

**Rapport général du questionnaire ACA « Meilleure réglementation »
préparé pour le séminaire ACA Europe du 15 mai 2017
à La Haye**

Le questionnaire ACA sur une meilleure réglementation a été complété par les rapporteurs des pays suivants :

Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg¹, Norvège, Pays-Bas, Pologne, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Suède et Suisse.

Rapporteur

Conseiller d'État au Conseil d'État des Pays-Bas : Ronald van den Tweel

Avec l'aide de :

Asha Osman, Ron van der Veer et Leontine Weesing-Loeber

Cofinancé par le Programme Justice de l'Union européenne



¹ Le Conseil d'État et la Cour administrative du grand-duché de Luxembourg ont soumis un rapport commun.

Introduction

1.1. Contexte

La recherche d'une meilleure réglementation est un objectif qui fait partout l'objet d'un très large consensus. Dans la pratique, les avis sont moins uniformes cependant sur les façons d'y parvenir, mais aussi sur la définition même de ce que l'on entend par « qualité de la législation ». Il peut s'agir en effet de la qualité juridique de la législation, mais aussi de sa validité, de son efficacité, de sa praticabilité et son applicabilité. Pour tous ces aspects, la qualité de la législation ne peut que bénéficier d'échanges d'informations et d'expériences entre le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Ces échanges peuvent porter aussi bien sur l'élaboration des lois que sur leur mise en œuvre et leur application. Les conseillers indépendants, parmi les lesquels les organes consultatifs, examinent chaque année un grand nombre de projets de loi d'une très grande diversité et chaque jour, les juges administratifs se prononcent dans un nombre impressionnant d'affaires en se basant sur un vaste corpus législatif. Leurs expériences respectives ont un double effet. D'une part, elles contribuent à améliorer la qualité des avis consultatifs et de la jurisprudence. D'autre part, cette masse d'avis consultatifs et de décisions de justice est aussi une source non négligeable d'informations sur la qualité de la législation et de la réglementation à un niveau général, et sur leurs évolutions éventuelles.

Divers mécanismes permettent d'utiliser ces expériences pour enrichir le processus d'élaboration de la législation. Pratiquement tous les membres de l'ACA ayant répondu au questionnaire (28 au total) indiquent qu'ils disposent déjà, d'une manière ou d'une autre, d'une certaine expérience en termes de transmission d'informations au législateur, qu'il s'agisse de traits communs, de tendances ou d'autres évolutions constatées dans la pratique. Dans le cadre du processus cyclique d'élaboration de nouvelle législation, ces expériences et enseignements tirés de la législation existante sont pris en compte pour l'élaboration de nouvelle législation. Il ressort des rapports reçus que cela se produit de différentes manières. Non seulement par le biais de la jurisprudence et des organes consultatifs indépendants, mais aussi par le biais de divers mécanismes, formels et informels, à la disposition des conseillers et des juges.

Plusieurs institutions reviennent par exemple dans leurs rapports annuels sur ce qu'elles ont observé dans l'exercice de leur mission, tant au niveau de la qualité juridique des lois qu'au niveau d'autres aspects (tels que l'applicabilité de ces textes). Parfois ces institutions s'adressent directement (de manière périodique ou ponctuelle, de leur propre initiative ou à la demande du législateur), par écrit ou par voie orale, au législateur. Dans d'autres cas, des juges individuels ou des conseillers indépendants apportent une contribution à l'élaboration de nouvelles lois (par exemple dans le cadre de commissions), ou collaborent à des publications scientifiques et techniques, qui de manière directe ou indirecte contribuent à renforcer la qualité (notamment juridique) des nouvelles lois.

Le système de séparation des pouvoirs ne peut que bénéficier de la recherche d'une législation la meilleure possible et d'une bonne interaction entre les trois piliers de ce système. L'existence d'une législation de bon niveau est essentielle pour le pouvoir judiciaire. Les lois élaborées avec soin, en tenant suffisamment compte de tous les aspects en jeu, et notamment de leur applicabilité, soulèvent en effet moins de problèmes dans la pratique et entraînent donc moins de procédures judiciaires. Le législateur peut aussi améliorer la qualité de la législation si par exemple, dans l'élaboration de la législation, il peut se baser en partie aussi sur les expériences (positives et négatives) dans la mise en œuvre et l'application de la législation en vigueur, acquises dans l'intervalle par les juges, mais aussi par les organes consultatifs. Il ne faut cependant pas perdre de vue que la séparation des pouvoirs implique aussi une séparation des responsabilités. A cet égard, il s'agit notamment de l'indépendance du pouvoir judiciaire vis à vis du législateur et du pouvoir exécutif. Cette indépendance pose des limites aux contacts entre juges et législateurs. La manière dont ces limites sont définies et mises en pratique au quotidien varie cependant d'un pays à l'autre, parmi les membres de l'ACA.

Dans ce contexte, le présent rapport général aborde les deux grandes questions suivantes :

- **De quelle manière, les juridictions administratives nationales et les organes consultatifs indépendants transmettent-ils dans la pratique des informations à leur législateur, au sujet de leurs expériences (respectives ou communes) dans la pratique quant à la qualité de la législation ?**
- **Comment ces possibilités de transmission d'informations sont-elles utilisées dans la pratique compte tenu des limites signalées par les membres de l'ACA, en termes d'équilibre des pouvoirs et d'indépendance du pouvoir judiciaire (meilleures pratiques) ?**

Le présent rapport se limite aux pratiques au niveau national. La notion de qualité de la législation prend cependant une dimension additionnelle (et une complexité accrue) lorsqu'il s'agit de l'application et de la mise en œuvre du droit européen. En cas de règlements obligatoires et directement applicables, le rôle du législateur au niveau national est par définition limité. Pour les directives, le législateur au niveau national dispose d'une plus grande marge de manœuvre, au niveau à la fois de la forme et des moyens qu'il choisit pour la mise en œuvre au niveau national de cette directive, tant que l'objectif visé par le texte européen est maintenu et atteint. Quel que ce soit le cas de figure, le législateur au niveau national reste - pour ce qui est de la qualité de la législation nationale de mise en œuvre du droit européen -, en (grande) partie dépendant de la qualité de la législation européenne initiale. L'amélioration de la qualité de la législation est par conséquent un thème également d'une importance non négligeable au niveau européen. Dans son « Programme pour une meilleure réglementation », la Commission européenne indique que son objectif est une plus grande transparence, mais aussi un usage (encore) plus renforcé que par le passé de l'expérience des experts et des professionnels chargés de l'application du droit, dans l'élaboration des nouvelles réglementations et l'évaluation des réglementations existantes.²

Les premières expériences en termes de nouveaux dispositifs de consultation au niveau européen semblent indiquer qu'ils sont surtout utilisés par les acteurs commerciaux et les lobbyistes. Ces apports transmis par le biais des consultations publiques ne s'intéressent généralement que très peu (voire pas du tout) à la qualité (notamment juridique) de la législation.

Les juges administratifs et les organes consultatifs indépendants disposent quant à eux bel et bien de ces connaissances tirées de la pratique, et il n'est pas donc surprenant que la Commission indique qu'elle souhaite pouvoir mettre ces enseignements à profit. Lors du séminaire de l'ACA, le 15 mai 2017 à La Haye, le programme du matin portera sur les enseignements que l'on peut tirer des mécanismes de contribution au niveau national et sur les possibilités de transmission d'informations que l'on pourrait développer pour faire remonter jusqu'à la Commission, les expériences sur le terrain en termes de qualité de la législation européenne, compte tenu de la position spécifique des juges et des organes consultatifs indépendants au niveau national. Quel rôle les membres de l'ACA peuvent-ils jouer à cet égard, à un niveau individuel ou collectif ?

1.2. Structure du présent rapport

Le processus d'élaboration de la législation est un processus cyclique en constante évolution. La jurisprudence par exemple offre des enseignements sur la qualité de la législation en vigueur et mène lorsque c'est nécessaire à des modifications de cette législation, mais ces enseignements issus de la pratique sont aussi utilisés dans le cadre de l'élaboration de nouvelle législation. Au niveau des organes consultatifs, l'on constate un phénomène similaire. La distinction entre contribution (en amont) et retour d'informations (en aval) est par conséquent assez fluide.

² Voir : https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/better-regulation-why-and-how_en#documents

Un questionnaire a été préparé afin d'inventorier quels mécanismes sont en place dans les différents pays membres. Ce questionnaire est joint en annexe au présent rapport. Pour ne pas trop compliquer ce processus de consultation, le questionnaire a une portée bien délimitée. Ses questions portent en effet sur les mécanismes de contribution dans la phase préalable à l'élaboration de la législation (contributions), et sur les mécanismes dans la phase postérieure à l'élaboration et l'entrée en vigueur de la législation (retours d'informations). Il s'agit à ce sujet - que ce soit des contributions préalables ou des retours d'information - de toutes les formes possibles d'avis (formels ou informels, sollicités ou non sollicités, périodiques ou ponctuels), émis par des juges (individuellement ou en formation collégiale) et des organes consultatifs indépendants. Ce rapport n'aborde cependant pas les mécanismes de contribution et de retour d'informations mis en place en interne par les différents maillons du processus législatif (ministères et Parlement). Le présent rapport s'intéresse uniquement aux rôles des organes consultatifs indépendants et des juridictions administratives.

Le chapitre 2 aborde, en réponse à la première des deux questions susmentionnées, un certain nombre de considérations générales et de conclusions formulées sur la base des traits communs qui se dégagent des réactions des membres de l'ACA. La deuxième partie de ce chapitre porte sur les réponses reçues au questionnaire. Le chapitre 3 détaille les mécanismes de contribution préalables à l'élaboration de la législation. Il examine séparément les contributions des juges, celles des organes consultatifs (en termes de législation et autres) et pour finir, les autres mécanismes de contribution. Le chapitre 4 est consacré aux mécanismes dans la phase postérieure à l'élaboration de la législation (retour d'informations), et reprend lui aussi la même distinction entre les retours d'informations des juges, ceux des organes consultatifs et d'autres mécanismes de retour d'informations.

2. Conclusions et constatations

2.1. Mécanismes de contribution préalables à l'élaboration des lois

2.1.1. Contributions des juges

Il semble peu contestable que dans tous les pays membres de l'ACA, la jurisprudence apporte, de manière indirecte, une contribution au processus cyclique d'élaboration de la législation. On peut en effet supposer que lors de la préparation de nouveaux projets de loi, le ministère concerné tient compte de la jurisprudence existante dans ce domaine. Les juges peuvent cependant aussi intervenir de manière plus active et attirer l'attention sur la jurisprudence en question, par le biais de leurs rapports annuels ou d'autres voies, telles que les articles dans les revues scientifiques ou l'organisation de congrès, et mettre ainsi en avant des problèmes spécifiques de la législation existante (voir paragraphe 3.1.1). De nombreux membres de l'ACA signalent l'existence de ces mécanismes, en fait étroitement liés au pouvoir judiciaire.

Il ressort également des réponses au questionnaire que de nombreuses juridictions, mais surtout des juges individuels, participent dans un rôle consultatif, directement et à des degrés variables suivant les cas, au processus d'élaboration de la législation. Même si la plupart des membres de l'ACA soulignent de manière explicite l'importance qu'ils accordent au principe de séparation des pouvoirs et aux principes d'indépendance et d'impartialité du pouvoir judiciaire,³ il ressort des réactions reçues que dans la pratique, ces principes sont appliqués de manière très diverse (voir paragraphe 3.1.5 et 3.1.6). Certains des rapports reçus (notamment celui de la Croatie et celui de la Lettonie) précisent ne voir aucune objection au fait que des juridictions ou des juges rendent un avis sur la législation envisagée. Au contraire, précise le rapport croate, « *nous estimons que c'est une procédure extrêmement utile, qui permet au législateur de respecter la jurisprudence existante dans le domaine en question et d'éviter des problèmes futurs* ».

