

**Examens de l'OCDE de la
réforme de la réglementation**

L'ANALYSE D'IMPACT DE LA RÉGLEMENTATION

**UN OUTIL AU SERVICE DE LA COHÉRENCE
DES POLITIQUES**



Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation

L'analyse d'impact de la réglementation

UN OUTIL AU SERVICE DE LA COHÉRENCE
DES POLITIQUES



ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

L'OCDE est un forum unique en son genre où les gouvernements de 30 démocraties œuvrent ensemble pour relever les défis économiques, sociaux et environnementaux que pose la mondialisation. L'OCDE est aussi à l'avant-garde des efforts entrepris pour comprendre les évolutions du monde actuel et les préoccupations qu'elles font naître. Elle aide les gouvernements à faire face à des situations nouvelles en examinant des thèmes tels que le gouvernement d'entreprise, l'économie de l'information et les défis posés par le vieillissement de la population. L'Organisation offre aux gouvernements un cadre leur permettant de comparer leurs expériences en matière de politiques, de chercher des réponses à des problèmes communs, d'identifier les bonnes pratiques et de travailler à la coordination des politiques nationales et internationales.

Les pays membres de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, la Corée, le Danemark, l'Espagne, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Suède, la Suisse et la Turquie. La Commission des Communautés européennes participe aux travaux de l'OCDE.

Les Éditions OCDE assurent une large diffusion aux travaux de l'Organisation. Ces derniers comprennent les résultats de l'activité de collecte de statistiques, les travaux de recherche menés sur des questions économiques, sociales et environnementales, ainsi que les conventions, les principes directeurs et les modèles développés par les pays membres.

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

ISBN 978-92-64-04368-8 (print)
ISBN 978-92-64-06712-7 (PDF)

Série : Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation
ISSN 1606-0741 (print)
ISSN 1990-049X (online)

Publié en anglais : *Regulatory Impact Analysis: A Tool for Policy Coherence*

Les corrigenda des publications de l'OCDE sont disponibles sur : www.oecd.org/editions/corrigenda.

© OCDE 2009

Vous êtes autorisés à copier, télécharger ou imprimer du contenu OCDE pour votre utilisation personnelle. Vous pouvez inclure des extraits des publications, des bases de données et produits multimédia de l'OCDE dans vos documents, présentations, blogs, sites Internet et matériel d'enseignement, sous réserve de faire mention de la source OCDE et du copyright. Les demandes pour usage public ou commercial ou de traduction devront être adressées à rights@oecd.org. Les demandes d'autorisation de photocopier une partie de ce contenu à des fins publiques ou commerciales peuvent être obtenues auprès du Copyright Clearance Center (CCC) info@copyright.com ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) contact@cfcopies.com.

Avant-propos

Les autorités publiques sont confrontées à des difficultés croissantes pour concevoir des régimes réglementaires qui favorisent et protègent le bien-être des citoyens. Le défi est en partie de renforcer les éléments d'appui de la prise de décision réglementaire pour s'assurer que la réglementation n'est mise en œuvre que si elle est efficiente et efficace. Depuis 1974, lorsque certains pays de l'OCDE ont adopté les premiers l'analyse d'impact de la réglementation (AIR) dans un effort systématique d'amélioration de la qualité de la réglementation, son usage s'est rapidement développé parmi les pays membres. Actuellement, presque tous les pays membres disposent de systèmes de gestion de la réglementation qui imposent une forme ou une autre d'AIR avant l'élaboration de toute réglementation. Cependant, la mise en œuvre de l'AIR continue de poser des problèmes complexes. Dans de nombreux pays de l'OCDE, la pratique de l'AIR est relativement récente, l'AIR continue de se développer et d'évoluer dans son champ d'application et les conclusions de nombreux examens de l'efficacité de l'AIR semblent indiquer que, souvent encore, elle ne permet pas d'influer sur la qualité de tel ou tel texte réglementaire.

L'AIR n'est que l'une des composantes d'un système de gestion de la qualité de la réglementation, mais elle en est une composante essentielle. Bien menée, elle peut apporter d'importantes retombées bénéfiques par une meilleure conception d'une réglementation donnée. Depuis la publication en 1997 de L'analyse d'impact de la réglementation : meilleures pratiques dans les pays de l'OCDE, l'OCDE a continué d'analyser et de commander des travaux sur les aspects méthodologiques et les pratiques nationales de l'AIR. Cette publication s'inscrit dans le prolongement des travaux antérieurs de l'OCDE. Elle s'inspire de débats pluridisciplinaires tenus dans le contexte du Programme horizontal de l'OCDE sur la réforme de la réglementation de 2006. Elle englobe les analyses menées par la suite pour affiner les aspects méthodologiques de l'AIR et son utilisation pour intégrer l'évaluation de la concurrence au processus d'élaboration de réglementations nouvelles. Elle comprend également une contribution spécifique qui prend la forme d'un exemple d'application concrète de l'AIR à une question de fond commune à de nombreux pays. Ces études réunissent des documents récents qui portent sur les obstacles fondamentaux à l'efficacité de l'AIR et donnent des orientations pour les surmonter. Elles seront utiles aux praticiens chargés de conduire l'AIR et de l'appliquer à telle ou telle réglementation, et à ceux qui doivent assurer ou examiner l'efficacité de l'AIR.

