L'analyse d'impact de la réglementation : une perspective juridique

02

► **Patricia Popelier**

Université d'Anvers, Venusstraat 23, 2000 Anvers, Belgique

Résumé

Dans les dernières décennies, les programmes de réforme de la réglementation ont été largement adoptés, et ont placé l'analyse d'impact de la réglementation dans la position centrale d'« outil clé de l'amélioration de la réglementation ». D'un point de vue juridique la question se pose de savoir s'il existe un devoir légal de mener à bien des analyses d'impact et si ce devoir peut être sanctionné par les tribunaux. Dans le monde académique, les arguments pour ou contre une judiciarisation des instruments de la réforme réglementaire ont été développés. Dans cet article, ces arguments sont comparés, en particulier, à la pratique des tribunaux des pays européens et de la cour européenne de justice. L'article conclut que l'impact de l'examen judiciaire ne doit pas être surestimé compte tenu de la déférence manifestée par les tribunaux. Un strict examen formel de processus en particulier ne produit aucun effet. Contrastant avec cela l'examen de rationalité procédurale a davantage de potentiel comme il ouvre le chemin à une perspective des droits fondamentaux et présente des sauvegardes contre l'interférence arbitraire.

© 2018 IDMP/Lavoisier SAS. Tous droits réservés

Mots clés : analyse d'impact, devoir légal, contrôle judiciaire, rationalité procédurale.

Abstract

A Legal Perspective on Regulatory Impact Analysis. In the last decades, regulatory reform programs have been adopted widely, placing regulatory impact assessments central as the "key regulatory improvement tool". From a legal point of view, the questions rises whether there is a legal duty to carry out impact assessments and whether this duty is enforceable before the court. In scholarship, arguments pro and contra such judicialization of regulatory reform instruments have been developed. In this paper, these arguments are tested against the practice of the courts in European countries and the European Court of Justice in particular. The paper concludes that the impact of judicial review should not be overestimated,

*Auteur correspondant : patricia.popelier@uantwerpen.be

doi:10.3166/pmp.35. 2018.0008 © 2018 IDMP/Lavoisier SAS – Tous droits réservés.

considering the deferential stance taken by the courts. Strict formal process review in particular does not have any effect. By contrast, procedural rationality review has more potential, as it makes way for a fundamental rights perspective and gives safeguards against arbitrary interference. © 2018 IDMP/Lavoisier SAS. Tous droits réservés

Keywords: impact analysis, legal duty, judicial review, procedural rationality.

Introduction

Au cours des dernières décennies, des programmes de réformes de la réglementation ont été adoptés dans de nombreux pays ; ils ont consacré les analyses d'impact de la réglementation comme « un instrument- clé d'amélioration de la réglementation » (Baldwin R., 2005). Ce phénomène a fait émerger une profession de consultants en analyse d'impact (AI) et suscité un large intérêt auprès des milieux académiques, principalement dans le domaine des sciences sociales et économiques et de l'administration publique. Bien que ces études ignorent généralement les implications juridiques de la réforme réglementaire, un petit cercle de juristes s'est intéressé aux aspects juridiques de la réforme réglementaire en général et de l'AI en particulier (Meuwese et van Voorst, 2016).

En élaborant ce qu'ils ont appelé « un test de validité juridique », Purnhagen and Feindt ont montré la pertinence de la perspective juridique pour la structuration et la réalisation des AI. Ils ont avancé que les analyses d'impact de la réglementation (A.I.R) devraient refléter les objectifs et les valeurs prioritaires des traités de l'Union Européenne, tels que les droits fondamentaux, la protection de la santé, la protection du consommateur et celle de l'environnement. Ceci détermine le type d'informations que la Commission devra collecter et le poids à leur accorder dans l'équilibre général des options (Purnhagen et Feindt, 2015). De la même manière, dans les systèmes juridiques nationaux, les constitutions mettent généralement en exergue les droits fondamentaux ainsi que des valeurs spécifiques comme la protection de la santé, l'égalité des genres, les droits et la protection des enfants, la protection des consommateurs, celle de l'environnement, etc. D'ailleurs certaines de ces valeurs font l'objet d'une attention particulière dans le processus réglementaire à travers par exemple l'analyse d'impact sur les genres, ou l'analyse d'impact sur la jeunesse. Alors que la tendance générale est de les inclure dans une analyse d'impact plus large,¹ l'obligation de mener des AI spécifiques peut s'inscrire dans un cadre juridique plus contraignant. Ainsi en Flandre, le dispositif général de l'AI est défini par des instructions administratives, alors que c'est la loi qui impose l'obligation de mesurer l'impact sur les enfants et les jeunes de tout projet de loi susceptible d'affecter directement des personnes de moins de vingt-cinq ans².

Le cœur de l'analyse juridique repose cependant sur les contrôles de la légalité. C'est pourquoi les juristes académiques sont essentiellement intéressés par la question de savoir s'il existe une obligation légale de mener des analyses d'impact et si cette obligation peut être sanctionnée par les tribunaux. Sur le plan théorique des arguments ont été développés

¹ C f. par exemple, aux Pays Bas: https://www.kcwj.nl/sites/default/files/iak_booklet_english.pdf (dernier accès: 10 August 2017).

² Art.4 Décret de la Communauté Flamande du 20 janvier 2012 sur une politique nouvelle des droits des jeunes enfants.

pour et contre la judiciarisation des instruments de la réforme réglementaire. À un niveau plus empirique, la jurisprudence des tribunaux a été analysée afin de déterminer si les juges se sont effectivement prononcés sur les aspects procéduraux de la réforme législative. Dans cet article je combinerai les deux approches et je m'appuierai sur ce que font effectivement les tribunaux, afin d'analyser la validité des arguments théoriques. Dans ce but je présenterai les arguments pour et contre la judiciarisation des analyses d'impact (III) avant d'examiner si ces arguments sont fondés (IV). Je voudrais toutefois au préalable formuler trois remarques préliminaires sur la problématique centrale de cet article (II).

1. Les contours du sujet : trois remarques préliminaires

Cet article est centré sur les analyses d'impact et plus spécialement sur les analyses d'impact de la réglementation.

1.1. Distinction de l'analyse juridique par rapport aux analyses d'impact sociales et économiques

Cet article concerne principalement les analyses d'impact comme instruments clés de la boîte à outils de la réglementation. Il existe plusieurs définitions de l'AI, qui diffèrent seulement par la formulation ou par les détails. Il est cependant important de s'accorder sur une définition précise de façon à éviter de confondre l'analyse juridique avec des analyses d'impact non juridiques.

Dunlop et Radaelli définissent l'analyse d'impact comme « une appréciation systématique et obligatoire de la façon dont une législation primaire ou secondaire affectera certaines catégories de parties prenantes et d'autres domaines » tels que l'économie, le commerce, les genres, la santé, l'emploi, la pauvreté, l'environnement ou le climat (Dunlop et Radaelli, 2016). Cette activité présuppose certaines compétences qui ne font généralement pas partie de la formation juridique des juges. L'Association Internationale des Analyses d'Impact de son côté la définit plus largement comme « le processus d'identification des conséquences futures d'une action en cours ou proposée ».³ Dans cette dernière définition l'identification des obstacles et des conséquences juridiques peut être aussi considérée comme un type d'analyse d'impact. De telles analyses juridiques sont courantes dans la plupart des systèmes juridiques ; elles sont conduites par le personnel de l'administration, les assemblées parlementaires, ou des organismes de consultation externes comme le Conseil d'État en France, en Belgique, au Luxembourg et aux Pays Bas. Inclure ces analyses juridiques d'impact dans notre étude nous éloignerait de notre sujet principal. Si le point de savoir dans quelle mesure ces examens juridiques concourent efficacement à prémunir la législation contre une invalidation par les juges ne manque pas d'intérêt, la problématique de la judiciarisation des analyses non juridiques est la plus stimulante, s'agissant de la judiciarisation des instruments de la réglementation.

Brouiller la distinction entre l'analyse juridique et l'analyse non juridique d'impact n'est pas sans risque.

³ Ceci est la définition utilisée par l'International Association for Impact Assessment, voir <http://www.iaia.org/> (dernier accès: 10 Aout 2017)

Un exemple en est l'analyse juridique d'impact préalable à la transposition des directives de l'Union européenne dans les systèmes nationaux. En Belgique, une circulaire requiert que l'administration fédérale réalise une « analyse d'impact » dès le stade des projets de directives. Une lecture attentive de la circulaire révèle qu'elle ne fait qu'effleurer l'impact juridique : quelles lois et réglementations existantes sont affectées, quelles dispositions devront être amendées ?⁴ Bien qu'il s'agisse d'un exercice nécessaire, quoique de pure technique juridique, la qualification « d'analyse d'impact » est trompeuse. Alors que les analyses d'impact sont considérées comme un des facteurs les plus déterminants pour une transposition réussie des directives (Diericks *et al.*, 2001), la circulaire donne la fausse impression que l'administration belge y est bien préparée.