La plupart des membres de l'ACA indiquent également qu'en termes de formulation d'avis, quel qu'il soit et par quelque voie que ce soit, tout professionnel du droit doit rester parfaitement conscient de sa position. Il est intéressant de noter qu'à ce sujet, les rapports ne font pas dans tous les cas uniquement référence aux principes d'indépendance et d'impartialité, mais à plusieurs reprises aussi à l'impact en termes d'effectifs et de ressources financières que représente la formulation d'avis par les juridictions. Dans la pratique, les membres de l'ACA ont mis en place divers usages et règles de conduite leur permettant, malgré leur position d'indépendance en tant que juges, de pouvoir apporter une contribution au législateur. A cet égard, ils mentionnent les éléments suivants :

- l'existence d'un fondement juridique pour la formulation d'avis ;
- la formulation d'avis uniquement sur le fonctionnement ou l'organisation des juridictions, ou sur le droit procédural ;
- éviter toute prise de position trop ferme (notamment politique) ;
- ne pas formuler d'avis non sollicités ;
- faire en sorte d'être invité à formuler un avis ;
- ne formuler des avis qu'à titre de chambre ou par l'intermédiaire de l'organe représentatif ;
- ne formuler un avis que lorsque le projet de loi a été présenté au Parlement ;
- faire en sorte que d'autres parties émettent aussi un avis, pour un meilleur équilibre des contributions ;
- ne pas juger par la suite toute affaire dans laquelle la législation en question est abordée.

Lorsque les juges apportent une contribution sur la qualité de la législation, celle-ci se limite parfois à la conformité de ladite législation avec la Constitution et d'autres règles de rang supérieur ou avec des principes généraux de droit, tels que l'égalité devant la loi et la sécurité

³ Certains rapports renvoient à l'arrêt de la CEDH du 28 septembre 1995, Procola c. Luxembourg (requête n° 14570/89).

juridique. Dans de nombreux cas, l'on vérifie également des aspects touchant à la qualité de la législation, tels que intelligibilité, clarté, logique et cohérence, et dans certains cas, des aspects plus liés aux politiques, tels que les effets en termes de budget et d'efficacité. Il est intéressant de noter que dans leurs contributions, les juges s'étendent peu sur les aspects dans lesquels ils disposent d'une vaste expérience, à savoir l'efficacité, l'applicabilité et le contrôle du respect des lois. A ce sujet, plusieurs rapports évoquent la crainte de formuler un jugement politique.

2.1.2. Contributions des organes consultatifs

Les organes consultatifs évaluent aussi les aspects susmentionnés liés à la qualité de la législation, mais cela dépend en partie de la nature de l'organe consultatif en question. De manière générale, on peut ranger les organes consultatifs en 3 grandes catégories (voir paragraphe 3.2.2) :

1. Organes consultatifs indépendants, généraux, dotés de vastes compétences, tels que les Conseils d'État (par exemple aussi sur la légistique, la faisabilité, la langue) ;
2. Organes consultatifs indépendants, généraux, chargés de vérifier des aspects spécifiques touchant à la notion de meilleure réglementation (réduction des coûts, évaluation des impacts, bureaucratie) ;
3. Organes consultatifs spécialisés, qui souvent limitent leurs travaux aux aspects qui touchent à leur champ d'application matériel et à leur expertise.

On constate en effet parmi les organes consultatifs des pays membres de l'ACA, une grande diversité en nombre mais aussi en nature. Les nombres d'organes consultatifs, communiqués dans les rapports, varient de zéro (par exemple en Croatie et en Suisse) à 443 organes consultatifs (en France). En plus des traditionnels Conseils d'État, il s'agit de divers organes consultatifs indépendants (notamment publics), de caractère général, dotés d'une mission liée à la législation (et notamment à la qualité de la législation). Quelques-uns de ces organes consultatifs sont reliés à des programmes nationaux d'amélioration de la législation et de réduction de la charge réglementaire. A ceci s'ajoute un beaucoup plus grand nombre d'organes consultatifs indépendants au champ d'action plus réduit, tels que les autorités veillant au respect de la concurrence, de la vie privée, de l'environnement, les chambres de commerce, les collectivités locales, etc. L'impression qui se dégage est que les contributions ne sont pas toujours effectuées de manière structurée.

Dans plusieurs pays membres de l'ACA, les organes consultatifs participent aussi au processus de définition des programmes législatifs, dans des phases dans lesquelles il n'y a pas encore de projets de loi concrets (voir paragraphe 3.3.3). Ces contributions peuvent avoir une grande influence sur le processus, puisque c'est une phase de détermination des programmes pour les années à venir.

A la différence de ce qui était le cas pour les contributions des juges, les rapports mentionnent moins d'objections (notamment de principe) pour les contributions des organes consultatifs (voir paragraphe 3.2.5 et 3.2.6). Les objections qui sont évoquées portent sur l'absence d'un niveau suffisant de connaissances et d'informations au sein des organes consultatifs indépendants, sur le retard subi par le processus d'élaboration des lois du fait de ces avis, sur le caractère unilatéral de ces avis et sur l'impression éventuelle de subjectivité et de partialité. Pour finir, les rapports attirent l'attention sur le risque que l'avis rendu soit de nature politique ou soit interprété comme étant de nature politique, en particulier dans les cas d'avis non sollicités. Pour ce qui est des organes consultatifs, les rapports mentionnent les usages et règles de conduite suivants, utilisés dans la pratique par ces organes pour éviter ou réduire les risques d'objections de la part du législateur :

- de bons échanges d'informations avec le ministère concerné ;
- ne pas formuler d'avis non sollicités ;

- rendre public le cadre d'évaluation ;
- ne pas rendre publics les avis formulés ;
- veiller à un bon équilibre des vues exprimées, par exemple en organisant une consultation publique.

Au sujet des consultations publiques, un pays membre de l'ACA (la Grèce) observe que l'absence de consultation publique dans ce processus se traduit par un caractère unilatéral ou incomplet de la contribution, qui peut nuire à la qualité de la législation. Plus de la moitié des pays membres de l'ACA ont effectivement recours dans la pratique à cet instrument de consultation publique, comme le prévoient les lignes directrices de l'OCDE sur la transparence des pouvoirs publics⁴. La consultation publique permet au législateur de parvenir à un meilleur équilibre des avis qu'il reçoit dans la phase d'élaboration de la législation. De tels mécanismes sont à la disposition du public, et peuvent par conséquent aussi être utilisés par les juges et les organes consultatifs indépendants (voir paragraphe 3.3).

2.2. Mécanismes de contribution postérieurs à l'élaboration de la législation

2.2.1. Retour d'informations des juges

Dans le processus cyclique d'élaboration de la législation, dans lequel, pour l'élaboration de nouvelle législation, l'on tient compte des expériences issues de la législation en vigueur, la jurisprudence constitue un important instrument de retour d'informations. Les juges vivent au quotidien la manière dont une loi, une fois adoptée et entrée en vigueur, est mise en œuvre et appliquée. Dans ce contexte, les juges sont directement confrontés aux éventuels défauts ou faiblesses de la législation en question. En rendant leur jugement, les juges s'expriment aussi sur la qualité de la législation. Dans certains pays, ils le font de manière indirecte, car l'évaluation de la légalité de la loi est réservée à des juges de rang supérieur (au niveau national ou européen) et doit donc leur être soumise. En fonction des constatations et des compétences de ces juges, une évaluation négative peut avoir des conséquences directes pour la loi en question, au sens où cette loi doit être retirée ou modifiée, ou bien que cette évaluation négative débouche sur la formulation d'une nouvelle législation. L'examen plus en détail des différents dispositifs en vigueur dans ce domaine dans les pays membres de l'ACA n'entre cependant pas dans le cadre du présent rapport.

Le retour d'informations par le biais de la jurisprudence semble un phénomène tellement évident que certains membres de l'ACA ne le mentionnent même pas (voir paragraphe 4.1.2). Les réponses au questionnaire font par contre bel et bien apparaître la manière dont les juges utilisent aussi les jugements qu'ils rendent dans des affaires autres que celles où leur mission est d'évaluer la compatibilité des lois, pour attirer l'attention, éventuellement sous forme d'*obiter dictum*, sur les défauts (souvent surtout techniques) de la législation en question. Il est également intéressant de signaler qu'en dehors du jugement rendu, il existe aussi des formes de retours d'informations non sollicités. Il s'agit notamment des rapports annuels, rendus publics, de la juridiction en question. En Estonie par exemple, ces rapports annuels font l'objet d'une présentation formelle au Parlement, en qualité de colégislateur. Il existe cependant d'autres mécanismes de retours non sollicités, dans lesquels, les retours d'informations sont transmis, parfois directement, aux ministères concernés. Dans deux pays membres de l'ACA, ce dispositif est même doté d'un fondement juridique. Dans les autres cas, il s'agit souvent d'une pratique informelle de retours d'informations, effectués de manière ponctuelle et indirecte. Le Conseil d'État des Pays-Bas a mis en place une procédure interne pour ce type de retours.

Conscients du principe de séparation des pouvoirs et des principes d'indépendance et d'impartialité du pouvoir judiciaire, les juges font preuve d'une certaine retenue dans leurs

⁴ La Recommandation de 2012 sur la politique et la gouvernance réglementaires et la version préliminaire des Principes de meilleures pratiques de participation des parties prenantes aux politiques réglementaires, de l'OCDE (<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/public-consultation-best-practice-principles-on-stakeholder-engagement.htm>)

retours d'informations (voir paragraphe 4.1.7 et 4.1.8). Ils veillent en effet à ne pas se substituer au législateur, et à ce sujet, les rapports attirent aussi l'attention sur le fait qu'il est fort possible que les mêmes juges soient par la suite amenés à se prononcer sur des modifications de la loi induites par leurs propres retours d'informations. Les retours d'informations sont néanmoins fréquents, même s'ils prennent des formes très diverses. Les différents aspects de la qualité de la législation sur lesquels portent ces retours d'informations ne diffèrent pas de ceux pris en compte dans les contributions dans la phase d'élaboration de la législation. Les retours d'informations de ce type ne sont généralement pas rendus publics. Afin d'éviter tout problème en termes d'indépendance et d'impartialité, ces retours d'informations ne sont parfois pas transmis par les juges individuels (ou la chambre), mais par le greffe de la juridiction en question.

2.2.2. Retour d'informations des organes consultatifs

Il ressort des réponses au questionnaire que, comme pour les contributions préalables, le retour d'informations par les organes consultatifs se fait de manière très diverse (voir paragraphe 4.2.1). Ces réponses renvoient souvent à l'évaluation formelle de la législation, comme composante fixe du processus d'élaboration de la législation, dans laquelle un certain nombre d'organes consultatifs ont par définition un rôle à jouer. Les juges (et notamment leurs expériences) peuvent aussi jouer un rôle dans de telles évaluations formelles. Dans les cas où une telle évaluation formelle, prévue par la loi ou les usages, n'est pas un passage obligé, il existe cependant toute une série de mécanismes à l'aide desquels les organes consultatifs peuvent formuler des retours d'informations sur la qualité d'une loi. A ce titre, on peut citer les avis non sollicités, les rapports annuels, ou les publications spécifiques. Les retours effectués de ces manières portent sur la qualité juridique de la législation, mais aussi sur les effets matériels et financiers (parfois non anticipés) de la loi en question.