Chaque document propose des recommandations concrètes sur les moyens d'améliorer la conception et l'efficacité de l'AIR. Les documents réunis dans ce livre visent à donner des orientations pratiques et utiles sur les moyens de renforcer l'aptitude de l'AIR à favoriser la prospérité économique par une réglementation de meilleure qualité que détaillent les Principes directeurs pour la qualité et la performance de la réglementation publiés par l'OCDE en 2005.

Remerciements

La présente publication a été rédigée sous sa forme définitive par Gregory Bounds, analyste des politiques, sous la direction de Josef Konvitz, chef de la division de la politique de la réglementation de l'OCDE. Elle s'inspire d'une série de documents élaborés aux fins d'examen par le Groupe de travail sur la gestion de la réglementation et de la réforme réglementaire, le Groupe sur la politique de la réglementation et le Groupe de travail sur la concurrence et la réglementation. Elle a été lancée et coordonnée par Stéphane Jacobzone, administrateur principal, division de la politique de la réglementation, dans le contexte du Programme horizontal de l'OCDE pour la réforme de la réglementation. Le document intitulé « L'analyse d'impact de la réglementation : Un outil au service de la cohérence des politiques » a été rédigé par Gregory Bounds. Les documents intitulés « Déterminants de la qualité dans l'analyse d'impact de la réglementation » et « Méthodologie de l'analyse d'impact de la réglementation » ont été élaborés par Rex Deighton-Smith, consultant, pour la division de la politique de la réglementation de l'OCDE. Ahmet Korkmaz, alors analyste de politiques à l'OCDE, est l'auteur de précieuses contributions sur les cadres méthodologiques applicables à l'analyse d'impact de la réglementation. Le document intitulé « Intégration de l'évaluation d'impact sur la concurrence dans l'analyse d'impact de la réglementation » a été rédigé par Rex Deighton-Smith et par Sean Ennis, administrateur principal de la division de la politique de la concurrence de l'OCDE, dirigée par Bernard Phillips, chef de division. Le document intitulé « Vers une meilleure réglementation du gouvernement d'entreprise : Expérience de la mise en œuvre de l'analyse d'impact de la réglementation » a été rédigé par Grant Kirkpatrick, économiste sénior, pour la réunion de novembre 2007 du Groupe de direction de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise. La préparation du présent rapport en vue de sa publication a été assurée par Jennifer Stein.

Table des matières

Acronymes	8
Synthèse	9
Chapitre 1. L'analyse d'impact de la réglementation : Un outil au service de la cohérence des politiques	
Introduction	11
Une large adoption mais pratiquée différemment	12
Problèmes potentiels de performances de l'AIR	15
Stratégies d'amélioration à long terme	17
Conclusion	19
Notes	23
Bibliographie	24
Chapitre 2. Déterminants de la qualité de l'analyse d'impact de la réglementation ..	
Introduction	25
Processus et méthodologies de l'AIR	26
Autorité et qualité de l'AIR	27
Mécanismes spécifiques d'assurance-qualité	54
Conclusion	56
Notes	63
Bibliographie	65
Chapitre 3. Cadre méthodologique pour l'analyse d'impact de la réglementation : Valuation, risque et analyse coûts-avantages	
Introduction	69
Les questions de seuil	70
Principales exigences méthodologiques	72
Les éléments méthodologiques de l'ACA	81
Le rôle des analyses partielles spécifiques	90
L'évaluation des risques	119
Conclusion	122
Notes	125
Bibliographie	127
Annexe 3.A1. Projet de lignes directrices	129
Chapitre 4. L'intégration de l'évaluation d'impact sur la concurrence dans l'analyse d'impact de la réglementation	
Introduction	135
AIR et politique de la concurrence	136
AIR et politique de la concurrence	138