On trouve un autre exemple dans le contrôle des droits fondamentaux inclus dans l'analyse d'impact. Dans l'Union européenne, ce contrôle illustre l'impact de la sanction judiciaire sur la structure de l'AI. Dans ses lignes directrices la Commission a souligné que sa liste des sujets à vérifier répondait à une obligation, affirmée et sanctionnée par la Cour de justice de l'Union européenne, selon laquelle les institutions de l'Union doivent prouver – à la lumière des droits fondamentaux protégés par la Charte – qu'elles ont soigneusement pris en compte les différentes options de la politique et ont choisi la réponse la plus proportionnée à un problème donné.⁵ Le thème des droits de l'homme s'est également développé dans les analyses d'impact conduites dans les États membres. Par exemple, le plan d'action gouvernemental finlandais en matière de droits fondamentaux inclut le développement de l'analyse d'impact en termes de droits de l'homme et de droits fondamentaux dans les projets de lois ou de règlements.⁶

Le danger de l'inclusion du contrôle des droits fondamentaux dans l'AI, bien que réclamée par les organisations non gouvernementales (ONG), tient à la confusion entre contrôles de compatibilité et analyses d'impact. Le risque est que des atteintes aux droits fondamentaux soient considérées comme acceptables dans l'équilibre global, par exemple quand les avantages économiques pèsent plus lourd (De Schutter, 2014). Ce risque est plus probable quand le contrôle des droits fondamentaux est structuré de façon identique au test de compatibilité, comme c'est le cas dans l'UE : des questions comme celles de savoir quels droits fondamentaux sont affectés, si ce sont ou non des droits absolus, si une ingérence s'impose pour réaliser le but d'intérêt général poursuivi, si elle est proportionnée et si l'essence du droit fondamental concerné est préservée, ces questions ne sont pas différentes des étapes qui composent le test de compatibilité.

Le contrôle de compatibilité devrait être au contraire clairement distinct de l'étude d'impact. L'objectif de sensibiliser aux droits fondamentaux dans la pratique quotidienne de la confection des lois peut être atteint par une coopération forte entre le personnel administratif en charge du contrôle de compatibilité d'une part, et les personnes réalisant l'étude d'impact, de l'autre. Le contrôle de compatibilité peut alors déterminer les types de données qui devraient être collectées dans l'IA pour étudier si la mesure est réellement nécessaire et proportionnée. Par exemple une législation qui restreint l'éducation à domicile

⁴ Cf. la circulaire: Instructions pour la transposition des directives européennes en Belgique, février 2016, p. 35

⁵ Commission Staff Working Paper, *Operational Guidance on taking account of Fundamental Rights in Commission Impact Assessments*, SEC(2011) 567 final, 4 and 6.

⁶ Ministry of Justice, *Action Plan on Fundamental and Human Rights 2017-2019*, Finland, Helsinki, 2017, at p. 45-46.

contrevient au droit à une éducation conforme aux convictions religieuses et éthiques des parents, mais se justifie souvent par l'hypothèse selon laquelle les enfants qui reçoivent leur éducation à la maison sont socialement isolés.⁷ L'analyse d'impact devrait examiner les preuves empiriques de l'impact supposé de la non-ingérence.⁸

1.2. Les analyses d'impact de la réglementation

Dans la plupart des systèmes juridiques, le contrôle juridictionnel des mesures du pouvoir exécutif au regard de la régularité procédurale ne prête pas à controverse. C'est le cas en particulier lorsqu'il s'agit de mesures individuelles. L'obligation de réaliser des études d'impact environnemental dans le cadre de l'instruction de permis spécifiques et de projets d'urbanisation est bien établie et abondamment analysée. À l'inverse, cet article se concentre sur les études d'impact de la réglementation comme éléments du processus décisionnel des actes de portée générale.

Dans les systèmes présidentiels et en particulier aux États-Unis, les études d'impact et leur contrôle juridictionnel sont fondés sur les théories de la délégation : ils sont établis pour contrôler des agences qui ont reçu de larges pouvoirs de réglementation (Dunlop et Radaelli, 2016). Aux États Unis, la loi sur la procédure administrative (Administrative Procedure Act, APA) autorise les juges à écarter une réglementation provenant d'une agence si cette réglementation est « arbitraire et futile, constitue un abus de pouvoir discrétionnaire, ou est contraire au droit d'une autre façon ». L'APA ne mentionne pas les études d'impact mais les juges administratifs s'appuient sur celles-ci pour trancher des conflits et des décrets présidentiels exigent régulièrement que les agences réalisent ces études (Meuwese et van Voorst, 2016). Sur ces bases, les tribunaux américains ont avec le temps développé des normes pour l'examen de ces réglementations, de façon à compenser le manque de redevabilité électorale. Ceci étant, même là-bas, la judiciarisation croissante de la procédure administrative a été critiquée comme risquant de paralyser le processus de prise de décision.⁹

Dans l'Union européenne, le programme pour une Meilleure Réglementation a été présenté comme un outil pour améliorer la légitimité de la législation européenne (Popelier, 2010). Une vision plus prosaïque des choses fait apparaître que ce programme, y compris les études d'impact et les consultations, sert à renforcer la position de la Commission dans le processus législatif (Schiek, 2007). Dans les systèmes parlementaires nationaux, où les législateurs s'appuient déjà sur une solide légitimité démocratique, les programmes de réforme de la réglementation et les études d'impact apparaissent alors comme des outils qui apportent un supplément de redevabilité et renforcent la position concurrentielle du pays. Dans ces contextes la judiciarisation rencontre une opposition encore plus grande. Si on laisse de côté le débat entre les points de vue juridiques et politiques des constitutionnalistes sur l'opportunité du contrôle juridictionnel des actes parlementaires, on doit noter que même dans des systèmes juridiques où des tribunaux ont le pouvoir d'invalider

⁷ CEDH, *Fritz Konrad and Others v Germany* [App N° 35504/03] 11 septembre 2006 ; Cour Constitutionnelle belge N° 80/2014, 8 mai 2014.

⁸ Les études visant à invalider cette hypothèse ont été largement ignorées par les tribunaux. Cf ; J. Sperling, 'Huisonderwijs en het verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden', (2007) *T.O.R.B.* 468 pour des références aux études aux USA, Royaume Uni, Norvège et Pays Bas.

⁹ Voir plus loin, section 2.

des actes du Parlement, le contrôle des aspects procéduraux de ces actes n'est pas évident. Bien qu'on puisse soutenir que le contrôle de la procédure est moins intrusif, puisqu'il évite la mise en cause des impacts d'une politique, il rencontre néanmoins souvent une plus grande résistance fondée sur les concepts de souveraineté parlementaire et de séparation des pouvoirs, selon lesquels les travaux internes au Parlement sont sacro-saints (Rose-Ackerman *et al.*, 2015). C'est pourquoi même aux États Unis l'examen de la rationalité procédurale des actes législatifs en vertu de la clause de respect de la loi (due process clauses) fait l'objet de beaucoup plus de retenue que l'examen de « l'arbitraire et des caprices » des actions des agences.

Dans cet article nous nous centrons sur le débat européen. À la différence des États Unis, les réglementations n'émanent généralement pas des agences et le développement de politiques législatives aussi bien que le débat sur leur contrôlabilité sont plus récents. C'est pourquoi, tout en prenant en compte l'expérience américaine afin de formuler les arguments pour ou contre le contrôle juridictionnel, l'article est centré sur les systèmes juridiques nationaux en Europe et sur l'Union européenne. L'analyse empirique se rapportera principalement, mais non exclusivement, à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne car c'est le lieu où les analyses d'impact font l'objet d'un contrôle particulièrement approfondi.

1.3. Les alternatives au contrôle juridictionnel

En considérant les différents inconvénients potentiels présentés dans la section 2, les critiques mettent l'accent sur les solutions alternatives au contrôle juridictionnel. Les analyses d'impacts font partie de la procédure administrative par défaut. Dans plusieurs pays- entre autres l'Allemagne, les Pays Bas et le Royaume Uni- et dans l'Union Européenne, des institutions de contrôle de la réglementation ont été établies pour vérifier la qualité des analyses d'impact de la réglementation. Cela toutefois ne rend pas nécessairement le contrôle juridictionnel redondant. La supervision administrative et le contrôle juridictionnel peuvent être complémentaires. Le degré d'exigence du contrôle juridictionnel dépend du bon fonctionnement de la supervision administrative. Les tribunaux rentrent alors en jeu quand quelque chose va de travers au niveau administratif. Cet argument n'est pas discuté plus avant dans cet article car sa validité ne peut être traitée par le seul examen de la jurisprudence, mais seulement par un examen empirique de la façon dont les institutions de surveillance fonctionnent. Par suite, alors que nous pouvons faire l'hypothèse que l'intégration des analyses d'impact et de leur contrôle dans les phases courantes de la procédure est plus efficace qu'une supervision juridique externe *ex post*, beaucoup dépendent de l'autonomie dont bénéficient ces corps et de la précision dont ils font preuve dans leur travail. Par exemple, le Comité européen d'examen de la réglementation est encore fortement lié à la Commission ; ses membres sont presque exclusivement d'anciens fonctionnaires de la Commission, et ses avis négatifs ne sont pas contraignants pour la Commission. C'est pourquoi Meuwese et Gomtsian notent que le Comité, navigant sous « d'inévitables pressions politiques », ne se positionne pas comme une alternative à un mécanisme de contrôle juridictionnel mais qu'au contraire la menace d'un contrôle juridictionnel pourrait conduire la Commission à prendre le Comité davantage au sérieux (Meuwese et Gomtsian, 2004).

En conséquence dans cet article le point de départ est que si l'on doit recommander l'existence d'un organisme de supervision administrative, cela ne rend pas le problème du contrôle juridictionnel redondant. Au contraire, nous considérons les contrôles administratifs et juridictionnels comme des fonctions complémentaires.

2. La sanction juridictionnelle de l'obligation de réaliser des analyses d'impact : identification des arguments et contre arguments

Nous pouvons identifier dans la littérature quatre arguments contre le contrôle juridictionnel de l'obligation de réaliser des analyses d'impact. Chacun de ces arguments, cependant, peut être retourné en faveur du contrôle juridictionnel. Chaque ensemble d'argument et contre argument est classé en fonction des valeurs sous-jacentes au débat : 1) la légitimité, 2) la neutralité, 3) l'efficacité, 4) l'expertise. Dans cette section arguments et contre-arguments sont discutés au niveau théorique. Dans la section suivante une analyse empirique déterminera le point de savoir, pour chaque paire d'arguments pour ou contre le contrôle juridictionnel, lequel est le plus convaincant dans le contexte européen.