De manière générale, le retour d'informations par des organes consultatifs indépendants sur la qualité de la législation soulève peu d'objections. Un seul membre de l'ACA fait observer que l'évaluation formelle se peut traduire par un surplus inutile de bureaucratie et pas forcément par une meilleure législation. D'autres soulignent que si l'on veut qu'elle soit d'un bon niveau, cette évaluation a des implications en termes de taille et d'expertise de l'organisation à qui elle incombe. De manière générale, la valeur ajoutée des retours d'informations sur les expériences en termes de mise en œuvre et d'application des lois, fait cependant l'objet d'un large consensus. La formulation plus active et plus structurée de retours d'informations au législateur peut avoir une influence positive sur la qualité de la législation. Ou comme le précise un rapport (celui de l'Estonie) : *« Il est on ne peut plus logique que toutes les parties concernées participent non seulement à la préparation de la législation, mais aussi au suivi de sa mise en œuvre. »* Les réponses mettent également en évidence l'influence du caractère cyclique du processus d'élaboration de la législation. Quelques rapports soulignent à ce sujet que les expériences en termes de mise en œuvre et d'application de la législation en vigueur sont bien entendu prises en compte dans les avis sur la législation envisagée.

3. Partie 1 du questionnaire : mécanismes de contribution *préalables* à l'élaboration de la législation

Remarques préliminaires

A titre de remarque préliminaire, il faut noter que pour cette partie du questionnaire, les rapports n'ont pas tous retenu la même définition de la période *préalable* à l'élaboration de la législation. Certains membres de l'ACA ont limité leurs réponses aux mécanismes permettant aux juges ou aux organes consultatifs d'apporter une contribution au processus d'élaboration de la législation jusqu'à la rédaction de la première version du projet de loi. D'autres membres de l'ACA ont retenu une définition plus large de cette période et ont aussi inclus à leurs réponses les mécanismes après la première version du projet de loi. De manière concrète, il s'agit à cet égard (entre autres) de mécanismes de consultation des juges ou des organes consultatifs indépendants après la présentation du projet de loi au Parlement. Ces références à des phases différentes de l'élaboration de la législation ont bien entendu une influence sur la manière dont les différents membres de l'ACA ont répondu au questionnaire et par là, sur les mécanismes qu'ils décrivent dans leurs rapports. L'objectif de ce questionnaire était d'inventorier tous les mécanismes à la disposition des juges et des organes consultatifs durant tout le processus d'élaboration de la législation. Le présent rapport porte par conséquent sur tous les mécanismes de contribution existants, à la disposition des juges et des organes consultatifs jusqu'à l'entrée en vigueur de la législation. Les mécanismes de contribution ouverts au public, et auxquels par conséquent, les juges ou les organes consultatifs peuvent aussi participer, sont abordés au paragraphe 3.3.

Il ressort de plus des rapports reçus que les mécanismes de contribution à la disposition des juges sont d'une grande diversité. De nombreux rapports mentionnent des mécanismes de contribution pouvant être utilisés par des juges individuels (soit en tant qu'expert, soit en tant que représentant d'une juridiction), par des instances représentatives du corps judiciaire, ou par d'autres organes, tels que l'assemblée plénière d'une juridiction donnée. Même si, au sens strict du terme, certains de ces mécanismes de contribution ne sont pas uniquement destinés aux juges, ils sont néanmoins inclus au présent rapport.

3.1. Contributions des juges

3.1.1 Les différents mécanismes à la disposition des juges

A l'exception de l'un d'entre eux, tous les rapports indiquent l'existence de mécanismes permettant aux juges d'apporter une contribution durant le processus d'élaboration de la législation. Les contributions en question sont reçues par l'instance (un ministre ou le gouvernement) à l'initiative du projet de loi en question, et dans des cas exceptionnels par le Président ou le Parlement. Ces mécanismes sont cependant de nature très diverse et vont de la simple contribution par le biais des jugements rendus, à la compétence des juges à soumettre des propositions au gouvernement l'incitant à légiférer sur certains points. Bien entendu, tout dépend du mécanisme utilisé pour les contributions. La liste ci-dessous passe en revue les différents mécanismes mentionnés dans les rapports reçus.

- **Rôle consultatif des juges**

Questions concernant l'organisation et le fonctionnement des juridictions

Les juges sont consultés de manière structurelle lorsque le législateur envisage de présenter une législation pouvant avoir des incidences sur l'organisation ou le fonctionnement des juridictions. C'est le cas dans plus de la moitié des pays membres de l'ACA, ce qui en fait le mécanisme le plus fréquent de participation des juges au processus d'élaboration de la législation. Les juges ont généralement, à un moment du processus, la possibilité, sur sollicitation, de commenter un projet de loi et de faire part de leur opinion. Une telle consultation est, en règle générale, effectuée avant la présentation du projet de loi au Parlement. Dans des cas exceptionnels, comme en fait mention le rapport de la Lettonie, les juges peuvent prendre eux-mêmes l'initiative de participer à l'élaboration de la législation. Les contributions dans ce cadre sont alors pour la

plupart formulées par une assemblée plénière d'une Cour suprême (administrative ou autre) ou de manière indirecte, par le biais d'une instance représentative du corps judiciaire.

Rôle consultatif des juges au Parlement

Même si c'est plus rare, les juges sont parfois invités à exprimer leurs vues sur des projets de loi, après la présentation de ces textes au Parlement. Ces mécanismes de contribution prennent différentes formes et sont mentionnés dans les rapports de la Hongrie, de la Finlande et de Chypre. Les juges peuvent, par exemple, être invités à participer aux consultations parlementaires. Ou bien, le président d'une instance représentative du corps judiciaire est invité à participer à la réunion de commissions parlementaires, lorsque des projets de loi ou des questions spécifiques sont débattus, qui touchent au système judiciaire. Ces contributions peuvent aussi être transmises par écrit. Parfois, les mécanismes mentionnés ne sont pas déployés de manière structurelle, mais activés uniquement lorsque la législation examinée a des incidences sur le fonctionnement et les intérêts des juridictions.

Consultation générale des juges

Plusieurs rapports décrivent d'autres mécanismes moins courants, qu'il est également intéressant de mentionner ici. En France par exemple, le Conseil d'État peut être consulté par le Premier ministre ou par tout ministre, au sujet de difficultés se faisant jour dans des questions d'ordre administratif. Ces demandes portent sur des points d'interprétation de l'état du droit et ont pour objectif d'éviter les litiges ou de permettre aux organes de prendre les décisions nécessaires pour clarifier le cadre juridique ou pour envisager une modification de ce cadre juridique. A titre d'exemple, en 1989, une demande de ce type a été formulée au sujet du port du voile dans les établissements scolaires.

Autre exemple, le président de Chypre peut à tout moment avant la promulgation de toute loi ou décision de la Chambre des représentants, demander à la Cour suprême de se prononcer sur la question de savoir si la loi ou la décision en question ou toute disposition spécifique de ces textes est contraire à ou incompatible avec toute disposition de la Constitution. L'examen de la constitutionnalité dans ce contexte porte sur un examen approfondi de la compatibilité de la loi envisagée avec la Constitution chypriote, mais aussi avec le droit de l'Union européenne, et s'étend à des principes constitutionnels consacrés, tels que la séparation des pouvoirs, les droits de la défense (*audi alteram partem*), la bonne administration, et les droits de l'homme. La Cour suprême n'examine cependant pas les conséquences qu'aura la loi en question sur le plan juridique après son entrée en vigueur. Cela signifie par conséquent que tous les aspects autres que la constitutionnalité de la loi (et notamment les difficultés de mise en œuvre dans la pratique) ne peuvent pas être examinés dans ce cadre. L'existence de ce dispositif est néanmoins une garantie du bon fonctionnement et de la qualité de la démocratie constitutionnelle.

- **Rôle consultatif de juges individuels durant l'élaboration de la législation**

Huit rapporteurs, notamment ceux de la Finlande et de la Serbie, indiquent que des juges individuels participent au processus d'élaboration de nouvelle législation, soit en tant que représentant de leur juridiction soit en tant qu'expert dans un domaine particulier du droit. Ces juges participent aux commissions ou aux groupes de travail, qui préparent la nouvelle législation. A titre exceptionnel, des conseillers juridiques peuvent aussi être invités, en plus des juges, à participer aux travaux de ces commissions ou groupes de travail. Cela reste cependant peu fréquent. La contribution des juges individuels peut aussi prendre une forme plus structurelle. En Grèce et en Hongrie, les juges individuels sont affectés provisoirement à une unité au sein d'un ministère pour y travailler à la préparation de la législation. Le rapport hongrois précise que ces juges conservent leur statut durant toute la durée de ce détachement, mais qu'il leur est interdit de statuer dans toute affaire qui serait normalement de leur ressort.

- **Le rôle de la jurisprudence**

De nombreux membres de l'ACA soulignent l'importance de la jurisprudence en tant qu'instrument permettant d'apporter une contribution au processus d'élaboration de la législation. Dans certains pays membres de l'ACA, tels que l'Irlande, la jurisprudence est le seul mécanisme à la disposition des juges et il n'existe aucun autre mécanisme formel que les juges

puissent utiliser. Plusieurs rapports expliquent que le principe de séparation des pouvoirs restreint les possibilités pour les juges de s'engager davantage dans cette phase (voir ci-dessous paragraphe 3.1.5 et 3.1.6).

On considère néanmoins, qu'en dépit de l'absence de mécanismes *formels* permettant aux juges de participer au processus d'élaboration de la législation, la jurisprudence pourrait remplir ce rôle et avoir un effet similaire. C'est par exemple le cas lorsqu'une disposition juridique ou une loi est jugée inconstitutionnelle et par conséquent annulée par une cour constitutionnelle, comme le mentionne entre autres le rapport autrichien. La situation créée par cette décision peut alors conduire, de manière indirecte, à une nouvelle législation sur la question touchée par cette annulation. La jurisprudence offre de plus aux juges une excellente opportunité d'exprimer (directement ou indirectement) un avis sur la qualité de la législation ou les lacunes de la législation en vigueur. De telles décisions peuvent déboucher sur la préparation de nouvelle législation et pourraient à ce titre être considérées comme un instrument de contribution préalable à la phase d'élaboration de la législation, ou durant celle-ci. En outre, divers rapports précisent que les commissions ou groupes de travail qui préparent toute nouvelle législation incluent souvent la jurisprudence à leurs travaux préparatoires.

- **Contribution par le biais des rapports annuels**

Il n'est pas rare que les juges attirent l'attention du législateur – à un niveau plus général – sur les lacunes de la législation en vigueur et fournissent ainsi une contribution sur la qualité de la législation. Sept rapports, par exemple ceux de l'Autriche, des Pays-Bas et de la Slovaquie, indiquent qu'un mécanisme existe dans leur pays à cette fin. La majorité de ces rapports mentionnent les rapports annuels comme véhicules de ces contributions. D'autres pays disposent d'autres instruments, tels que les études jointes aux rapports annuels ou des contributions isolées adressées au législateur, comme c'est le cas pour le Conseil d'État français. De manière générale, les juges mentionnent les lacunes qu'ils ont identifiées dans leurs jugements. Certains juges vont cependant un peu plus loin et incluent des suggestions, des recommandations ou des propositions de nouvelles législations ou de réformes législatives. A titre d'exemple, la Cour suprême de Slovaquie publie des rapports sur l'application des lois et autres règlements généralement obligatoires, et formule à l'intention du ministre de la Justice des suggestions de nouvelles réglementations.

3.1.2 Les aspects pris en compte en termes de qualité

Les aspects pris en compte en termes de qualité de la législation dépendent du mécanisme utilisé pour transmettre ces contributions. La grande diversité des instruments à la disposition des juges pour fournir une contribution préalable à l'élaboration de la législation ou durant celle-ci (voir paragraphe 3.1.1), fait qu'il est fort peu aisé d'isoler un ou plusieurs aspects de la qualité pouvant être reliés aux divers mécanismes. A ceci s'ajoute le fait que la notion même de *qualité* de la législation est parfois variable et dépend du type d'instrument mis en place pour recevoir des contributions sur la législation. Les facteurs jouant un rôle sont notamment la question de savoir si le mécanisme en question est utilisé uniquement pour une législation spécifique (telle que des questions concernant le corps judiciaire) et si les contributions sont sollicitées (auquel cas la mission confiée aux juges porte parfois sur une évaluation spécifique).

