ce soit au sein du secteur public, ou du secteur privé. Comme l'a montré le débat sur les 35 heures, le fossé peut être profond entre, d'une part, les économistes qui s'astreignent à des règles précises en matière d'évaluation et, d'autre part, le personnel administratif chargé de l'évaluation des politiques publiques, qui n'a pas forcément été formé à ces techniques¹³⁵. La recherche aux croisements du droit et de l'économie doit être fortement encouragée. Elle est la seule façon d'améliorer la formation du capital humain au service de l'évaluation de la qualité des normes.

Le retard important de la France dans ce domaine montre les limites de notre système universitaire. Faire des recommandations en faveur d'une réforme complète du système universitaire dépasse cependant le cadre de cette étude. À ce stade, nous nous limitons à faire des recommandations générales, certaines pouvant rapidement permettre de faire émerger une recherche française de niveau international aux croisements du droit et de l'économie.

Dans son rapport de Septembre 2015, l'Inspection générale de l'administration de l'éducation et de la recherche¹³⁶ a pointé le problème posé par l'organisation quasiment intégralement disciplinaire des sections du Conseil National des Universités (CNU). Il apparaît à beaucoup comme un obstacle au développement de la recherche pluridisciplinaire et transdisciplinaire.

135 F. Kramarz, « Nos élites sont mal formées aux techniques d'évaluation des politiques publiques », B. Bissuel, 17/08/2016.

136 J. Collet-Sassere, Ch. Bigaut, G. Paquis, D. Verhaeghe « Le recrutement, le déroulement de carrière et la formation des enseignants-chercheurs », Septembre 2015.

Dans l'immédiat, l'ouverture d'une **section au CNU dédiées au champ de l'analyse économique du droit** serait la bienvenue. À ce jour, tout doctorant en droit qui souhaite intégrer dans sa thèse le raisonnement économique prend un risque quant à sa qualification au CNU, qualification obligatoire afin d'avoir le droit de postuler pour des postes de maître de conférence à l'université. Ce risque existe également lorsque le chercheur en droit envisage d'obtenir l'agrégation, dans la mesure où, contrairement au concours d'agrégation en économie par exemple, le concours d'agrégation en Droit n'est pas un concours anonyme. À terme, il paraît difficile de maintenir un système de recrutement des maîtres de conférence et des professeurs qui soit centralisé et fonctionnant par discipline. Le retard de la France dans les nouveaux champs explorés par les sciences sociales montre les limites d'une telle approche et les conséquences pour la société et notre économie.

La recherche en droit doit être davantage évaluée, tout le long de la vie de l'universitaire et pas uniquement au moment où il soutient sa thèse. Dans l'immédiat, les universitaires français en droit doivent être financièrement **encouragés à publier dans les revues européennes et à participer à aux conférences internationales**. En contrepartie, il serait bon que l'Université **décharge ses universitaires des tâches administratives chronophages et réduise le nombre d'heures d'enseignement** auquel ils sont assujettis. La situation française de partition statutaire entre enseignants-chercheurs et chercheurs provoque de ce point de vue de nombreux effets pervers.

Les **règles d'indépendance des universitaires** doivent également être révisées et renforcées. Il existe aujourd'hui un déséquilibre dans certaines disciplines entre le temps consacré à répondre à des consultations privées et le temps consacré à faire de la recherche. Une **surveillance renforcée par le comité d'éthique au sein de l'Université, notamment s'agissant des rémunérations privées obtenues par des universitaires, serait souhaitable**.

Enfin, et en ce sens, nous rejoignons également les conclusions de l'Inspection générale de l'administration de l'éducation et de la recherche, il demeure indispensable de refaire du doctorat un diplôme élitiste pour ceux qui souhaitent faire de la recherche. Même si la France n'est pas le seul pays où il existe un problème de disparité de la qualité des thèses, il convient de renforcer les conditions d'attribution du titre de docteur. Dans certaines matières comme le droit, le nombre de doctorants ne peut être complètement décorrélé avec le nombre de postes à pourvoir, sauf à ce que les futurs docteurs puissent compter sur le soutien d'un institut privé.

Conclusion

L'apparent épuisement de la croissance des économies développées et la perspective de taux de croissance minimales auxquels elles semblent destinées nous invite à chercher collectivement de nouveaux relais de croissance que les marchés ne peuvent aujourd'hui plus promettre.

L'idée consistant à solliciter du droit, à côté de sa mission souveraine et prioritaire (soit l'organisation des rapports dans la société civile), qu'il serve d'appui aux échanges et qu'il concourt à augmenter la richesse des nations n'est ni originale ni inédite. Ainsi, par exemple, des vigoureuses préconisations fiscales de Turgot qui, mises en application, auraient, dit-on, permis l'économie d'une révolution.

Cette sollicitation renouvelée de la règle de droit apparaît aujourd'hui recevable (i), nécessaire (ii) et urgente (iii) :

(i) Sciences économiques et sciences comportementales peuvent procurer à ceux qui font la règle des outils avérés, intelligibles et efficaces. Apporter au droit les convaincantes conclusions des sciences économiques et comportementales est

un progrès facile à mettre en application : les chercheurs de ces disciplines disposent déjà des outils à employer.

(ii) Les réflexions à conduire au moment de l'élaboration de la règle (présager), lors de son adoption (concevoir) comme après sa mise en application (évaluer) doivent être désormais les étapes d'un contrôle obligé, à franchir rigoureusement. Cette démarche, plus lourde et plus ambitieuse que les processus traditionnels, pourra réduire les « effets pervers » dont chacun connaît les exemples, rendre les mesures à adopter plus appropriées, et, voire, mieux consenties.

(iii) L'accumulation des textes relevée en introduction de ce rapport manifeste sans doute un désir de droit permanent et mal satisfait. L'irritation des citoyens, tangible et parfois virulente, devant leur législateur, le véhément discrédit populaire des institutions nationales ou internationales atteste en outre d'une persistante déconvenue. Le « contrat social » sortirait gagnant d'une prompt amélioration des méthodes législatives et réglementaires. ■