2.1. La légitimité : l'argument de la primauté du politique

Selon l'argument de la primauté du politique, la sanction juridictionnelle de l'obligation de fournir des preuves scientifiques risque d'affaiblir la primauté du politique en substituant le raisonnement scientifique au processus légitime de la prise de décision politique (Dawson, 2011). Fondamentalement, l'argument s'oppose à l'émergence de la fabrique de la loi fondée sur des preuves, en tant que telle, en réduisant le contrôle juridictionnel à la fonction de catalyseur renforçant cette tendance.

L'argument est d'une moindre importance pour ce qui concerne les réglementations émanant des agences, qui sont généralement de nature plus technique et pour lesquelles surtout les exigences procédurales et le contrôle juridictionnel compensent les déficits de redevabilité électorale. C'est ainsi qu'aux États-Unis, le contrôle juridictionnel de la réglementation est justifié comme le moyen de vérifier si l'action d'une agence est conforme à la volonté des instances politiques (Anderson et Chirba-Martin, 2000). L'argument prend du poids quand on en vient au contrôle juridictionnel des actes parlementaires.

Quand le Parlement est impliqué dans la procédure réglementaire c'est la qualité de la fabrique de la loi par les représentants du peuple qui est en jeu. Les avocats du contrôle juridictionnel admettent que les juges ne sauraient se substituer à la prise de décision politique mais avancent en même temps que la légitimité démocratique n'est pas seulement fondée sur la responsabilité envers les électeurs mais aussi sur l'hypothèse que les Parlements représentent « la volonté du peuple », à travers un débat public, complet et informé, fondé sur des options politiques mais aussi sur des faits et des preuves. Une analyse d'impact est un instrument qui rend possible un tel débat. Les tribunaux peuvent renforcer la légitimité d'une décision politique particulière en confirmant qu'elle a été fondée sur des faits et des preuves, ou bien renforcer la légitimité à long terme de la prise de décision politique en exigeant du législateur que cette prise de décision soit davantage fondée sur des preuves. Au minimum, le contrôle juridictionnel forcera le législateur

à expliquer pourquoi une mesure est prise, amenant ainsi à une fabrique de la loi plus précise et plus rationnelle.

2.2. La neutralité : l'argument du biais libéral en faveur du marché

La réforme réglementaire est principalement liée à des objectifs de politique de concurrence, d'innovation et de croissance économique. La question alors est de savoir si la judiciarisation des outils de la réforme réglementaire tels que les analyses d'impact implique un biais libéral en faveur du marché alors qu'on attend de la neutralité de la part du judiciaire (Messerschmidt, 2012).

Beaucoup dépendent bien sûr de ce que le tribunal fera effectivement. Il n'y a pas de biais libéral en faveur du marché si le juge vérifie seulement si une analyse d'impact a été effectuée quand ceci est une obligation légale. L'analyse d'impact peut révéler une information probante (ou son manque) utile pour le test de proportionnalité. À nouveau ceci reste une opération neutre. Le danger d'un biais idéologique apparaît seulement lorsque le tribunal utilise les éléments de l'étude d'impact pour effectuer sa propre évaluation, sur la base de ses préférences politiques, au lieu de se limiter à examiner si le législateur pouvait fonder ses hypothèses et ses arbitrages sur la base des éléments factuels fournis par l'étude d'impact.

D'un autre côté, le contrôle judiciaire peut élargir son point de vue au-delà de la concurrence, en prenant aussi en compte les valeurs et les droits fondamentaux. Dans ce cas, la pratique des études d'impact peut s'exposer à la critique de mener à « la quantification de l'inquantifiable » (Meuwese et van Voorst, 2016). Alemanno va plus loin en demandant « ce que l'analyse d'impact a à offrir aux tribunaux » plutôt que « ce que les tribunaux peuvent offrir à l'analyse d'impact » (Alemanno, 2017).

Le nœud du problème réside dans la convergence entre le cadre d'argumentation fourni par le test de proportionnalité, inclus dans les jugements relatifs aux droits fondamentaux d'un côté, et les études d'impact de l'autre. Avec Stone Sweet et Matthews (2008), nous pouvons concevoir le test de proportionnalité comme un cadre d'interprétation qui structure le raisonnement sur lequel s'appuie la prise de décision. En général ce schéma se compose de quatre étapes : 1) la mesure doit poursuivre un intérêt légitime, 2) la mesure doit être adaptée à la poursuite de l'objectif ; même si elle ne le réalise pas elle doit du moins entretenir avec lui une certaine relation causale, 3) la mesure doit être nécessaire ; elle ne doit pas porter atteinte aux droits et à l'intérêt légitime plus qu'il n'est nécessaire, compte étant tenu des solutions alternatives, et 4) la mesure doit être proportionnée même en l'absence d'une solution alternative valable : les avantages doivent l'emporter sur les coûts. Pour leur part les études d'impact identifient le but de la loi (étape 1), la nécessité de la mesure (étape 2), les solutions alternatives à la mesure proposée y compris l'option du *statu quo* (étape 3) aussi bien que l'équilibre des coûts et des avantages (étape 4). Quelquefois les études d'impact sont critiquées pour l'ignorance de l'une de ces étapes. Par exemple, l'OCDE, tout en félicitant la France pour son système pionnier d'études d'impact, en pointe également quelques faiblesses et recommande de veiller à la solution du maintien du *statu quo* comme alternative à la mesure proposée, de résumer les conclusions principales pour permettre une comparaison aisée des différentes options et de poser clairement la question de savoir si la mesure est réellement nécessaire.¹⁰ Cependant si l'analyse d'impact

¹⁰ <http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/45706745.pdf>, p. 91.

est bien structurée et menée à bien d'une façon méticuleuse, elle procure toute l'information nécessaire à un test de proportionnalité. Une étude d'impact bien développée protège donc les lois d'une invalidation par le juge, alors qu'une analyse d'impact peu développée suggère que le législateur n'a pas suffisamment mis en balance les avantages et les coûts ou a insuffisamment examiné les solutions alternatives. L'argument en faveur de l'inclusion (indirecte) des études d'impact dans les procédures de contrôle juridictionnel est que les études d'impact procurent aux juges des informations importantes pour évaluer si une mesure est appropriée ou proportionnée (Alemano, 2017).

2.3. L'efficacité : les difficultés liées à la sur-judiciarisation.

La Commission européenne a expressément rejeté la judiciarisation des instruments de la réglementation, des consultations en particulier, par crainte qu'elle ne crée « une rigidité excessive et le risque de ralentir l'adoption de certaines politiques ».¹¹ La littérature appelle cela le problème de la « sur-judiciarisation », qui rend le processus de réglementation litigieux, inefficace et coûteux, parce que les contentieux peuvent submerger l'élaboration de la norme ainsi que ses applications (Komesar, 1994).

La critique la plus sévère a été portée contre le contrôle juridictionnel de la procédure américaine de consultation par voie « d'avis et commentaires » des agences administratives (Administrative Procedure Act - APA), dont on dit qu'il a transformé la procédure en « un processus lourd et sclérosant » amenant à l'ossification de la réforme réglementaire (Shapiro et Murphy, 2009). Ses opposants ont souligné principalement deux effets du contrôle juridictionnel. Le premier est que les tribunaux ont transformé l'exigence adressée aux agences par l'APA d'adopter « une présentation concise de leurs fondements et de leurs buts » après avoir donné aux personnes intéressées l'opportunité de soumettre leurs opinions,¹² en une obligation de répondre aux commentaires « significatifs », contraignant les agences à répondre à tous les commentaires, puisqu'aucun critère n'avait été défini permettant de prévoir quels commentaires le juge considérerait comme « significatifs » (Shapiro et Murphy, 2009). En second lieu, là où les tribunaux ont le mandat de contrôler l'absence « d'arbitraire »¹³ des règles émises par l'agence, cela s'est transformé en un contrôle procédural de la rationalité, requérant des agences qu'elles « examinent les données pertinentes et formulent une explication satisfaisante pour leurs actions » incluant un « lien rationnel entre les faits constatés et les choix effectués ».¹⁴ La Cour Suprême cependant a indiqué dans le même jugement que les tribunaux ne devaient pas substituer leur propre jugement à celui de l'agence, mais devaient seulement invalider les normes si l'agence n'était pas parvenue à « examiner les données pertinentes et à présenter une explication satisfaisante » sans « erreur manifeste de jugement ». Les tribunaux sont néanmoins critiqués pour s'être engagés dans un « laborieux (on pourrait dire pointilleux) contrôle de la preuve, incriminant l'agence pour un manque d'explication dans les incohérences de quelque élément scientifique » (Shapiro et Murphy, 2009). Les tribunaux de district, en particulier, ont

¹¹ Commission (EC), 'European Governance', (White Paper) COM(2001) 428 final, 16.

¹² 5 U.S. Code § 553 (c).

¹³ 5 U.S. Code § 706(2)(A).

¹⁴ Motor Vehicles Mfrs. Ass'n v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 463 U.S. 29, 43 (1983).

tendance à imposer des contraintes rigides, coûteuses et dévoreuses de temps, par exemple en requérant des agences non seulement l'utilisation des données disponibles mais aussi la collecte de données supplémentaires (Seidenfeld, 1997). Il en résulte que les agences sont réputées être surchargées à un point tel qu'il leur faut plusieurs années pour élaborer une norme « importante, controversée ». Le fait que les juges parfois demandent aux agences de collecter de nouvelles données est considéré comme la cause principale de difficulté. C'est pourquoi la proposition a été émise que les tribunaux, devraient par principe s'en tenir à la règle selon laquelle l'auteur d'une norme devrait se fonder sur les données disponibles.