Les aspects pris en compte en termes de qualité par les juges diffèrent par conséquent de la même manière et englobent des questions d'ordre pratique, juridique ou général. Ceci dit, il convient de préciser que la plupart des juges examinent la conformité de la législation envisagée au regard de normes de rang supérieur, telles que la Constitution du pays et le droit de l'UE ou le droit international. Des aspects plus généraux liés à la qualité de la législation ont également été cités comme étant mentionnés dans les évaluations : la pertinence du texte, son intelligibilité, sa clarté, sa logique et sa cohérence. Le rapport suisse spécifie que les juges ne proposent pas de solutions en regard de leurs observations, et se limitent volontairement à la signalisation d'éventuelles lacunes ou contradictions dans la législation. Par contre, la Cour suprême de Slovaquie peut, sur la base de son expérience, proposer une amélioration de la législation

existante. Seuls deux rapports mentionnent l'examen d'aspects plus liés aux politiques, telles que la pertinence du projet de loi par rapport aux objectifs qu'il recherche ou l'amélioration des garanties procédurales. En Grèce par exemple, les juges évaluent aussi l'adéquation des dispositions et mesures envisagées par rapport aux objectifs visés et de manière plus générale, la pertinence des textes qui leur sont soumis.

Les implications pour la pratique du droit administratif ou les effets sur l'organisation ou le fonctionnement des juridictions sont également mentionnés. Ces aspects sont généralement pris en compte dans l'évaluation d'un projet de loi comportant des questions liées d'une manière ou d'une autre aux juridictions.

Quatre rapports spécifient que tous les aspects de la qualité peuvent être abordés dans les contributions transmises, qui peuvent comporter n'importe lequel des éléments ci-dessus. Il est intéressant de noter que la simplification et la qualité de la législation étaient le thème d'une étude menée par le Conseil d'État français et jointe à son rapport annuel de 2016. Cette étude formulait près d'une trentaine de propositions autour de trois grands thèmes : habiliter les décideurs publics à simplifier et à améliorer la qualité, maîtriser l'emballage de la production normative, faciliter l'application de la norme.

3.1.3 Fondement juridique

Huit rapports indiquent que la compétence des juges à formuler des contributions en préalable à l'élaboration de la législation ou durant celle-ci, découle de dispositions de droit législatif ou de droit constitutionnel. Il s'agit à ce sujet surtout des rapports annuels et des décisions judiciaires. La compétence des juges à commenter des projets de loi touchant l'organisation ou le fonctionnement du corps judiciaire, découle habituellement de droit non écrit, tel que l'usage ou les règles de bonnes pratiques. Un seul rapport explique que la compétence des juges à commenter un projet de loi touchant à l'organisation ou au fonctionnement du corps judiciaire est basée sur des dispositions de droit législatif.

3.1.4 Des contributions rendues publiques ?

La plupart des contributions des juges dans cette phase sont rendues publiques, en particulier dans les pays dont le processus législatif prévoit une large consultation. La jurisprudence est bien entendu, de manière générale, elle aussi publique. Un petit nombre de rapports précisent que cette règle connaît un certain nombre d'exceptions. C'est le cas par exemple lorsque la contribution est transmise directement à l'institution préparant le projet de loi. Dans ces situations, il se peut que la contribution ne soit pas rendue publique ou ne soit pas facilement accessible. Le rapport slovaque spécifie que, même si la contribution, sous forme de rapport sur l'application des réglementations, n'est pas classée confidentielle, les juridictions ne sont pas obligées de publier ces rapports. Ils sont néanmoins disponibles sur demande.

Cinq rapports indiquent que les contributions émises ne sont pas rendues publiques. C'est le cas, entre autres, pour les avis émis par les Conseils d'État de France et de Grèce. Ces avis sont transmis au gouvernement et sont donc, par principe, confidentiels. Ils peuvent néanmoins être rendus publics, par exemple après l'accord du ministre ayant reçu la contribution en question, ou si l'avis émis est d'une grande importance, à la suite de quoi il peut être commenté dans les revues juridiques.

3.1.5 Les risques liés à la consultation formelle des juges

Comme évoqué précédemment, la position des juges au sein du système de séparation des pouvoirs et la nécessité pour eux de veiller à leur indépendance et leur impartialité, signifient qu'il existe un certain nombre de limites à la participation des juges au processus législatif. Plus de la moitié des rapports mentionnent l'existence de ces limites, au sujet de la consultation formelle des juges dans la phase préalable à l'élaboration de la législation. Le rapport de Chypre renvoie

au système juridique de ce pays, caractérisé par une stricte séparation des pouvoirs de l'État. Le rapport espagnol mentionne lui aussi la séparation des pouvoirs comme motif de non-implication des juges au processus législatif. La Constitution allemande n'établit pas une séparation des pouvoirs aussi stricte, mais le rapport allemand précise néanmoins que la consultation des juges dans le cadre du processus législatif soulève un certain nombre de difficultés.

L'aspect le plus fréquemment cité porte sur la situation qu'une telle consultation crée pour l'examen judiciaire ultérieur d'une loi sur laquelle la juridiction en question (ou un juge de cette juridiction) a émis un avis dans le cadre de la phase de consultation. Un avis très critique dudit projet de loi pourrait se traduire par une situation où le juge est obligé de s'abstenir de juger d'une affaire afin d'éviter tout risque de partialité. À l'inverse, si les juges ont formulé une opinion favorable sur une disposition ou un projet de loi, la même juridiction pourrait par la suite hésiter à écarter une telle disposition ou loi dans l'examen judiciaire de l'affaire qui lui est soumise. Les juges font par conséquent généralement preuve d'une grande prudence lorsqu'ils s'expriment sur un projet de législation.

Néanmoins, comme le précise le rapport allemand, la vaste expertise des juges représente un apport que l'on pourrait, si c'est possible, mettre utilement à profit durant le processus législatif. Différents pays ont par conséquent tenté de trouver des moyens d'inclure les juges à ce processus sans pour autant compromettre leur indépendance et leur impartialité. Les pratiques permettant d'éviter les conflits éventuels sont par exemple le soin mis à éviter toute affirmation tranchée sur la constitutionnalité d'une disposition envisagée, et de n'exprimer que des doutes ou d'attirer simplement l'attention sur les problèmes éventuels. C'est une approche que l'Estonie utilise. Les juges évitent également toute prise de position trop ferme dans leurs avis. En outre, la participation des juges aux commissions de préparation des lois n'est permise que si elle est prévue par la législation en vigueur, comme le précise un des rapports. La Hongrie résout ce problème en assignant des juges à un ministère donné, pour aider ce ministère dans l'élaboration d'une nouvelle législation. Ces juges ne peuvent ensuite pas statuer dans toute affaire impliquant la législation en question.

Compte tenu de ces contre-mécanismes, certains rapporteurs estiment que ce risque est surtout un risque théorique. Comme le détaille le rapport de la Cour administrative suprême de Suède, l'on doit pouvoir supposer de tout juge assigné à une affaire concrète, que son sens de l'intégrité lui permet de juger en toute indépendance, sans se sentir lié par tout avis émis par sa juridiction avant l'adoption de ladite loi. La Finlande précise elle aussi que puisque les juges évitent toute prise de position trop ferme sur toute législation envisagée, dans la pratique, il n'y a en fait pas de problème.

La Grèce et le Luxembourg mentionnent le risque éventuel d'un conflit de type « Procola ». Le rapport grec précise que pour éviter une telle situation, les conseillers participant à l'élaboration d'une législation donnée ne participent par la suite à aucune affaire concernant les mêmes questions. La même pratique est fermement ancrée dans la législation au Luxembourg. Les règles à cet égard doivent veiller tout particulièrement à limiter le nombre d'incompatibilités de ce type, compte tenu du nombre relativement restreint de juges que compte la Cour administrative au Luxembourg. Le Conseil d'État belge estime quant à lui que les juges ne doivent pas participer au processus d'élaboration des règles sur lesquelles ils pourraient par la suite être amenés à statuer dans leurs décisions.

En plus des questions d'impartialité et d'indépendance, plusieurs membres de l'ACA attirent l'attention sur un autre aspect de la séparation des pouvoirs. Ils estiment en effet que si les juges participent au processus d'élaboration de la législation, ils courent le risque que l'on considère qu'ils prennent une position de nature politique. Ces rapports soulignent entre autres que ce serait alors en contradiction avec le principe de séparation des pouvoirs pour les juges d'avoir un rôle formel dans le processus d'élaboration de la législation (et que par conséquent, les juges ne fournissent aucune contribution dans cette phase). Le rôle des juges est limité au jugement des affaires qui leur sont soumises. En plus de ceci, un rapport précise également

qu'en participant au processus législatif, un juge court le risque d'être considéré (lui ou la juridiction qu'il représente) comme étant un adversaire politique du gouvernement au pouvoir à ce moment-là. D'autres aspects moins fréquemment décrits dans les rapports sont notamment le risque de recevoir des avis biaisés, un phénomène qui peut facilement se produire en cas de large consultation publique, qui suscite des opinions très diverses, et le problème posé par l'exclusion des juges du processus de consultation des institutions publiques dans la phase préalable à l'élaboration de la législation.

Huit rapports précisent ne voir aucune objection au sujet de la consultation formelle des juges dans la phase préalable à l'élaboration de la loi. Comme le souligne le rapport letton, il s'agit surtout en fait d'une bonne coopération et d'échanges d'expériences entre deux pouvoirs, le judiciaire et le législatif. Pour le rapport suisse, il est clair que les juges apprécieraient d'avoir une plus grande influence sur l'élaboration de la législation.

Il convient de noter que dans quatre de ces huit pays, il n'existe aucun mécanisme de contribution pour les juges (et ceux-ci n'ont par conséquent pas eu à s'interroger sur les risques de telles contributions) ou bien les juges ne font qu'un usage très limité des mécanismes de contribution existants. C'est par exemple le cas en Norvège.

Il est utile également de souligner, comme le fait le rapport français, que la contribution transmise et les propositions formulées dans le rapport annuel du Conseil d'État français (et l'étude qui y est jointe) correspondent toujours à un thème d'une certaine importance pour la société civile ou pour l'organisation ou le fonctionnement des pouvoirs publics. De plus, cette contribution prend en compte des contributions de représentants de l'administration, de professionnels du droit, de membres de la société civile et des organisations économiques et sociales concernées, ce qui garantit leur ouverture à toutes les questions soulevées par le thème en question. Les études jointes au rapport annuel reposent sur une longue tradition et n'ont donc pas besoin d'être assorties de réserves.

Un autre rapport insiste sur les avantages offerts par la consultation des juges dans cette phase, et estime que c'est une pratique tout à fait indiquée. Elle améliore en effet la qualité de la législation et offre aux spécialistes du droit et aux revues juridiques une opportunité leur permettant d'examiner les observations faites.

3.1.6 Les risques liés aux contributions non sollicitées des juges

Le nombre de membres de l'ACA qui identifient des limites à la possibilité pour les juges de fournir une contribution non sollicitée, est légèrement supérieur à celui des membres qui n'y voient aucune objection.

La plupart des rapports de cette légère majorité mentionnent les mêmes réserves que celles énoncées au sujet des contributions sollicitées, voir paragraphe 3.1.5. Ces réserves portent notamment sur le risque de conflit éventuel dans l'examen judiciaire ultérieur et des difficultés que l'on pourrait alors rencontrer pour former une chambre sans la participation des juges s'étant par le passé exprimés sur la légalité de la loi en question. A cet égard, le Conseil d'État néerlandais explique que c'est pour ces raisons que les juges en question n'émettent pas d'avis non sollicités sur la législation. Ils préfèrent, s'ils estiment qu'il serait souhaitable de les consulter en la matière, entreprendre des démarches afin de faire en sorte de recevoir une demande formelle d'avis.