Il y a désaccord quant à la justesse de ces assertions (Anderson et Chirba-Martin, 2000). En tout cas, la prédiction selon laquelle ces standards se révéleraient des obstacles « insurmontables » conduisant à une « catastrophe réglementaire » (Pierce, 1991) ne s'est pas vérifiée. Au contraire, les chiffres relatifs aux normes les plus importantes ainsi que les graphiques retraçant l'évolution du nombre total de pages du Code des réglementations fédérales, montrent un accroissement du nombre de réglementations.¹⁵ En outre, alors que les opposants mettent toute la faute sur les tribunaux, en réalité, les règles imposées par le Congrès et par le Président ont ajouté à la complexité de l'élaboration des normes par les agences en imposant la préparation de cartographies des risques et d'analyses avantages- coûts, par exemple les analyses d'impact environnemental, les analyses d'impact sur les entreprises ou des analyses d'impact à spectre plus large pour les grandes décisions. En définitive le contrôle juridictionnel de l'action des agences aux États-Unis n'est pas toujours cohérent, car il va d'une approche plus prudente, d'un côté, à une approche rigoureuse « d'investigation dure », de l'autre.

Néanmoins, la longueur des commentaires a été mesurée et ne s'est avérée concise que pour les normes les plus courantes. Dans la plupart des cas le nombre de pages du préambule, intégrant les réponses à tous les commentaires soumis, dépasse de loin la longueur de la réglementation elle-même (Funk et Seamon, 2016). Des études ont également montré que les normes fixées par les tribunaux ont empêché dans certains cas particuliers les agences de développer des réglementations utiles. Ainsi en faisant l'hypothèse que l'expérience américaine donne la preuve des difficultés liées à la sur-judiciarisation, la question est de savoir si le contrôle juridictionnel des études d'impact en Europe est de nature à entraîner une sclérose du processus de confection des normes.

La judiciarisation peut aussi, à l'inverse, améliorer la réforme réglementaire. Les tribunaux ont joué un rôle important dans le développement de la politique américaine sur le risque et dans l'analyse coût-avantage (Naundorf et Radaelli, 2017). Là où la confection rationnelle des lois ne s'est pas encore incarnée dans une culture administrative, l'application légale des étapes de base –en premier lieu la réalisation d'une étude d'impact- peut aider avec le temps à changer la culture.

2.4. *Le problème de la compétence*

On dit que les juges ne disposent que d'une capacité limitée à juger la qualité des procédures administratives, dans le cas du processus de réglementation de façon générale et des études d'impact en particulier (Craig, 2012). D'autres professions que les juristes sont mieux placées pour évaluer

¹⁵ Voir les données présentées sur le site web du *Regulatory Studies Center*, <https://regulatorystudies.columbian.gwu.edu/regstats#Average%20Length%20of%20Review%20for%20Regulations>.

la qualité du recours aux données à la base du processus de réglementation, comme les organismes administratifs de supervision, intégrés au dispositif de décision interne à l'administration.

Les juges sont certes plus familiers de l'analyse juridique que des méthodes d'analyse économique. Certes le traitement des études d'impact pourrait devenir un élément de la formation juridique des juges, mais même alors on ne peut en attendre qu'ils jugent minutieusement la qualité des études d'impact. La question est alors de savoir de quelle prudence les tribunaux font preuve au regard de la qualité de l'étude d'impact. Ce n'est que dans des cas spécifiques qu'il apparaîtra nécessaire de statuer sur la qualité d'une étude en tant que telle. Dans ces cas, les juges peuvent adopter une attitude prudente et interférer seulement quand l'analyse est manifestement déficiente. Pour cela, ils peuvent s'appuyer sur le jugement d'experts indépendants, ou sur des principes méthodologiques et des critères qui peuvent faire partie des instruments de la réforme réglementaire (Alemanno, 2010).

3. Le contrôle judiciaire fondé sur la preuve en Europe : un test empirique

3.1. Les données : une vue d'ensemble de la jurisprudence

Le débat théorique, ainsi qu'on l'a schématisé plus haut, est fondé principalement sur des hypothèses, des anticipations de ce que feront les tribunaux et de la façon dont les législateurs réagiront, ainsi que sur les leçons de l'expérience américaine concernant la réglementation émanant des agences. Dans cette section nous donnerons un aperçu de la façon dont les tribunaux se comportent quand ils sont confrontés à des lois votées par les Parlements ou à des réglementations européennes approuvées par les institutions de l'Union.

Nous pouvons distinguer deux mécanismes judiciaires :

1. Un contrôle du processus quand une loi est mise en cause parce qu'aucune analyse d'impact n'a été effectuée ou que l'analyse d'impact réalisée est considérée comme défectueuse ;
2. Un contrôle de la rationalité procédurale où la loi est mise en cause du fait de la méconnaissance d'un critère substantiel, incluant l'obligation de légiférer sur la base de preuves (par exemple le test de proportionnalité ou de subsidiarité),

3.1.1. Le contrôle du processus

Un contrôle formel de processus implique que le juge invalide une loi au motif que dans une phase préparatoire, une obligation procédurale, dans ce cas, l'obligation de réaliser une analyse d'impact, n'a pas été respectée. Cela implique qu'une base légale impose une telle obligation et que le tribunal dispose du pouvoir de contrôler la loi au regard de cette disposition. Dans la plupart des systèmes juridiques l'obligation de réaliser une analyse d'impact n'est formalisée qu'au niveau de lignes directrices ou au mieux de décrets royaux ou d'ordonnances.

Si certains universitaires ont défendu l'idée selon laquelle l'obligation de réaliser une étude d'impact inscrite dans le droit souple peut être contraignante (Alemanno, 2011), Il n'existe pas de jurisprudence dans ce sens. À l'inverse, la Cour de justice de l'Union européenne considère que le Parlement européen et le Conseil ne sont pas liés par l'accord institutionnel qui prévoit de réaliser leur propre analyse d'impact dans le cas d'un amende-

ment.¹⁶ C'est pourquoi l'examen du système français comme celui de l'Union Européenne est particulièrement intéressant, dans la mesure où l'obligation de réaliser une étude d'impact y est considérée comme ayant une valeur constitutionnelle.

Le modèle français.

L'obligation de réaliser une étude d'impact est établie par l'article 8 de la loi organique de 2009¹⁷ et a indirectement une valeur constitutionnelle, puisque selon l'Article 39 § 4 de la Constitution, les projets de lois du gouvernement ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des Présidents de l'Assemblée nationale ou du Sénat-en fonction du lieu où le projet de loi a été déposé en premier- déclare que les règles posées par la loi organique ont été ignorées. Le Conseil constitutionnel a un pouvoir de contrôle *ex ante* en vertu de deux mécanismes. Selon l'article 39 § 4 de la constitution, en cas de désaccord entre la conférence des présidents et le gouvernement, sur la question du non-respect des règles de la loi organique, la question peut être déférée au Conseil Constitutionnel. Selon l'article 61 de la constitution, les lois organiques sont nécessairement soumises au Conseil Constitutionnel pour qu'il statue sur leur conformité à la constitution ; les autres lois peuvent être déférées au Conseil avant leur promulgation à la demande du Président de la République, du Premier Ministre, du Président de l'Assemblée nationale ou de celui du Sénat ou de soixante membres de l'une ou l'autre chambre.

En outre, le Conseil constitutionnel peut contrôler *ex post* les lois à la demande du Conseil d'État ou de la Cour de Cassation, s'il est allégué qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la constitution. Cependant même s'il a été argumenté que l'obligation pour le gouvernement de conduire une étude d'impact est un droit constitutionnel pour les personnes, le conseil constitutionnel ne se lancerait pas dans un examen *ex post* de constitutionnalité pour ce motif. Il considère que, selon l'intention des constituants, les exigences concernant l'adoption d'une législation qui sont soumises au contrôle *ex ante*, ne peuvent être invoquées dans le contrôle judiciaire *ex post*.¹⁸

En revanche, l'obligation de réaliser une étude d'impact a été prise en compte par le Conseil dans le cadre de son contrôle *ex ante*. Le site Web du conseil constitutionnel référence neuf cas. Dans l'un d'entre eux la loi organique qui pose l'obligation de réaliser l'étude d'impact a été examinée par le Conseil. Cet examen a abouti à l'invalidation d'une partie de l'obligation, dans la mesure où la loi organique mentionnait des détails concernant les mesures d'application des lois qui ont été considérés comme une violation de la séparation des pouvoirs.¹⁹ Dans les huit autres jugements le conseil a contrôlé l'observation de la loi organique et n'a donné satisfaction à aucune des requêtes d'annulation.

Un seul de ces jugements est fondé sur l'article 39 de la Constitution. Dans celui-ci le Conseil a considéré que le projet de loi était accompagné d'une étude d'impact et que cette étude incluait les informations requises par la loi organique aussi bien que les raisons de choix des options présentées par le projet de loi et ses conséquences prévisibles. Au moyen

¹⁶ Affaire C-343/09, *Afton Chemical*, 8 July 2010, para 30-40 ; Affaire C-, *Pillbox 38 (UK) Ltd*, 4 May 2016, para 64-66.

¹⁷ Loi Organique n° 2009-403.

¹⁸ Cette clarification apparaît dans le site internet du conseil constitutionnel avec des références à la jurisprudence, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/mai-2015-les-normes-constitutionnelles-non-invocables-en-qpc.143644.html>.