La participation de juges individuels à des commissions d'élaboration des lois soulève les mêmes objections, si une juridiction émet un avis non sollicité sur la même question. Cet écueil peut cependant être évité si les juges font preuve de prudence et n'émettent que des avis solidement motivés incluant les arguments juridiques pertinents en la matière, comme le fait remarquer le rapport de la Cour suprême de Chypre.

Le risque d'une situation de type « Procola » est également identifié par les rapports de la Grèce et du Luxembourg, deux pays dotés d'un Conseil d'État. Le rapport commun du Conseil d'État et

de la Cour administrative du grand-duché de Luxembourg insiste sur le fait que les suggestions éventuelles d'amélioration de la législation ne peuvent être formulées que dans le contexte d'une affaire soumise à la Cour. Pour finir, le rapport du Conseil d'État des Pays-Bas et le rapport du Tribunal fédéral de Suisse attirent l'attention sur le fait que la formulation d'avis non sollicités dans la phase d'élaboration de la législation pourrait être interprétée comme l'adoption d'une position politique. L'indépendance de l'organe en question pourrait alors être remise en question. On peut l'éviter en veillant à ne pas formuler de prises de position de nature politique ou en entreprenant les démarches nécessaires pour faire en sorte que la Cour reçoive une demande formelle de consultation.

La Cour administrative suprême de Suède estime que la formulation d'avis non sollicités est une intervention inappropriée, qui compromet la dignité de la Cour.

Cinq rapporteurs sont d'avis qu'il n'y a pas de limites liées à la formulation par les juges d'avis non sollicités dans la phase préalable à l'élaboration de la législation. Il faut cependant préciser que certains de ces pays n'ont pas de mécanismes de contribution de la part des juges, dans cette phase du processus. Par ailleurs, le rapport espagnol précise qu'aucun risque n'est lié à la formulation d'avis non sollicités, si ces avis se concentrent sur les aspects techniques et n'engagent pas les juges dans de futures affaires.

3.2 Contributions des organes consultatifs

3.2.1 Les différents mécanismes à la disposition des organes consultatifs

Les réponses au questionnaire montrent que la majorité des membres de l'ACA ont une expérience en termes de mécanismes de contribution des organes consultatifs préalables à la phase d'élaboration de la législation, ou durant celle-ci. Seuls six rapports mentionnent qu'aucun mécanisme de ce type n'existe dans leur pays pour les organes consultatifs.

Il convient également de noter que le processus législatif d'un petit nombre de pays membres de l'ACA prévoit une large consultation générale, qui permet - aussi - aux organes consultatifs de s'exprimer sur une législation envisagée. C'est le cas par exemple en Estonie et en Lituanie. La plupart des rapports mentionnent cependant des mécanismes de contribution conçus tout particulièrement pour les organes consultatifs, tels que les sections consultatives des Conseils d'État. C'est d'ailleurs le centrage de ce paragraphe, à savoir des mécanismes de contribution conçus pour les organes consultatifs, sans aborder les mécanismes de contribution plus généraux, qui forment le thème du paragraphe 3.3.

En outre, un petit nombre de rapports, notamment ceux de l'Allemagne et de la Finlande par exemple, précisent que les collectivités locales, telles que les municipalités ou les Länder allemands, ont également la possibilité de fournir une contribution avant l'élaboration de la législation. Le questionnaire étant centré sur les organes consultatifs indépendants, ces contributions des collectivités ne sont pas évoquées plus en détail dans le présent rapport général.

Si l'on met de côté les mécanismes de contribution généraux, ouverts à tous, les mécanismes de contribution des organes consultatifs indépendants, décrits dans les divers rapports, peuvent être rangés en trois catégories :

- Mécanismes de contribution à la disposition des organes consultatifs qui conseillent sur tous les types de législation ;
- Mécanismes de contribution à la disposition des organes consultatifs qui conseillent sur des aspects de meilleure réglementation, tels que réduction des coûts, analyses d'impact et réduction de la bureaucratie ;
- Mécanismes de contribution à la disposition des organes consultatifs spécialisés, qui conseillent dans un domaine particulier du droit ou un domaine d'intérêt spécifique entrant dans le cadre de leurs compétences et activités.

i. Organes consultatifs qui conseillent sur tous les types de législation

Plusieurs pays membres de l'ACA, notamment la France, l'Espagne, le Luxembourg, la Grèce et les Pays-Bas, disposent d'un Conseil d'État. Ces Conseils d'État sont parfois composés de deux branches distinctes, l'une pour rendre la justice et l'autre agissant en organe consultatif chargé de manière structurelle de l'examen scrupuleux de tous les projets de loi et (dans certains cas) des autres propositions législatives, tels que décrets gouvernementaux, qui lui sont soumises. La consultation de ces Conseils d'État sur les projets de loi est de manière générale obligatoire pour toutes les législations et n'est pas limité à un domaine de droit spécifique.

D'autres pays membres de l'ACA décrivent par ailleurs des organes consultatifs plus ou moins similaires aux Conseils d'État. Tout comme les Conseils d'État, ces organes consultatifs conseillent sur les projets de loi de toutes sortes, sans se limiter à un domaine de droit spécifique. De tels organes, habituellement désignés par le terme de « Conseils législatifs », sont mentionnés dans les rapports de la Roumanie, de la Suède et de la Pologne. Ces conseils législatifs examinent les projets de loi que le gouvernement a l'intention de présenter au Parlement. Ils évaluent si les dispositions envisagées sont en conformité avec la Constitution et avec les obligations internationales, et si la loi en question est conforme à l'ordre juridique. En Roumanie, le Conseil législatif est un organe consultatif spécialisé conseillant non pas le gouvernement mais le *Parlement*, sur des projets de loi (actes normatifs), en vue d'une meilleure systématisation, unification et coordination de la législation. Le Conseil législatif polonais est un organe de conseil et de consultation à la disposition du président du Conseil des ministres, et du Conseil des ministres. Il est composé d'un maximum de 20 personnes, se distinguant par leurs connaissances juridiques ou leur expérience de la pratique du droit (il peut s'agir notamment de juges de la Cour administrative suprême), désignées par le Président du Conseil des ministres.

ii. Organes consultatifs centrés sur une meilleure réglementation

Si les organes consultatifs susmentionnés peuvent, dans certains cas, examiner aussi des aspects de meilleure réglementation dans le cadre de leur évaluation, et notamment l'applicabilité et le bien-fondé des projets de loi, certains rapports - par exemple ceux de la Grèce, de l'Allemagne, de la Finlande, de Chypre, des Pays-Bas et du Royaume-Uni -, mentionnent des organes consultatifs dont la principale compétence est de se centrer de manière spécifique sur l'amélioration de la réglementation et de l'élaboration de la législation. L'objectif de ces organes consultatifs est d'apporter une contribution à des questions liées à une meilleure réglementation, telles que la réduction des coûts, l'évaluation de l'impact réglementaire de la loi envisagée, ou la formulation de propositions de réforme de la réglementation.

A titre d'exemple, la Finlande a mis en place en avril 2016 un Conseil indépendant d'analyses d'impact sur la réglementation. Son objectif est d'améliorer la qualité de l'élaboration de la législation, et de manière plus spécifique de mener des études d'impact, même si ce Conseil n'a pas de statut formel dans les procédures législatives. L'Allemagne a un Conseil national de contrôle des normes, un organe indépendant, créé par le droit législatif, dont la mission est de contribuer à une meilleure réglementation et à la réduction de la bureaucratie (et des coûts qui y sont liés).

Les Pays-Bas ont eux aussi un organe consultatif similaire, baptisé ACTAL et chargé de conseiller sur tout ce qui touche à la production normative. ACTAL conseille le gouvernement et les deux chambres du Parlement sur la charge réglementaire pesant sur les entreprises, les citoyens et les professions libérales du fait de la réglementation gouvernementale. Ses missions portent notamment sur l'émission d'avis consultatifs sur l'impact de la législation envisagée en termes de charge réglementaire (une évaluation au préalable).

Le Royaume-Uni et Chypre disposent d'organes consultatifs chargés de surveiller le bon fonctionnement de l'ordre juridique dans son ensemble. Il s'agit d'organes consultatifs indépendants, habilités à examiner la loi et à recommander des réformes lorsque nécessaire. Le rapport de Chypre précise à ce sujet que l'objectif de cette « Law Commission » est de veiller à ce que la loi reste équitable, moderne, valide, simple et efficace.

Au Royaume-Uni, la Law Commission a des fonctions plus étendues. Créée par la loi *Law Commissions Act* de 1965, sa mission est d'analyser les lois d'Angleterre et du pays de Galles, et de fournir au gouvernement des avis et des informations en vue de réformes du droit. Le principe sous-tendant son action est de veiller à ce que la loi soit « équitable, moderne, accessible et du meilleur rapport coût-efficacité possible ». Ses travaux portent sur deux volets distincts : projets de réformes du droit d'une part, et droit législatif d'autre part. Pour ce qui est des projets de réformes du droit, la Law Commission suit les recommandations, l'invitant à examiner un domaine donné de la législation en vigueur, formulées par le corps judiciaire (dans les jugements rendus), par les députés, par les ministères, ainsi que par toute une série d'autres organisations et de personnes individuelles. De manière plus spécifique, la Law Commission et le Lord Chancellor conviennent environ tous les trois ans d'un Programme de réforme du droit, qui détaille la plupart des projets que cette commission va mettre en œuvre. Un exemple récent des travaux de cette Law Commission est la loi de 2015 sur les droits des consommateurs *Consumer Rights Act 2015*, qui traduit dans la loi le travail effectué par la Law Commission sur les recours des consommateurs en cas de produits défectueux ou de clauses abusives dans les contrats. Pour ce qui est du droit législatif, l'objectif de l'action de cette commission est de moderniser et de simplifier la législation en vigueur, de réduire son volume global et de faire ainsi gagner du temps aux avocats et autres professionnels du droit. Cela signifie donc que la Law Commission ne propose pas seulement de nouvelles législations, mais aussi d'abroger des législations devenues obsolètes. Une approche qui à son tour permet d'éviter des frais inutiles.

iii. Organes consultatifs spécialisés dans un domaine particulier du droit

Environ la moitié des membres de l'ACA indiquent qu'il existe dans leur pays des mécanismes de contribution à la disposition des organes consultatifs spécialisés, qui conseillent dans un domaine particulier du droit ou un domaine d'intérêt spécifique entrant dans le cadre de leurs compétences et activités. Ces organes sont par exemple : les autorités de concurrence, les conseils économiques et sociaux, les conseils de l'environnement, les conseils électoraux, les conseils de l'éducation et les conseils de la magistrature. Lorsque c'est indiqué, ces organes consultatifs opèrent en parallèle à un Conseil d'État ou à des organes consultatifs similaires qui fournissent des contributions sur la législation quel que soit le domaine concerné.

La plupart des membres de l'ACA spécifient qu'il existe dans leur pays un grand nombre d'organes consultatifs, un nombre pouvant aller jusqu'à 443, comme le précise le rapport français. Il est par conséquent peu aisé de tirer des conclusions générales sur le rôle de cette catégorie d'organes consultatifs. L'un des points communs cependant est que le droit législatif rend leur consultation obligatoire et que le champ de leurs compétences en termes de contributions (sollicitées ou non sollicitées) est clairement délimité. A titre d'exemple, le rapport grec explique que, en fonction de la nature de la loi envisagée, la consultation des organes consultatifs dans la phase pré-législative peut être structurelle ou ponctuelle. Il existe des dispositions qui confèrent aux organes consultatifs la compétence d'émettre des avis, sollicités ou non sollicités, dans la phase de pré-mise en œuvre de la législation. La consultation des organes créés à cet effet prend en principe la forme d'un avis écrit, soumis à l'organe de décision dans les délais définis par ce dernier ou prescrits par la loi.