¹⁹ 2009-579 DC, 9 avril 2009, cons. 14 et 16, Journal officiel du 16 avril 2009, page 6530, texte n° 2, Rec. p. 84

juridique selon lequel l'étude d'impact aurait dû indiquer les conséquences du projet de loi sur l'emploi public le Conseil a répondu que cela n'était pas nécessaire parce que le gouvernement n'avait pas indiqué que la variation de ce nombre figurait dans ses objectifs. Le Conseil n'a pas non plus retenu l'argument que l'étude d'impact aurait dû donner plus d'informations sur les consultations réalisées dans la mesure où il ne voyait pas de preuve que les consultations s'étaient déroulées dans des conditions qui auraient dû être mentionnées dans l'étude d'impact.²⁰ En conséquence il n'a pas examiné le fait de savoir si les consultations auraient dû avoir lieu, mais établi simplement que si elles n'avaient pas eu lieu, elles n'avaient pas à être mentionnées dans l'étude d'impact.

Ceci fut là le contrôle le plus intensif d'une étude d'impact : les sept autres jugements, tous fondés sur l'article 61 de la constitution furent encore plus formels.

Dans le premier jugement les parlementaires auteurs du recours soutenaient que la conférence des présidents ne s'était pas tenue dans le délai de dix jours et par conséquent n'avait pas pu établir si l'étude d'impact avait été satisfaisante. Le conseil pour sa part estima que la conférence s'était tenue dans le délai de dix jours.²¹

Dans cinq autres jugements, l'absence d'étude d'impact fut évoquée mais le Conseil estima que le cas concernait une disposition qui avait été introduite par voie d'amendement, voie pour laquelle l'obligation de produire une étude d'impact ne s'appliquait pas.²²

Dans un de ces jugements les requérants se plaignaient de ce que le nombre d'amendements était si élevé qu'il avait été apparemment utilisé par le gouvernement pour éviter les obligations édictées par la loi organique, telles que la réalisation d'une étude d'impact, l'obligation de consulter le Conseil d'État ou de délibérer en Conseil des ministres. Le conseil cependant n'a pas désiré examiner l'usage inapproprié du droit d'amendement.²³

Dans un de ces jugements, les requérants se plaignaient aussi du fait que l'analyse d'impact était incomplète au moment où elle avait été envoyée au Conseil d'État pour avis. Cela signifiait que l'étude d'impact avait été en partie réalisée après qu'avait été établi le projet de loi, ce qui était contradictoire avec la finalité de l'analyse comme instrument servant à guider le processus de décision. Le Conseil Constitutionnel, cependant, énonça que la loi organique obligeait seulement à ce que l'analyse d'impact soit complète au moment de son dépôt au Parlement et que par conséquent il n'y avait pas de violation de l'obligation formelle.²⁴

Dans deux jugements les requérants se plaignaient de déficiences de l'étude parce qu'elle comprenait des erreurs matérielles et n'examinait pas suffisamment l'impact social, économique et financier du projet.

²⁰ 2014-12 FNR, 1^{er} juillet 2014, cons. 5 à 7, JORF du 3 juillet 2014 page 11023, texte n° 100

²¹ Déc. N° 2011-631 DC 9 June 2011.

²² 2013-687 DC, 23 janvier 2014, cons. 7, 9, 11 et 12, JORF du 28 janvier 2014 page 1622, texte n° 7; 2014-690 DC, 13 mars 2014, cons. 45 à 48, JORF du 18 mars 2014 page 5450, texte n° 2; 2014-691 DC, 20 mars 2014, cons. 49 à 53, JORF du 26 mars 2014 page 5925, texte n° 2; 2015-715 DC, 5 août 2015, cons. 2 à 7, JORF n° 0181 du 7 août 2015, p. 13616, texte n° 2; 2016-739 DC, 17 novembre 2016, paragr. 2, 4 et 6, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016 texte n° 4.

²³ 2015-715 DC, 5 août 2015, cons. 2 à 7, JORF n° 0181 du 7 août 2015, p. 13616, texte n° 2; 2016-739 DC, 17 novembre 2016, paragr. 2, 4 et 6, JORF n° 0269 du 19 novembre 2016 texte n° 4.

²⁴ 2015-715 DC, 5 août 2015, cons. 2 à 7, JORF n° 0181 du 7 août 2015, p. 13616, texte n° 2.

Le premier cas était antérieur à la loi organique de 2009, qui a instauré le caractère obligatoire de l'étude. Le Conseil énonça seulement qu'une étude d'impact sert à informer le Parlement et que des imperfections ne mettent pas à mal la régularité de la loi éventuelle.²⁵ Dans le second cas, le Conseil a évité d'avoir à évaluer la qualité de la loi en soulignant que la conférence des présidents avait dix jours à sa disposition pour s'attacher à la conformité au regard de l'obligation de réaliser l'étude et que durant ce délai l'étude n'avait pas fait l'objet de critiques en son sein.²⁶ Cette décision met une lourde charge sur la conférence des présidents comme gardien de la réglementation : si l'étude d'impact n'a pas été attaquée en son sein, elle ne peut plus l'être devant le Conseil.

Le contrôle formel du processus : L'Union Européenne

Une obligation juridique de réaliser des analyses d'impact est explicitement posée à l'article 5 du Protocole N° 2 sur l'application des principes de proportionnalité et de subsidiarité : aux termes de cet article, un projet d'acte législatif européen doit contenir un développement détaillé rendant possible l'appréciation de la conformité de ce projet aux principes de proportionnalité et de subsidiarité. Ce développement doit comprendre une certaine analyse de l'impact financier de la proposition et doit argumenter les raisons pour lesquelles un objectif de l'Union peut être mieux réalisé au niveau de l'Union, au moyen d'indicateurs qualitatifs et si possible quantitatifs. Il doit aussi tenir compte de la nécessité de minimiser les charges financières et administratives pesant sur l'Union, les autorités nationales, régionales ou locales, les opérateurs économiques et les citoyens et les mettre en balance avec les objectifs à atteindre.

L'article a été invoqué plusieurs fois pour attaquer l'absence ou l'insuffisance d'une analyse d'impact. La CJUE a confirmé qu'elle devait vérifier la conformité des projets avec les garanties non seulement substantives mais aussi procédurales apportées par le protocole N° 2.²⁷

Dans l'affaire *Philip Morris* et dans celle *Pologne contre le Parlement et le Conseil Européens*, la CJUE a souligné que la proposition de la Commission et son étude d'impact incluaient une information suffisante pour « montrer clairement et sans équivoque les avantages qu'il y avait à agir au niveau de l'Union européenne ».²⁸ Ceci avait déjà été examiné dans les tests de proportionnalité substantive et de subsidiarité. Dans l'affaire relative à l'Estonie la Cour avait aussi établi clairement que l'analyse d'impact n'avait pas besoin d'être détaillée au point d'examiner l'impact de toute disposition particulière ou sur tout État membre particulier.²⁹

Dans *Afton Chemicals* et *Pillbox 38* il était soutenu que la directive attaquée était invalide en raison de l'absence d'une étude d'impact pour soutenir la mesure adoptée. Dans ces affaires le législateur avait choisi une autre disposition que celle proposée par la Commission ; la disposition n'avait donc pas été examinée dans l'analyse d'impact. La Cour a indiqué que l'analyse d'impact n'était contraignante ni pour le Parlement, ni pour le Conseil, leur permettant

²⁵ 2000-436 DC, 7 décembre 2000, cons. 3, Journal officiel du 14 décembre 2000, page 19840, Rec. p. 17.

²⁶ 2015-718 DC, 13 août 2015, cons. 2 à 4, JORF n° 0189 du 18 août 2015 page 14376 texte n° 4

²⁷ Affaire C547/14, *Philip Morris Brands and Others*, 4 May 2016, para 217; Affaire C-358/14, *Republic of Poland v European Parliament and the Council of the EU*, para 113.

²⁸ Affaire C547/14, *Philip Morris Brands and Others*, 4 May 2016, para 226; Affaire C-358/14, *Republic of Poland v the European Parliament and the Council of the EU*, para 123.

²⁹ Affaire C-508/13, *Republic of Estonia v European Parliament*, EU:C:2015:403, 18 June 2015.

d'adopter une disposition différente de celle examinée dans l'étude d'impact.³⁰ La Cour ne les a pas obligés à réaliser leur propre analyse d'impact, mais s'est satisfaite du fait que les éléments scientifiques étaient pris en compte et qu'un nombre important de consultations et de réunions avaient été organisées à un stade avancé du processus de décision.

3.1.2. Le contrôle de la rationalité procédurale

La montée du contrôle de rationalité procédurale -appelé aussi contrôle semi procédural- dans la jurisprudence des tribunaux constitutionnels et européens est un sujet de débat dans la littérature récente.

Le contrôle de rationalité procédurale est une partie du contrôle substantif -habituellement un contrôle de proportionnalité- par lequel les tribunaux prennent en considération la qualité de la procédure de décision à l'étape législative (ou administrative et judiciaire) comme un facteur décisif pour apprécier si l'intervention publique était justifiée. Il est utilisé lorsqu'un tribunal n'est pas en mesure d'apprécier en substance les mérites d'une affaire, par exemple quand on doit laisser une grande marge d'appréciation pour ce qui est essentiellement un exercice politique, tel que la mise en balance d'intérêts économiques et de préoccupations environnementales.³¹ Dans ce cas le tribunal, au lieu d'émettre sa propre opinion de la pertinence des choix de la politique, réduit son examen à la question de savoir si l'auteur de la loi a fondé l'exercice d'équilibre sur une discussion informée et ouverte. Ce contrôle est également utilisé quand l'intervention publique repose sur une hypothèse qui demande encore à être validée.