3.2.2 Les aspects pris en compte en termes de qualité

i. Conseils d'État et organes consultatifs similaires

Les Conseils d'État ou les organes consultatifs similaires, tels que les Conseils législatifs, qui examinent les projets de loi, évaluent principalement si la législation envisagée est en conformité avec l'ordre juridique, et notamment en conformité avec des normes de rang supérieur telles que la Constitution, le droit international ou les principes généraux du droit.

Souvent, d'autres aspects sont également pris en compte. Au Luxembourg par exemple, le Conseil d'État peut mener une analyse de fond du projet de loi du point de vue de sa cohérence

interne et externe. Un clair manque de cohérence est considéré comme étant une source d'insécurité juridique. Le Conseil d'État du Luxembourg se réfère donc régulièrement dans ses avis aux principes de bonne législation, tels que le principe de sécurité juridique (notamment le respect des droits acquis et le principe de non-rétroactivité), le principe de proportionnalité et le principe d'égalité. Le Conseil d'État d'Espagne prend quant à lui également en compte des aspects tels que l'opportunité et l'adéquation de la loi, ainsi que l'efficacité de l'administration dans la poursuite de ses objectifs, si la nature de la question examinée le requiert ou si l'autorité le consultant le demande expressément. Le Conseil d'État du Luxembourg dispose par ailleurs d'un droit de veto sur l'élaboration des lois, qui, s'il est exercé, oblige la Chambre des députés à procéder à un nouveau vote de la loi en question après une suspension d'au moins trois mois, en cas d'objection formelle du Conseil d'État non reprise par la Chambre. Une opposition formelle est formulée dans tous les cas où le texte est contraire à une loi de rang supérieur ou à un principe général du droit.

Pour finir, la section consultative du Conseil d'État des Pays-Bas utilise un cadre d'évaluation standard, publié sur son site Internet, qui englobe une évaluation des politiques, une évaluation juridique et une évaluation technique du projet de texte normatif. L'évaluation technique inclut un examen des qualités techniques du projet de loi, par exemple si sa structure est logique et systématique, s'il présente une bonne cohérence interne et s'il utilise la terminologie correcte.

ii. Organes consultatifs spécialisés dans un domaine particulier du droit

Il est peu aisé de tirer des conclusions générales sur les aspects de la qualité de la législation examinés par les divers organes consultatifs qui fournissent une contribution dans un domaine particulier du droit. Tous les rapports ne reviennent pas sur cette rubrique. Un petit nombre de rapports expliquent que tout aspect lié à la qualité peut être examiné ou bien qu'aucune limite n'est posée aux aspects pouvant faire l'objet d'un examen.

Le rapport belge par exemple précise que les organes consultatifs qui supervisent un domaine particulier du droit n'examinent que la conformité de la législation envisagée dans le cadre du domaine spécifique du droit qu'ils supervisent ou dans lequel ils opèrent. La Commission belge de protection de la vie privée par exemple évalue la conformité du projet de loi avec la Loi sur la protection des données personnelles. En Belgique, de tels organes consultatifs n'examinent généralement pas la qualité juridique ou la qualité formelle du projet de loi. Ils ne le font que dans des cas exceptionnels, par exemple si le texte est difficile à lire ou si les aspects matériels sont dispersés sur un trop grand nombre de normes législatives.

iii. Organes consultatifs centrés sur une meilleure réglementation

Comme évoqué précédemment au paragraphe 3.2.1, l'objectif de ces organes consultatifs centrés sur une meilleure réglementation est d'apporter une contribution à des aspects tels que la réduction des coûts, l'évaluation de l'impact réglementaire de la loi envisagée, ou la formulation de propositions de réforme de la réglementation.

3.2.3 *Fondement juridique*

Le fondement juridique de la plupart des organes consultatifs, et en particulier des Conseils d'État, est la Constitution ou le droit législatif du pays en question. Aux Pays-Bas, la Loi-cadre sur les organes consultatifs contient une disposition générale régissant les organes consultatifs qui ont une mission de droit public de conseil du gouvernement sur les règlements généralement obligatoires et les politiques mises en place par le gouvernement central. En Autriche, la législation sur diverses chambres, telles que les Chambres de commerce et les Chambres du travail, comprend des dispositions qui prévoient la consultation de ces chambres durant l'examen par des experts de projets de loi.

Un nombre restreint de rapports expliquent que le fondement juridique de la consultation des organes consultatifs dans cette phase, est le droit législatif ou est spécifié dans les règles de

procédure.

3.2.4 Des contributions rendues publiques ?

Les contributions fournies par les organes consultatifs sont pour la plupart rendues publiques. Un rapport mentionne que le choix de rendre une contribution publique ou non est laissé à l'entière discrétion du gouvernement. Les avis consultatifs des Conseils d'État sont publiés après la présentation du projet de loi au Parlement, comme le précisent les rapports de la Belgique, du Luxembourg et des Pays-Bas. Les organes consultatifs ont également tendance à publier eux-mêmes leurs contributions, les rendant ainsi publiques, qu'elles soient ou non publiées par le destinataire de l'avis en question.

3.2.5 Les risques liés à la consultation formelle des organes consultatifs

Sur les 15 pays membres de l'ACA qui ont répondu à la question de savoir s'ils identifiaient des limites à la consultation formelle des organes consultatifs dans cette phase préalable à l'élaboration de la législation ou durant celle-ci, une majorité de 9 pays membres précisent que ce type de consultation n'est assorti d'aucune limite. Il convient cependant de noter que certains de ces 15 pays membres de l'ACA n'ont pas de vaste expérience de consultation des organes consultatifs.

Au lieu de limites, la majorité de ces pays membres de l'ACA mentionnent au contraire les nombreux avantages d'une telle consultation. Le rapport grec par exemple estime que l'absence de mécanismes de consultation, transparents et systématiques, nuit à la qualité de la législation. Cela rendrait en effet le secteur public plus vulnérable à l'influence d'intérêts particuliers ou de pressions indésirables, ce qui pourrait se traduire par des erreurs dans la réglementation, liées à l'inadéquation des informations reçues sur la nature des problèmes et les effets réels des décisions. Le rapport du Conseil d'État des Pays-Bas explique que des restrictions au travail des organes consultatifs ou la réduction de leur nombre – un objectif récurrent du gouvernement et du Parlement à des fins de réduction des coûts et d'efficacité – pourraient conduire à un affaiblissement des instances de contre-pouvoir, pourtant essentielles dans une démocratie régie par l'État de droit.

Les objections mentionnées précédemment portent notamment sur la représentation insuffisante ou l'équilibre insuffisant des intérêts des diverses parties prenantes. Cette situation est ce que l'on rencontre en cas de processus de large consultation, qui suscite une multitude d'avis, comme le mentionne le rapport allemand. Un rapport attire également l'attention sur le fait que les avis étant rendus publics, ils sont parfois largement commentés dans la presse et dans les cercles politiques. Ces commentaires peuvent parfois être très critiques envers l'organe consultatif en question, surtout si certaines considérations sont de nature politique. Par ailleurs, l'émission par un organe consultatif d'un avis critique peut également avoir une incidence positive sur l'instance ayant demandé cet avis consultatif, si celui-ci est rendu public à un stade prématuré. C'est la raison pour laquelle, en Belgique et aux Pays-Bas, les avis ne sont publiés qu'après que l'instance ayant demandé cet avis a eu l'opportunité de modifier le projet de loi en question ou de répondre aux critiques formulées dans l'avis de l'organe consultatif. Le rapport roumain spécifie que, pour parer aux difficultés pouvant éventuellement se faire jour, compte tenu du fait que les organes consultatifs doivent parfois émettre un avis sur des projets de loi politiquement sensibles, le droit législatif de ce pays fournit un cadre juridique qui définit clairement les pouvoirs des organes consultatifs. Ce cadre comprend notamment une loi sur les règles de légistique pour l'élaboration des actes normatifs, qui constitue un guide obligatoire pour tous les acteurs du processus législatif.

3.2.6 Les risques liés aux avis non sollicités des organes consultatifs

Pratiquement aucun risque n'est lié aux avis non sollicités des organes consultatifs. Les rares rapports qui en mentionnent à ce sujet évoquent les mêmes risques que ceux liés à la consultation formelle des organes consultatifs.

3.3. Autres mécanismes

En plus des mécanismes de contribution destinés aux organes consultatifs ou aux juges, il existe d'autres mécanismes de contribution, plus généraux, qui portent aussi sur la qualité de la législation et sont mentionnés dans plusieurs rapports.

- **Pétition**

Le droit de pétition est un mécanisme permettant au public de présenter au Parlement des propositions, après avoir rassemblé un certain nombre de signatures. Ces propositions peuvent porter sur des suggestions de modification ou d'amélioration de la législation en vigueur, ou sur l'adoption de nouvelle législation.

- **Consultation générale**

Plusieurs rapports mentionnent l'existence de processus de consultation, large et ouverte, qui permettent au public de commenter une législation en vigueur ou une nouvelle législation. L'Estonie par exemple a mis en place, afin de faciliter le développement de la législation, des règles de bonnes pratiques législatives et de bonne élaboration de la législation reposant sur des éléments tels que : planification et analyse, consultation publique et participation des parties prenantes, et évaluation a posteriori de la législation en vigueur. Ces règles créent un système dans lequel les institutions préparant un projet de loi discutent, à différentes phases du processus, des problèmes éventuels et des différentes options en termes de politiques pour y remédier, avec les groupes de pression, les spécialistes et les ministères. Le gouvernement estonien a également adopté des Bonnes pratiques de participation, dont l'objectif est de fixer des orientations claires sur les meilleurs moyens de faciliter la participation des groupes de pression et du public aux processus décisionnels, afin d'assurer le meilleur niveau possible de qualité et de légitimité de ces décisions. Lors de la préparation de projets de loi, les groupes de pression et le public doivent être consultés le plus tôt possible dans ce processus, ainsi que durant tout le processus d'élaboration. Sur la base de ces règles de bonnes pratiques, tous les organes publics ainsi que toutes les personnes physiques ont la possibilité de faire part de leurs commentaires et de demander des rencontres avec les ministères. Tout le monde a le droit également d'adresser des lettres d'information et des requêtes aux agences gouvernementales, aux collectivités locales et à leurs représentants. Il peut s'agir à ce sujet de retours d'informations sur la législation.

Un mécanisme similaire existe en Roumanie. Il permet aux organismes professionnels, aux ONG et aux citoyens de signaler au Parlement, au gouvernement ou à d'autres autorités et institutions publiques, des inconsistances ou des difficultés dans la mise en œuvre des actes normatifs. En Lituanie, lors de la préparation de nouveaux projets de loi, le Parlement doit prendre en compte l'opinion de la société civile et procéder à une évaluation des remarques qui lui sont soumises. Cela signifie par conséquent que les citoyens, les organisations de la société civile et les associations professionnelles peuvent entamer un dialogue avec le gouvernement sur le contenu et la portée de nouvelles réglementations et lois. Les organisations de la société civile et différentes autres organisations sont consultées en ligne, habituellement par le biais de plateformes spécifiques mises en place par le gouvernement. Des réunions publiques avec la société civile sont aussi organisées par le biais d'initiatives de responsables politiques ou de groupes de travail du Parlement. Cette consultation publique peut porter sur des initiatives législatives issues des citoyens, la préparation de projets de loi, la promulgation d'une législation et le suivi de sa mise en œuvre. L'objectif de ces consultations publiques est d'assurer la transparence et l'ouverture, ainsi que le dialogue avec la société civile. En termes de consultation publique, l'aspect crucial est le timing. Si l'on veut que ce processus de consultation soit efficace, ces procédures doivent être engagées bien à l'avance afin de laisser suffisamment de temps

par la suite pour évaluer correctement les retours d'informations et publier les conclusions de cette évaluation des retours d'informations.