Le développement le plus explicite à cet égard a été celui de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Hatton c le Royaume-Uni*. La grande chambre a énoncé que « un processus de décision gouvernemental concernant des problèmes complexes de politique environnementale et économique, comme dans le cas présent, doit nécessairement intégrer des investigations et études appropriées de façon à permettre d'établir un équilibre équitable entre les différents intérêts conflictuels en jeu ».³²

Les tribunaux se tournent vers des contrôles de rationalité procédurale principalement quand ils effectuent un contrôle de proportionnalité dans le cadre d'un test des droits fondamentaux ou d'un test de subsidiarité. La CJUE peut rechercher dans l'analyse d'impact les éléments de preuve à l'appui de l'argumentation de la Commission selon laquelle l'action proposée ne peut pas être suffisamment menée à bien par les États membres. Dans ces cas la réalisation d'une étude d'impact n'est pas une obligation formelle. La Cour s'intéresse au fait de savoir si dans le courant de la procédure le législateur a recherché toute l'information disponible par le moyen de consultations, d'études, etc. L'analyse d'impact n'est qu'une des options possibles pour la démonstration de la rationalité du processus de prise de décision. Elle peut protéger la loi d'une invalidation, mais si elle est déficiente, elle peut fournir un argument pour établir que la loi est disproportionnée.

Alors que le contrôle de rationalité procédurale est devenu un sujet en vogue dans le débat académique (Gerards et Brems, 2017), c'est un phénomène plutôt rare dans la pratique des tribunaux. Des données précises sont disponibles pour la Cour constitutionnelle belge, pour laquelle toutes les décisions, jusqu'au 1^{er} décembre 2015 ont été codifiées dans

³⁰ Affaire C-343/09, *Afton Chemical*, 8 July 2010, para 30-40; Case C-, *Pillbox 38 (UK) Ltd*, 4 May 2016, para 64-66.

³¹ Exceptionnellement – et en prêtant le flanc à la critique – la C.E.D.H s'appuie sur un contrôle de la rationalité procédurale en dépit d'une faible marge d'appréciation Cf. Grande Chambre, *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, [App. No 48876/08], 22 avril 2013.

³² Grande Chambre, *Hatton v the United Kingdom*, [App. No 36022/97] 8 juillet 2003, para 128.

une base de données.³³ Les données montrent que la Cour effectue rarement un contrôle de rationalité procédurale. En fait la Cour se réfère aux preuves – études, rapports, etc. – dans seulement 2 % des cas.³⁴ On ne dispose pas de ce type de données pour les autres tribunaux mais nous pouvons faire l'hypothèse de résultats semblables. En outre, dans la plupart des cas, le contrôle de rationalité procédurale est utilisé pour soutenir la mesure. La Cour constitutionnelle belge s'est référée aux preuves scientifiques dans 16 cas seulement afin de soutenir l'invalidation de la loi – c'est-à-dire dans 0.5 % de tous les jugements prononcés entre 1985 et 2015.³⁵ Le nombre reste négligeable si on se concentre sur les seuls jugements pour lesquels une analyse d'impact de la réglementation a été prise en considération.

Dans cette section on examine plus avant la jurisprudence des cours européennes. La Cour européenne des Droits de l'Homme est examinée parce que, avec le Tribunal Constitutionnel allemand, elle est pionnière dans le contrôle de la rationalité procédurale et de surcroît peut influencer les tribunaux nationaux pour l'adoption d'approches semblables. La Cour de Justice de l'Union européenne est examinée aussi parce que la plupart des références à l'analyse d'impact de la réglementation en particulier y sont effectuées.

La Cour européenne des Droits de l'Homme

Dans la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, les seuls jugements quelque peu significatifs qui mentionnent les analyses d'impact concernent l'analyse d'impact environnemental précédant l'émission d'un permis de construire.³⁶ Les analyses d'impact de la réglementation n'ont été mentionnées que dans deux affaires. Dans l'affaire *Dubská et Krejzová*, les requérants se plaignaient d'un arrêt qui enfreignait la procédure obligatoire pour l'adoption des règlements car aucune étude d'impact n'avait été réalisée. La Grand chambre, cependant, n'entra pas dans le fond du sujet, mais fut satisfaite de ce que le texte définissait la nécessité que des professionnels de santé assistent les naissances à domicile programmées et était donc conforme à la loi.³⁷ Dans l'affaire *S.A.S. c France* le gouvernement français s'était référé à l'étude d'impact accompagnant la loi interdisant la dissimulation du visage en public pour souligner qu'il avait examiné les options alternatives, mais qu'il avait trouvé que celles-ci seraient inefficaces à sauvegarder les objectifs de sécurité publique et le principe du « vivre ensemble » faisant partie de la protection des droits et liberté des autres.³⁸ La Grand Chambre n'examina pas l'étude d'impact mais nota que l'objectif de sécurité publique (mais non le principe du vivre ensemble) aurait pu être atteint par une simple obligation faite aux personnes de montrer leur visage et de s'identifier dans des circonstances particulières.³⁹

³³ Cela a constitué une partie d'un projet de recherches financé par le FWO Flanders, promoteurs P Popelier et J Beyers, et réalisé par J De Jaegere.

³⁴ 71 jugements parmi les 3145 jugements prononcés entre 1985 (Quand la cour a commencé à fonctionner) et 2015. Cf. P Popelier et J De Jaegere, 'Evidence Based Judicial Review of Legislation in Divided States: the Belgian Case', (2016) 4 *Theory & Practice of Legislation* 187-208.

³⁵ Et 28 des jugements dans lesquels des éléments scientifiques jouent un rôle significatif. Cf. Popelier et De Jaegere, *supra* note 72.

³⁶ Cf. *Taskin c la Turquie* [App N° 46117/99] 10 novembre 2004; *Zammit Maempel c Malte*, [App N° 24202/10] 22 novembre 2011.

³⁷ Grande Chambre, *Dubská et Krejzová c la République tchèque*, [App N°s. 28859/11 and 28473/12], 15 novembre 2016, paras 85, 171.

³⁸ Grande Chambre, *S.A.S. c France*, [App. No. 43835/11] 1^{er} juillet 2014, para 25.

³⁹ Para 139.

On peut trouver davantage de jugements toutefois, dans lesquels la Cour examine les éléments scientifiques qui étayent le respect de la proportionnalité de l'intervention législative.

Ici encore, l'examen de rationalité procédurale aboutit au verdict selon lequel la loi respecte le principe de proportionnalité. Dans l'affaire *Hatton*, la Cour avait initialement conclu que « en l'absence de tout essai sérieux d'évaluer l'étendue ou l'impact des interventions avec les rythmes de sommeil du requérant et plus généralement en l'absence d'une étude préalable spécifique et complète visant à trouver la solution la moins onéreuse en termes de droits de l'homme » le gouvernement n'avait pas réalisé une pondération correcte entre les interventions et l'intérêt économique du pays.⁴⁰ La Grand Chambre a inversé cette décision, en soulignant qu'il n'était pas nécessaire de fonder la décision sur « des données exhaustives et mesurables sur chacun des aspects de la question faisant l'objet de la décision.⁴¹

Ce n'est que rarement que le manque d'éléments de preuve amène à la conclusion que la loi n'est pas proportionnée. Dans la plupart des cas, le gouvernement a justifié la loi avec des hypothèses législatives dont la Cour ne trouve aucune preuve. Par exemple dans l'affaire *Lecarpentier*, la mesure en cause était justifiée par le but de sauvegarder l'équilibre financier du système bancaire et plus généralement l'activité économique, mais la Cour ne trouva aucun élément qui prouvât la présence d'un tel danger.⁴² Dans l'affaire *Konstantin Markin*, concernant la législation qui autorisait les soldates mais non les soldats à prendre un congé parental, le gouvernement avait affirmé qu'autoriser les soldats à prendre un congé de trois ans affecterait l'efficacité opérationnelle de l'armée. La Cour nota qu'« il n'y a aucune indication qu'une étude d'expert ou une recherche statistique ait été jamais effectuée par les autorités russes pour évaluer le nombre de soldats qui seraient à un moment donné en mesure de prendre un congé parental de trois ans ou qui désireraient le faire, ni pour analyser comment ceci affecterait l'efficacité opérationnelle de l'armée ». ⁴³ Dans l'affaire *Kiyutin* une restriction sur la résidence temporaire d'une personne infectée par le HIV pour assurer la protection de la santé publique était en cause. Alors que des tierces parties avaient apporté la preuve de l'existence d'un consensus parmi les experts et les institutions internationales actives dans le domaine de la santé publique que de telles restrictions aux déplacements étaient inefficaces et ne pouvaient être justifiées par référence à des considérations de santé publique, la Cour nota que le gouvernement n'avait cité aucune opinion d'expert ou analyse scientifique de nature à contredire la position unanime des experts internationaux.⁴⁴

Dans ces cas, la législation était fondée sur des hypothèses dépourvues de tout fondement factuel. En revanche dans l'affaire *Smith et Grady*, le gouvernement présenta des faits étayant l'hypothèse selon laquelle l'admission d'homosexuels dans les forces armées aurait un effet significativement négatif sur le moral du personnel des forces armées et par voie de conséquence sur la capacité de combat et l'efficacité opérationnelle des forces armées. La Cour cependant exprima des doutes quant à la valeur des sondages et études réalisés.⁴⁵ Selon elle, les éléments avancés étaient manifestement biaisés et surtout représentaient l'attitude négative de la majorité hétérosexuelle à l'égard de la minorité homosexuelle

⁴⁰ *Hatton c le Royaume-Uni*, [App. N° 36022/97] 2 octobre 2001.

⁴¹ Grande Chambre, *Hatton c le Royaume-Uni*, [App. N° 36022/97] 8 juillet 2003, para 128.

⁴² *Lecarpentier c France* [App N° 67847/01] 14 février 2006, para 47.

⁴³ *Konstantin Markin c la Russie* [App N° 30078/06] 22 mars 2012, para 144.

⁴⁴ *Kiyutin c la Russie* [App N° 2700/10] 10 mars 2011, para 67.