Les consultations par voie électronique sur des projets de loi sont aussi de plus en plus courantes. En Espagne, par exemple, les projets de loi sont rendus publics au moins 30 jours avant leur transmission pour avis aux autorités publiques. Et en Autriche, tous les projets de loi et tous les avis rendus durant la phase d'examen par les experts, sont publiés sur le site Internet du Parlement. Les personnes physiques mais aussi les associations et les syndicats ont aussi la possibilité d'émettre un avis. A titre d'exemple, c'était le cas lors de l'examen par les experts de la modification de la loi sur la protection des animaux. Et pour finir, en Lituanie, au cours des dernières décennies, le Parlement a ouvert ses processus de formulation des politiques à une plus grande participation et contribution du public. Il a commencé par poster en ligne les textes des réglementations et lois envisagées afin que les citoyens puissent les évaluer et les commenter, tout en prenant contact avec des parties prenantes spécifiques et des experts afin de discuter de points particuliers. Ces notifications au public sont assorties d'amples informations sur la réglementation envisagée.

4 Partie 2 du questionnaire : mécanismes de contribution *postérieurs* à l'élaboration de la législation

4.1 Retour d'informations des juges

4.1.2 Les différents mécanismes de retour d'informations à la disposition des juges

Presque tous les rapports précisent que les juges ont à leur disposition un ou plusieurs instruments leur permettant de fournir des retours d'informations sur la législation en vigueur. Ces mécanismes peuvent être rangés en trois grandes catégories : 1) contrôle juridictionnel, 2) rapports annuels et 3) retours formels ou informels d'informations au gouvernement.

- **Décisions des juges, et notamment contrôle juridictionnel**

Plus de la moitié des rapports mentionnent les décisions des juges, et notamment les décisions rendues dans le cadre du contrôle juridictionnel, comme étant le principal mécanisme à la disposition des juges pour transmettre des retours d'informations sur la législation en vigueur. On pourrait considérer que les décisions rendues par certains juges, en particulier celles des juges suprêmes, n'appliquent pas seulement les textes législatifs en vigueur, mais ont aussi un effet législatif au sens large du terme, dans la mesure où ces décisions créent un précédent et établissent une jurisprudence reprise ensuite par les juridictions. Il convient également de noter que, comme le fait remarquer le rapport allemand, les décisions des juges non seulement ouvrent la voie à une éventuelle abrogation de la législation en vigueur, mais aussi que, dans l'exposé des motifs, les juges peuvent attirer l'attention sur des défauts structurels, des contradictions ou des insuffisances techniques de la législation en question.

Les pays membres de l'ACA ne disposent pas tous de la possibilité d'annuler une législation en vigueur. Un certain nombre de rapports mentionnent des mécanismes internes de renvoi, soit à une cour constitutionnelle pour un examen de la constitutionnalité, ou à une cour administrative de rang supérieur pour l'examen de la légalité d'un acte administratif, tandis que la procédure est suspendue. Les décisions des juges portant sur la constitutionnalité de la législation en vigueur constituent des outils pour l'élaboration de la législation. Le rapport estonien explique que, même dans les cas où il n'y a pas de fondement juridique pour un examen constitutionnel, les juges (et en particulier la Cour suprême) expriment de temps à autre dans leurs décisions, une opinion sur la qualité de la législation en question. Ils le font par exemple en mentionnant qu'un point devrait être défini de manière plus claire, ou en précisant que les dispositions en vigueur ne sont pas contraires à la Constitution, mais qu'elles ont dans la pratique un effet fort limité ou au contraire disproportionné.

Un mécanisme plus spécifique existe en France, qui permet aux tribunaux administratifs et aux cours administratives d'appel de soumettre une affaire au Conseil d'État, en lui demandant de s'exprimer sur un point de droit. Le principal objectif de cette procédure est de traiter ainsi les nouveaux points de droit qui posent problème dans de nombreuses affaires. La réponse fournie par le Conseil d'État peut alors présenter un intérêt pour toutes les autres juridictions administratives confrontées au même problème.

Un mécanisme comparable existe aussi en Pologne, où la Cour administrative suprême peut émettre des résolutions. L'objectif de ces résolutions est de préserver l'unité de la jurisprudence administrative et de garantir, pour les citoyens, la certitude juridique et la sécurité juridique. Ces résolutions sont également une garantie du respect du principe d'égalité. Elles sont adoptées afin de clarifier les dispositions de droit interprétées de manière différente par les juridictions administratives. L'objet de ces résolutions est toujours de dissiper les doutes juridiques. Elles sont directement contraignantes pour toutes les juridictions administratives.

Techniques utilisées

Le questionnaire demandait également de préciser quelle forme prennent les retours d'informations des juges, lorsque ces retours sont effectués (uniquement) par le biais des jugements rendus (par exemple : *obiter dictum*, décision potentielle). En d'autres mots, quelles

techniques sont utilisées ? Les réponses reçues montrent premièrement que si une loi est jugée contraire à la Constitution, elle est déclarée inconstitutionnelle et écartée dans le dispositif du jugement. Parmi les membres de l'ACA, tous ne disposent pas de la compétence leur permettant d'annuler une législation. Certains d'entre eux doivent renvoyer l'affaire devant une cour constitutionnelle ou une chambre constitutionnelle (voir ci-dessus). Deuxièmement, si les dispositions ou la loi en question ne sont pas jugées contraires à la Constitution, les retours d'informations ou les critiques éventuelles sont transmis sous forme d'*obiter dictum*. D'autres mécanismes existants sont par exemple le renvoi à la Cour de justice pour une décision préjudicielle, ou les ordonnances « de signalisation », comme le mentionne le rapport polonais. Les ordonnances de signalisation sont un instrument indirect de communication avec le gouvernement, basé sur le droit législatif. Lorsque, durant l'examen d'une affaire, est constatée l'existence de graves violations de la loi ou de circonstances facilitant ces violations, une chambre de la juridiction en question peut informer les autorités compétentes, ou les instances de rang supérieur, sous forme d'une ordonnance sur les irrégularités constatées.

- **Rapports annuels ou autres rapports**

Les rapports annuels, ou toute publication similaire contenant des informations sur l'activité judiciaire des juridictions, constituent d'importants mécanismes utilisés par les juges pour transmettre des retours d'informations sur la législation en vigueur. Les rapports annuels comportent généralement un résumé de la jurisprudence de la juridiction en question, qui peut attirer l'attention du public et des organes législatifs sur des faiblesses ou difficultés rencontrées dans l'application de la législation en vigueur.

Parfois, ces rapports annuels sont adressés directement à un organe législatif.

Le rapport roumain souligne que le rapport annuel de la Cour de cassation comprend une liste de tous les textes de loi dont l'application ou l'interprétation ont posé des problèmes au cours de l'année écoulée. Ce rapport est adressé à une commission parlementaire fédérale, chargée de l'évaluation de la législation, et doit être examiné dans le cadre des travaux de cette commission. Ce rapport peut donc déboucher sur l'élaboration de nouvelle législation.

En Estonie, le président de la Cour suprême transmet au Parlement une analyse portant sur l'administration judiciaire, l'administration de la justice et l'application uniforme du droit. Dans cette analyse, le président peut attirer l'attention sur des questions ou points soulevés par la législation en vigueur.

Le rapport grec décrit un mécanisme, existant mais n'étant plus utilisé, dans lequel une commission du Conseil d'État prépare un rapport sur les activités du Conseil d'État, comportant des propositions de réformes administratives, réglementaires ou législatives. Ce document est communiqué au Premier ministre et au ministre de la Justice. Le rapport grec explique que ce mécanisme a cessé d'être utilisé car les avis non sollicités rendus par le Conseil d'État semblent désormais remplir la même fonction.

Pour finir, les analyses de la jurisprudence préparées par la Curie de Hongrie peuvent de manière indirecte déboucher sur l'élaboration de nouvelle législation, puisque ce rapport de la Curie peut être transmis à un organe représentatif du corps judiciaire habilité à prendre l'initiative de nouvelles lois.

- **Retour informel ou formel d'informations directement au législateur**

Neuf rapports mentionnent que dans leur pays, les retours d'informations sur la législation en vigueur, peuvent être adressés directement au législateur, par le biais de dispositifs formels ou informels. Ces retours d'informations englobent éventuellement des suggestions d'amélioration et des critiques de la législation en vigueur. En Allemagne par exemple, la Cour administrative fédérale peut, dans des cas exceptionnels, interpeler le gouvernement sur des défauts structurels, des contradictions ou des faiblesses techniques de la législation. Elle ne le fait généralement que de manière informelle et uniquement de manière ponctuelle. Afin de préserver l'objectivité et la neutralité des juges, ces contacts informels restent limités à la signalisation d'erreurs d'inadvertance, de nature plutôt formelle ou technique.

Deux membres de l'ACA indiquent que cette compétence (de retour d'informations) est ancrée directement, de manière formelle dans la législation et que les retours d'informations peuvent être adressés au Premier ministre ou au ministre de la Justice.

En Autriche, des retours informels d'informations peuvent être transmis directement ou au cours du processus législatif sur un autre sujet.

Le Conseil d'État des Pays-Bas comporte, sous forme de commission de suivi interne, un mécanisme informel de retour d'informations, dans lequel les deux branches du Conseil d'État sont représentées au niveau des conseillers d'État et de leurs collaborateurs. Si un jugement dans une affaire administrative est le moyen le plus approprié de traiter un problème éventuel, ce n'est pas toujours l'instrument idéal pour attirer l'attention du législateur sur un point de droit particulièrement complexe, des défauts techniques mineurs ou des questions plus larges. Cette commission permet donc d'identifier les problèmes structurels et les faiblesses techniques, et lorsque nécessaire, de les signaler à la section consultative du Conseil d'État. C'est ensuite à cette section du Conseil d'État néerlandais de décider de relayer ou non cette information au législateur, et ce, par des voies formelles ou informelles. La section juridictionnelle du Conseil d'État fournit parfois de manière informelle un retour d'informations au législateur, au niveau des conseillers d'État. Cela ne se produit que dans les cas de défauts techniques mineurs, généralement dus à une simple omission de la part du législateur.

4.1.3 Les aspects pris en compte en termes de qualité

Les aspects pris en compte en termes de qualité de la législation dépendent bien entendu du mécanisme utilisé pour transmettre ces retours, et de leurs objectifs, comme évoqué précédemment. Néanmoins, le principal aspect de qualité pris en compte par les juges lorsqu'ils procèdent à un retour d'informations porte sur la constitutionnalité d'une loi ou d'une disposition particulière, notamment dans le cadre du contrôle juridictionnel. La conformité avec les réglementations internationales et les problèmes posés par la mise en œuvre et l'application font également partie des aspects pris en compte. D'autres aspects, plus généraux, sont également mentionnés dans les rapports : bien-fondé, possibilité de mettre correctement en œuvre la législation, absence de dispositions transitoires, cohérence et transparence. Le rapport du Conseil d'État des Pays-Bas précise par ailleurs que les juges évitent toute considération politique et limitent leurs retours d'informations aux questions liées à la qualité de la législation et aux problèmes en termes de mise en œuvre de la législation.

4.1.4 Retour d'informations à l'initiative des juges

Les juges font preuve d'une grande retenue dans la transmission à leur propre initiative de retours directs d'informations. Le respect du principe de séparation des pouvoirs est mentionné dans deux rapports pour justifier cette prudence. Le rapport allemand et le rapport néerlandais expliquent en effet que ce retour direct d'informations n'est effectué que s'il porte sur des aspects techniques mineurs ou si la législation ne repose pas sur une bonne assise, n'est pas efficace ou pas applicable. Le mécanisme de préférence pour les retours d'informations est par le biais des décisions des juges, notamment dans le cadre du contrôle juridictionnel, qui permettent aux juges d'exprimer leur opinion, notamment sur la qualité de la législation. De plus, les règles créées antérieurement par les décisions des juges au niveau de l'interprétation des dispositions existantes se retrouvent ensuite souvent dans la nouvelle législation, comme l'explique le rapport estonien.