⁴⁵ *Smith et Grady* [App] No para 95.

mais en aucun cas n'étaient le dommage allégué au moral et à l'efficacité opérationnelle qu'entraînerait tout changement à la politique en vigueur. Donc l'élément décisif était, de nouveau, qu'aucun fait n'était avancé de nature à prouver que l'admission d'homosexuels réduirait réellement la capacité de combat et l'efficacité opérationnelle des forces armées.⁴⁶

La Cour de Justice de l'Union européenne

La Cour de Justice de l'Union européenne mérite une attention spécifique parce que l'analyse d'impact y fait plus souvent l'objet d'un examen que ce n'est le cas dans les autres tribunaux. Néanmoins, alors que l'éclairage est souvent mis sur des cas bien connus tels que *Vodafone* ou *Spain v Council* qui font l'objet de nombreux commentaires, ces cas peuvent donner une image déformée, parce qu'en fin de compte le nombre de cas pertinents se limite aux doigts des deux mains.

Dans ces affaires la Cour laisse un grand pouvoir d'appréciation au législateur européen, si les choix qui doivent être faits sont de nature économique, politique ou sociale et réclament des évaluations complexes mais elle souligne que ces choix doivent néanmoins reposer sur des critères objectifs.⁴⁷ Le large pouvoir d'appréciation du législateur cependant s'étend, « dans une certaine mesure » à la recherche des faits fondamentaux.⁴⁸ Il en résulte que le fait qu'une étude d'impact ait été réalisée, dans laquelle les options diverses ont été examinées, est un facteur important pour conclure qu'une mesure est proportionnée.⁴⁹ De plus, quand la législature européenne doit analyser les effets futurs d'une législation qui ne peuvent être anticipés de façon précise, l'analyse n'est susceptible de critique que « si elle apparaît manifestement incorrecte à la lumière de l'information qui lui était disponible au moment de l'adoption de la législation en question ».⁵⁰

Cependant, selon la Cour, le pouvoir d'appréciation présuppose que soient pris en considération toutes les circonstances et facteurs pertinents de la situation que la loi était censée réguler.⁵¹ La Cour interviendra si les institutions ne sont pas à même de « produire et exposer de façon claire et non équivoque les faits de base qui devaient être pris en compte comme fondement des mesures contestées de la loi et dont l'exercice du pouvoir d'appréciation dépend ».⁵² Cela n'amène que très exceptionnellement à l'invalidation de la loi. Dans l'affaire *Espagne c Conseil* la CJUE a posé que la Commission avait calculé la rentabilité prévisionnelle de la culture du coton, sous le nouveau schéma d'aide, pour déterminer le montant de l'aide spécifique au coton, mais qu'elle n'avait pas inclus deux facteurs pertinents, à savoir les coûts du travail liés à la culture du coton ainsi que la viabilité des entreprises d'égrenage.⁵³ Dans l'affaire *Volker und Markus Schecke*, l'analyse d'impact en tant que

⁴⁶ Paras 97-99.

⁴⁷ Affaire 58/08 *Vodafone*, [2010] ECR I-4999, paras 54 and 68; Affaire C547/14, *Philip Morris Brands*, 4 mai 2016,.

⁴⁸ Affaire C-120/99, *République italienne c Conseil de l'Union européenne* [2001] ECR I-7997, para 44; Affaire C-310/04 *Espagne c Conseil* [2006] ECLI-521, para 121; Affaire C-176/09 *Grand-Duché de Luxembourg c Parlement et Conseil* [2011] ECLI-290, para 63.

⁴⁹ Affaire C-176/09 *Grand-Duché de Luxembourg c Parlement et Conseil* [2011] ECLI-290, para 65; Affaire C358/14, *Pologne c Parlement et Conseil*, para 57-103.

⁵⁰ *Jippes*, para 84, Affaire C-310/04 *Espagne c Conseil* [2006] ECLI-521, para 120

⁵¹ Affaire C-310/04 *Espagne c Conseil* [2006] ECLI-521, para 122.

⁵² Affaire C-310/04 *Espagne c Conseil* [2006] ECLI-521, para 123.

⁵³ Affaire C-310/04 *Espagne c Conseil* [2006] ECLI-521, para 133.

telle n'est pas mentionnée, mais la Cour reproche au Conseil et à la Commission de ne pas avoir examiné les options alternatives à la publication d'information sur les bénéficiaires des aides agricoles susceptibles de moins heurter le droit de ces bénéficiaires au respect de leur vie privée et à la protection de leurs données personnelles.⁵⁴

3.2. Évaluation : le contrôle juridictionnel de l'étude d'impact : utile ou fastidieux ?

Nous revenons aux arguments avancés *supra* dans le débat théorique pour établir si les anticipations des opposants comme celles des partisans du contrôle juridictionnel ont été vérifiées ou non.

3.2.1. La primauté du politique

Le premier groupe d'arguments avait trait à la primauté du politique. Selon ses opposants, le contrôle juridictionnel mettait en péril la primauté du politique en substituant à la légitime prise de décision politique le raisonnement scientifique. Selon ses partisans, le contrôle juridictionnel renforce la légitimité de la prise de décision politique et amène à une élaboration de la loi plus vigilante et plus rationnelle.

De ce que révèle la jurisprudence de la France et de la CJUE, nous pouvons conclure que le contrôle juridictionnel formel ne confirme ni les anticipations des opposants, ni celles des partisans de ce contrôle.

En France, le contrôle juridictionnel de l'obligation de réaliser une étude d'impact est interprété comme un exercice formel. Le respect de cette obligation ne s'interroge pas sur le but des études d'impact, et le Conseil Constitutionnel ne souhaite pas s'engager sur la qualité de l'étude d'impact réalisée. Si ce type de contrôle juridictionnel peut garantir le respect formel d'obligations procédurales, il se satisfait du fait qu'une case soit cochée. Dans l'Union européenne, le processus de contrôle formel ne va pas non plus très loin. Ce type de contrôle ne menace pas la primauté de la prise de décision politique et n'impacte probablement pas la procédure d'élaboration des lois ni ne renforce sa légitimité.

La situation est différente quand on en vient au contrôle de rationalité procédurale, effectué principalement au travers des tests de proportionnalité et de subsidiarité.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a déjà montré que le contrôle de rationalité procédurale, en requérant quelques fondements factuels à l'intervention législative, conduit à modeler l'élaboration de la politique. Étant donné que la législation n'est invalidée sur ce terrain que dans des cas exceptionnels, principalement quand le gouvernement n'est en mesure de produire aucun élément de fait justifiant l'atteinte d'un droit fondamental, l'intervention juridictionnelle reste néanmoins limitée et il est difficile de soutenir qu'elle remplace la prise de décision politique par le raisonnement scientifique.

La conclusion est la même pour la CJUE. Si la Cour demande quelque base factuelle, elle est satisfaite quand les documents préparatoires, et l'étude d'impact en particulier, montrent que le législateur a fait montre du soin requis dans le fait de peser les options et les intérêts sur la base de l'information disponible. La Cour semble plus exigeante quant à l'examen des options alternatives lorsque des droits fondamentaux sont en jeu. Le contrôle de l'obligation de se fonder sur des critères objectifs semble plus strict que celui que révèle

⁵⁴ Affaires jointes C-92 et 93/09 *Volker und Markus Schecke GbR*, 9 novembre 2010, para 77, 83.

la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ceci peut être dû au fait que les réglementations européennes sont d'une nature plus technique et demandent donc davantage de preuves scientifiques. Le fait également que des études d'impact sont disponibles peut amener la Cour à une investigation plus complète. En fin de compte, cependant, l'examen de la Cour a tendance à soutenir la législation européenne. En conséquence, plus l'investigation de la Cour est détaillée, plus elle légitime la loi en jeu.

3.2.2. *L'argument du biais libéral en faveur du marché*

Quand le contrôle du tribunal s'en tient à un contrôle de processus, le contenu n'est pratiquement pas un problème et aucun biais idéologique n'est discernable. Cela est différent quand les analyses d'impact sont utilisées dans des tests de proportionnalité ou de subsidiarité.

La Cour de Justice laisse un grand pouvoir d'appréciation au législateur européen, en examinant principalement si les choix du législateur reposent sur des critères objectifs, en prenant en considération les faits et l'information disponible au moment de l'adoption de la législation, et en ne critiquant l'analyse du législateur que si celle-ci apparaît manifestement incorrecte. Si le résultat révèle quelque biais libéral en faveur du marché cela traduit alors simplement le contexte juridique et politique dans lequel la Cour fonctionne.

À l'inverse la jurisprudence montre que le contrôle de la rationalité procédurale peut élargir le point de vue en apportant la perspective des droits fondamentaux. C'est sans surprise le cas pour la Cour européenne des Droits de l'Homme quand elle s'attache aux éléments scientifiques pour étayer la proportionnalité de l'intervention législative. De cette façon la Cour peut démonter des hypothèses qui sont souvent fondées sur des préjugés sociaux ou politiques mais qui n'ont pas de fondement factuel. C'est ainsi qu'au lieu de renforcer un biais libéral en faveur du marché, le contrôle de rationalité procédurale aide à éviter les biais idéologiques. Cette fonction est moins apparente dans la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, pour laquelle la protection des droits fondamentaux n'est pas le cœur de métier. Néanmoins, le contrôle de rationalité procédurale y démontre là aussi sa valeur ajoutée. Par exemple dans *Volker und Markus Schecke* la CJUE a incité le législateur européen à examiner les différentes options alternatives pour son intervention, en prenant en considération le droit au respect de la vie privée et la protection des données personnelles.