4.1.5 Fondement juridique et retours d'informations rendus publics ou non

La confidentialité éventuelle des retours d'informations dépend du mécanisme utilisé. Les décisions des juges, les rapports annuels et les annuaires sont généralement publics (à l'exception de quelques décisions). Les autres retours d'informations, formels ou informels, ne sont en général pas publics.

Les décisions des juges et les procédures de contrôle juridictionnel trouvent leur fondement juridique dans la Constitution ou le droit législatif du pays en question. Cela vaut également pour

les rapports annuels, même si l'un des rapports reçus spécifie que la publication d'un rapport annuel ne repose sur aucun fondement dans le droit législatif de ce pays. Les retours directs d'informations, formels ou informels, sont généralement basés sur des usages habituels ou des pratiques.

4.1.6 Retour d'informations sur l'augmentation du nombre d'affaires

Différents mécanismes sont utilisés lorsque les juges se retrouvent confrontés à une nette augmentation du nombre des affaires. L'un des rapports souligne cependant que les juges font preuve d'une grande retenue dans la transmission à leur propre initiative de retours directs d'informations.

A Chypre, en Slovaquie et en Lettonie, les juges peuvent prendre, directement et de manière informelle, contact avec le gouvernement ou le ministre de la Justice, et attirer leur attention sur cette nette augmentation du nombre des affaires, ou demander un renforcement de leur budget et de leurs effectifs (démarche que l'on peut considérer comme étant une forme indirecte de retour d'informations). Des juges ou des collaborateurs d'une juridiction peuvent aussi signaler ce problème par le biais de publications dans des revues juridiques, dans lesquelles des propositions de modification de la législation sont proposées, comme l'explique le rapport de la Lettonie. Cette augmentation du nombre des affaires peut aussi être signalée par l'intermédiaire d'un organe représentatif du corps judiciaire, dans le cadre des contacts de cet organe représentatif avec le ministre de la Justice.

Les rapports annuels sont également un mécanisme que l'on peut utiliser pour ce type de retour d'informations. Les décisions des juges peuvent aussi servir à transmettre ce type de retour d'informations. La jurisprudence étant le principal instrument à la disposition des juges, un juge pourrait également attirer l'attention sur l'étendue d'un problème sous forme d'*obiter dictum*, dans ses décisions.

4.1.7 Les risques liés à la consultation formelle

Les rapports mentionnent les mêmes risques que ceux décrits dans la partie précédente du questionnaire au sujet des contributions *préalables* à l'élaboration de la législation, principalement la question du respect du principe de séparation des pouvoirs. L'indépendance et l'impartialité des juges pourraient être compromises, en particulier si le retour d'informations des juges débouche sur des modifications de la législation et si par la suite la disposition ainsi modifiée est contestée dans une affaire portée devant la justice. Ce risque est moindre si le retour d'informations n'est pas donné par la chambre ou par des juges individuels, mais par le greffe de la juridiction en question.

Un petit nombre de rapports précisent n'identifier aucune limite à la consultation formelle des juges. Un des rapporteurs estime que le retour d'informations sur l'élaboration de la législation, que ce soit de manière formelle ou à l'initiative des juges, ne compromet pas le principe de séparation des pouvoirs. Ceci ne vaut cependant que si les retours d'informations ne portent que sur le fonctionnement de la justice ou l'identification de violations éventuelles de la Constitution non prises en compte par le législateur. Le rapport belge pose à ce sujet la question de l'utilité des consultations formelles de juges si le législateur ne donne pas suite aux éléments signalés par les juges. Ce rapport précise de plus que le retour d'informations doit rester centré sur des questions d'ordre général que l'on ne peut relier à des jugements dans des affaires présentes ou futures. Le rapport espagnol fait observer que la consultation formelle des juges postérieure à l'élaboration de la législation n'est pas conforme à la Constitution et ne doit donc pas avoir lieu.

4.1.8 Les risques liés à la consultation informelle

Un petit nombre de rapports évoquent également les risques liés à la consultation informelle des juges après l'entrée en vigueur de la législation. Ils mentionnent à ce sujet principalement le risque de compromettre l'impartialité et l'indépendance des juges et le risque de violation du

principe de séparation des pouvoirs. Comme le précise le rapport estonien, tout avis non sollicité pourrait être interprété comme une tentative des juges de se substituer au législateur. Les retours d'informations n'étant pas contraignants, ils pourraient néanmoins constituer une utile source d'informations pour le législateur, sur la mise en œuvre dans la pratique de la législation. Le rapport allemand estime que les juges devraient limiter leurs retours informels d'informations aux erreurs d'inadvertance, de nature formelle ou technique. Les juges doivent veiller à éviter de critiquer le contenu des législations.

4.2 Les retours d'informations des organes consultatifs

4.2.1 Les différents mécanismes à la disposition des organes consultatifs

Un peu moins de la moitié des rapports mentionnent qu'il existe dans leur pays des mécanismes permettant aux organes consultatifs de fournir des retours d'informations sur la législation en vigueur. Ces mécanismes sont de différentes sortes, mais sont moins nombreux que ceux pour les contributions préalables à l'élaboration de la législation. Il ressort aussi des rapports que ces mécanismes sont moins systématiques et moins répandus.

Un certain nombre de rapports, le rapport allemand par exemple, mentionnent l'évaluation a posteriori de la législation. Les règles de procédure du gouvernement fédéral allemand prévoient une évaluation de la nouvelle législation. Tous les projets de loi doivent préciser si (et à quel moment) le gouvernement devra procéder à une évaluation de l'efficacité, des coûts et des effets indésirables (non intentionnels) de la nouvelle législation. En Estonie, l'évaluation a posteriori doit inclure les retours d'informations de toutes les principales parties prenantes, et notamment des organes publics. L'évaluation a posteriori est ensuite transmise au Parlement, au ministère de la Justice et à toutes les principales parties prenantes. En Norvège, l'évaluation de la législation est souvent effectuée à l'issue d'un laps de temps suffisant pour permettre d'acquérir une certaine expérience dans l'application de cette législation. Une nouvelle audition publique est alors organisée, ouverte aux commentaires et retours d'informations issus entre autres des organes consultatifs.

Certains membres de l'ACA expliquent que l'évaluation de la législation en vigueur est aussi effectuée par des organes spécifiques ou par des organes consultatifs. En Allemagne par exemple, le Conseil national de contrôle des normes contribue non seulement, dans le cas des projets de loi, à une meilleure réglementation et à la réduction des coûts et de la bureaucratie, mais procède aussi à une évaluation de la législation en vigueur. La Cour des comptes, dont la mission est de contrôler la mise en œuvre des politiques du gouvernement, est également mentionnée à plusieurs reprises dans les rapports. Ce contrôle par les Cours des comptes peut mener à la conclusion que la législation mise en place ne fonctionne pas comme elle le devrait. Par ailleurs, les rapports annuels des juges constituent aussi un mécanisme permettant un retour d'informations sur la législation en vigueur, dans la mesure où ils analysent la période venant de s'écouler et permettent d'attirer l'attention sur les évolutions de la législation.

Il convient de noter que l'évaluation de la législation est habituellement effectuée ou diligentée par le gouvernement et non pas par des organes consultatifs, comme le précise le rapport néerlandais. Certains mécanismes mentionnés dans les rapports sont étroitement liés aux mécanismes de retour d'informations au niveau interne. En Estonie par exemple, les ministères disposent de leurs propres mécanismes de collecte de retours d'informations sur le fonctionnement de la législation entrant dans le champ de leurs responsabilités. Certains ont sans aucun doute de meilleures pratiques que d'autres.

4.2.2 Les aspects pris en compte en termes de qualité

Les aspects pris en compte lors des retours d'informations sur la législation en vigueur dépendent bien entendu des mécanismes utilisés pour procéder à ces retours. Il n'est par conséquent pas possible de dégager des conclusions générales. Certains organes consultatifs

examinent tous les aspects liés à la légalité de la législation en vigueur. Il ressort cependant des rapports que la plupart des organes consultatifs examinent dans cette phase aussi les aspects liés aux coûts de la législation. Les effets matériels et les éventuels effets indésirables peuvent également être parmi les aspects pris en compte. Les autres aspects mentionnés sont : certitude juridique, clarté, applicabilité, protection des intérêts publics et protection des droits de l'homme.

Le rapport du Conseil d'État des Pays-Bas précise que son rapport annuel adopte une approche plus réflexive sur la législation en vigueur. A titre d'exemple, on peut citer le passage du rapport annuel de 2015 de ce Conseil d'État, dans lequel sa section consultative plaide pour un plus grand soin apporté à l'élaboration de la législation afin d'éviter d'avoir à la modifier trop fréquemment par la suite, et afin de renforcer ainsi la durabilité des textes.

4.2.3 *Fondement juridique*

La plupart des organes consultatifs indépendants sont créés par la Constitution ou le droit législatif. Certains sont basés sur des règles de procédure des ministères concernés, des usages ou des bonnes pratiques.

4.2.4 *Des retours d'informations rendus publics ?*

Ces retours d'informations sur la législation en vigueur sont habituellement rendus publics. En Grèce par exemple, les avis des organes consultatifs sont rendus publics dans presque tous les cas. De plus, tous les textes - ou les passages les plus importants - des avis, sollicités ou non sollicités, sont publiés sur Internet, dans les journaux et dans les revues professionnelles concernées. Certains membres de l'ACA mentionnent l'existence de règles sur la transparence de l'action gouvernementale, qui précisent que toutes les informations doivent être rendues publiques. En Estonie, par exemple, les évaluations a posteriori, ainsi que toutes les autres études ou analyses commandées par l'État ou des instances gouvernementales au niveau local, doivent être rendues publiques.

4.2.5 *Les risques liés à la consultation formelle des organes consultatifs*

Presque tous les membres de l'ACA qui ont répondu à cette question précisent qu'ils ne voient pas de risques éventuels liés aux mécanismes formels de retours d'informations par les organes consultatifs. Deux rapports mentionnent cependant que les organes consultatifs ne sont dans une position leur permettant de fournir des conseils utiles que s'ils disposent eux-mêmes d'une certaine expérience dans l'application de la législation en question. Le rapport néerlandais précise qu'il est essentiel que les organes consultatifs soient correctement équipés pour procéder de manière correcte à une évaluation de l'impact de la législation. L'existence d'un niveau suffisant en termes à la fois d'expertise et de capacités est à cet égard d'une importance cruciale. Si ces deux éléments sont absents ou d'un niveau insuffisant, il est possible de confier à un organisme indépendant de recherche la mission d'évaluer les effets de la législation ou d'évaluer une loi spécifique.

L'existence d'un trop grand nombre de procédures formelles peut aussi être contre-productive, dans la mesure où elle crée une bureaucratie inutile et ne constitue pas forcément une garantie de meilleure qualité de communication et d'échanges de données entre les différents services gouvernementaux.

4.2.6 *Les risques liés à la consultation informelle des organes consultatifs*

Les membres de l'ACA estiment que la consultation informelle des organes consultatifs n'entraîne que peu de risques. Un certain nombre d'entre eux attirent au contraire l'attention sur les avantages de ce type de consultation. Le rapport belge par exemple précise que les organes consultatifs sont par définition dans une position qui leur permet d'identifier les liens entre

certaines des difficultés qu'ils rencontrent dans l'exercice de leurs activités, et de formuler des suggestions permettant au législateur d'intervenir et d'améliorer la situation. Un autre rapport attire l'attention sur le fait que si les organes consultatifs fournissent sans être sollicités des solutions aux problèmes qu'ils identifient, ils doivent être conscients du fait que leur avis pourrait alors être considéré comme étant de nature politique, au profit d'un parti ou d'un autre.