3.2.3. *La difficulté liée à la sur-judiciarisation*

Nous n'avons aucun élément pour conclure que le contrôle de processus ou de rationalité procédurale par les tribunaux a eu un impact sur le processus de réglementation de l'Union européenne ou d'États en particulier. Nous pouvons cependant observer que les tribunaux européens font preuve d'une retenue qui met à mal l'argument de la sur-judiciarisation. Au niveau de l'Union, le test des droits fondamentaux a été inclus dans l'analyse d'impact à la suite de la jurisprudence de la CJUE, mais il n'existe aucune preuve que cela ait substantiellement surchargé l'administration. Les affaires où le processus de décision et plus particulièrement l'analyse d'impact sont contestés sont rares et les tribunaux se satisfont en général du travail qui a été réalisé sur la base des données disponibles, sans imposer du travail supplémentaire. Si les tribunaux demandent que la législation soit fondée sur des faits, le législateur se voit reconnaître une grande latitude dans le choix des instruments et de la méthodologie.

Le contrôle juridictionnel ne présente donc pas le risque d'entraîner une sclérose du processus d'élaboration des règles. Il n'existe cependant non plus aucune preuve qu'il aide

à développer une culture administrative de la confection de la loi rationnelle et fondée sur des faits. Dans l'Union européenne, la Commission était déjà convaincue de l'importance d'une meilleure politique d'élaboration du droit. Compte tenu de la position foncièrement prudente des tribunaux, nous pouvons supposer que dans un État donné, les tribunaux seront encore plus prudents lorsque l'idée d'une meilleure élaboration du droit ne s'inscrit pas dans le contexte institutionnel et politique. Il se pourrait que ce ne soit que dans les domaines relevant de la compétence exclusive de l'Europe ou ayant une dimension de droits fondamentaux que l'Union et la Cour Européenne puissent donner une impulsion respectivement aux États membres et aux parties contractantes

3.2.4. Le problème de la compétence

Le problème de la compétence peut expliquer pourquoi dans beaucoup de systèmes juridiques, les juges accordent peu d'attention aux analyses d'impact. Lorsqu'ils examinent ces analyses ainsi que d'autres matériaux produits au cours du processus d'élaboration de la loi, ils font généralement preuve de retenue, quand ils en viennent à analyser la qualité de ces études. La revue de la jurisprudence révèle que les juges interfèrent seulement dans des circonstances exceptionnelles, quand les études souffrent de défauts évidents.

Les tribunaux vont rarement au-delà. Ce fut le cas dans la décision *Hartz IV* du Tribunal Constitutionnel allemand qui obligea le législateur à révéler les méthodes et les calculs sur lesquels certaines mesures étaient fondées comme celle du revenu minimum. Le tribunal établit que l'incapacité à fournir une information adéquate sur ces méthodes et ces calculs avait eu pour résultat de ne pas mettre le revenu minimum en conformité avec la constitution, selon laquelle chaque personne dans le besoin a un droit à disposer des conditions matérielles indispensables à son existence physique ainsi qu'à une participation minimale à la vie sociale, culturelle et politique.⁵⁵ Cette position a été critiquée dans la littérature académique, parce que le montant déterminé par le législateur n'apparaissait pas manifestement insuffisant, si l'on prenait en compte des avantages supplémentaires et des soins médicaux gratuits et si on le comparait avec le niveau du revenu minimum dans les autres pays (Messerschmidt, 2012).

Cette critique implique que les tribunaux devraient utiliser les faits pour examiner la proportionnalité d'une législation lorsque celle-ci est contestée, mais non pour invalider une législation dont le résultat ne semble pas violer la constitution ou un traité.

Conclusion

Devons-nous craindre ou appeler de nos vœux la judiciarisation des instruments de réglementation en général et des études d'impact en particulier ?

Une rapide revue de la jurisprudence en Europe montre que nous ne devrions pas surestimer l'impact du contrôle juridictionnel. Quand il s'agit de la confection des lois proprement dites, les tribunaux adoptent une attitude prudente qui protège le législateur d'une captation technocratique de la réglementation comme d'une rigidification de la procédure de décision. D'un autre côté, les espoirs de voir le contrôle juridictionnel entraîner une

⁵⁵ Affaires jointes. 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 § 144.

confection de la loi plus rationnelle et plus vigilante apparaissent excessivement optimistes. C'est certainement le cas quand le contrôle juridictionnel se limite à un strict contrôle de processus formel. Globalement cependant la balance penche en faveur du contrôle de rationalité procédurale. Ce type de contrôle laisse une grande latitude au législateur quant aux étapes et aux méthodes de la procédure, mais ouvre la voie à une prise en compte des droits fondamentaux et intervient quand la rationalité politique ou des biais idéologiques amènent à une intervention arbitraire.

Bibliographie

- Alemanno A., 2010. The Dialogue between Judges & Experts in the EU and WTO *In* F. Fontanelli, G. Martinico et P. Carrozza (ed), *Shaping Rule of Law through Dialogue*, Europa Law Publishing, Groningen.
- Alemanno A., 2011. A Meeting of Minds on Impact Assessment. When Ex Ante Evaluation Meets Ex Post Judicial Control. *European Public Law* 17, 485-503.
- Alemanno A., 2016. Courts and Regulatory Impact Assessment *In* C.A. Dunlop et C.M. Radaelli (eds), *Handbook of Regulatory Impact Assessment*, Edward Elgar, Cheltenham.
- Anderson F., Chirba-Martin M.A. et al., 2000. Regulatory Improvement Legislation: Assessment, Cost-Benefit Analysis, and Judicial Overview. *Duke Envtl. L. & Pol'y F* 11, 89-138.
- Baldwin R., 2005. Is Better Regulation Smarter Regulation ? *Public Law* 485-511.
- Bar-Siman-Tov I., 2011. The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process. *Boston University Law Review* 91, 1915-1974.
- Bar-Siman-Tov I., 2012. Semiprocedural Judicial Review. *Legisprudence* 6, 271-300.
- Craig P., 2012. *EU Administrative Law* 7th ed. Oxford University Press, Oxford.
- Dawson M., 2011. *New Governance and the Transformation of European Law*. Cambridge University Press, Cambridge.
- De Schutter O., 2016. Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs. *Follow-up to the European Parliament's Resolution of 8 September 2015 on "the situation of fundamental rights in the European Union (2013-2014)"*. Brussels.
- Diericks G., Bursens P. and Helsen S., 2001. *How to Explain the Belgian Integration Paradox?* University of Antwerp, Antwerp.
- Dunlop C.A. and Radaelli C.M., 2016. The Politics and Economics of Regulatory Impact Assessment *In* C.A. Dunlop and C.M. Radaelli (eds), *Handbook of Regulatory Impact Assessment*, Edward Elgar, Cheltenham.
- Funk F. and Seamon R.H., 2016. *Administrative Law. Examples & Explanations*. Wolters Kluwer, New York.
- Gerards J.H. and E. Brems (eds), 2017. *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*. Cambridge University Press, Cambridge.
- Ismer R. and Messerschmidt K. (eds), 2016. *Evidence-based Judicial Review of legislation. . Theory & Practice of Legislation* 4.
- Komesar N., 1994. *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*. University of Chicago Press, Chicago.
- Messerschmidt K., 2012. The Good Shepherd of Karlsruhe: The 'Hartz IV' Decision on Unemployment Benefits and Social Allowances – A Good Example of Regulatory Review by the German Federal Constitutional Court *In* P. Popelier, A. Mazmanyan et W. Vandenbruwaene (eds), *The Role of Courts in Multilevel Governance*, Intersentia, Antwerp.
- Messerschmidt K. and Oliver-Lalana A.D., 2016. *Rational Lawmaking under Review*. Springer Verlag, Berlin.
- Meuwese A. and Gomtsian S., 2004. Regulatory Scrutiny of Subsidiarity and Proportionality. *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 22, 483-505.

- Meuwese A. and van Voorst S., 2016. Regulatory Impact Assessment in Legal Studies *In* C.A. Dunlop and C.M. Radaelli (eds), *Handbook of Regulatory Impact Assessment*, Edward Elgar, Cheltenham.
- Naundorf S. and Radaelli C., 2017. Regulatory Evaluation Ex Ante and Ex Post: Best Practice, Guidance and Methods *In* U. Karpen et H. Xanthaki (eds), *Legislation in Europe*, Hart, Oxford.
- Pierce R.J. Jr., 1991. The Unintended Effects of Judicial Review of Agency Rules: How Federal Courts Have Contributed to the Electricity Crisis of the 1990s. *Adm. Law Review* 43,7-30.
- Popelier P., 2010. Governance and Better Regulation: Dealing with the Legitimacy Paradox. *European Public Law* 17, 555-568.
- Popelier P. and De Jaegere J., 2016. Evidence Based Judicial Review of Legislation in Divided States: the Belgian Case. *Theory & Practice of Legislation* 4, 187-208.
- Popelier P. and Van De Heyning C., 2017. Subsidiarity post-Brighton: Procedural Rationality as Answer ? *Leiden Journal of International Law* 30, 27-48.
- Purnhagen K. and Feindt P.H., 2015. Better Regulatory Impact Assessment: Making Behavioral Insights Work for the Commission's New Better Regulation Strategy. *European Journal of Risk Regulation* 6, 363-365
- Rose-Ackerman, S., Egidy S. and Fowkes, J., 2015. *Due Process of Lawmaking*. Cambridge University Press, Cambridge.
- Schiek D., 2007. Private Rule-Making and European Governance – Issues of Legitimacy. *European Law Review* 32, 443-466.
- Seidenfeld M., 1997. Demystifying Deossification: Rethinking Recent Proposals to Modify Judicial Review of Notice and Comment Rulemaking. *Tex L Rev* 75, 483-524.
- Shapiro S. et Murphy W., 2009. Eight Things Americans can't Figure out about Controlling Administrative Power. *Adm L Rev* 61, 5-28.
- Stone Sweet A. and Mathews J., 2008. Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law* 47, 72-164.