L'analyse sous l'angle de la politique de la concurrence en tant qu'élément de l'AIR	138
Examen des principales formes de limitation de la concurrence.....	140
Évaluations complètes sur la concurrence.....	157
Quelles sont les mesures de réglementation qui justifient une évaluation d'impact sur la concurrence ?	159
À quel stade du processus d'élaboration des réglementations convient-il de réaliser une évaluation d'impact sur la concurrence ?	161
Qui devrait être chargé de la rédaction et de l'examen de ces évaluations d'impact sur la concurrence ?	161
Comment inciter les responsables de l'action publique à réaliser une évaluation appropriée ?	162
Quelles seront les ressources nécessaires pour l'évaluation d'impact sur la concurrence ?	164
Intégration des résultats.....	164
Conclusion	165
Notes	165
Chapitre 5. Application de l'analyse d'impact de la réglementation à l'élaboration des politiques dans le domaine du gouvernement d'entreprise.....	167
Introduction	168
Clarification des enjeux stratégiques	169
Expérience de l'analyse d'impact de la réglementation <i>a priori</i>	174
Études de cas	179
Analyse d'impact de la réglementation <i>a posteriori</i>	192
Test de contenu : examen opérationnel et financier au Royaume-Uni.....	192
Consultations <i>a posteriori</i>	193
Études économétriques : exemples sélectionnés	195
Conclusion	200
Notes	201
Bibliographie.....	202
Encadrés	
2.1. Les grands problèmes de l'AIR	29
2.2. Évaluation d'une vie statistique : Méthodes du capital humain et du consentement à payer	41
3.1. Actualisation des références aux documents d'orientation analysés	71
3.2. L'approche théorique du taux d'actualisation en France	99
3.3. Un biais systématique ?.....	104
4.1. Liste de référence de la concurrence pour la réalisation d'évaluations d'impact sur la concurrence	139
4.2. Réformes liées à la politique nationale de la concurrence en Australie.....	160
5.1. L'élargissement du champ d'analyse de l'AIR : Problèmes potentiels	182
5.2. Questions d'évaluation posées par la SEC dans la mise en œuvre de la section 404	196
Tableaux	
3.1. Taux d'actualisation réels recommandés (Livre vert du Royaume-Uni).....	102
3.2. Taux d'actualisation réels recommandés (Weitzman, 2001)	102

3.3. Impacts partiels spécifiques devant explicitement être évalués lors de l’AIR (le cas échéant)	120
5.1. Évaluation qualitative d’un impact	175
5.2. Classification des types d’effets préjudiciables au consommateur et des avantages potentiels de la réglementation	177
5.3. Illustration de la mesure indirecte des avantages	178
5.4. Résumé des coûts par option	180
5.5. Impact de changements des obligations de diligence des administrateurs et du rôle des auditeurs sur les coûts de l’examen d’audit	181
5.6. Évaluation qualitative des coûts et des avantages : Note d’information en cas d’émissions de droits de souscription	183
5.7. Évaluation par le <i>National Audit Office</i> de l’analyse d’impact de l’OFR : Critères	192
Graphiques	
1.1. Évolution de l’adoption de l’AIR dans les pays de l’OCDE	16
1.2. Caractère obligatoire de l’AIR	16
1.3. Obligation d’évaluation de différentes conséquences dans le cadre de l’AIR	17

ACRONYMES

ACA	Analyse coûts-avantages
ACE	Analyse coût-efficacité
ADM	Analyse des défaillances du marché
AIR	Analyse d'impact de la réglementation
AMC	Analyse multicritère
APE	Analyse du point d'équilibre
BRC	<i>Better Regulation Commission</i>
BTRE	<i>Bureau of Infrastructure, Transport and Regional Economics (Australie)</i>
FD	<i>Fair Disclosure (réglementation sur la divulgation équitable)</i>
FSA	<i>Financial Services Authority (Royaume-Uni)</i>
HSE	<i>Health and Safety Executive (Royaume-Uni)</i>
NAO	<i>National Audit Office (Royaume-Uni)</i>
OBPR	<i>Office of Best Practice Regulation (Australie)</i>
OFR	<i>Operating and Financial Review (Royaume-Uni)</i>
OFT	<i>Office of Fair Trading (Royaume-Uni)</i>
OHSA	<i>Occupational Health and Safety Authority (États-Unis)</i>
OMB	<i>Office of Management and Budget (États-Unis)</i>
ORR	<i>Office of Regulation Review (Australie)</i>
PIB	Produit intérieur brut
RAS	Risque intersectoriel
SAB	<i>Science Advisory Board (États-Unis)</i>
SEC	<i>Securities and Exchange Commission (États-Unis)</i>
VAE	Valeur ajoutée économique
VAN	Valeur actuelle nette
VVS	Valeur de la vie statistique

Synthèse

La présente publication regroupe des études et analyses récentes concernant les principaux facteurs de réussite dans la réalisation d'une analyse d'impact de la réglementation (AIR). Ces documents portent sur des questions de méthodologie et sur différentes initiatives nationales, notamment en ce qui concerne les facteurs systémiques influant sur la qualité des AIR, les méthodologies susceptibles de favoriser une amélioration de la réglementation grâce aux AIR, des conseils d'utilisation des AIR en vue d'éviter toute réglementation inutile des marchés concurrentiels et un examen de la pratique de l'AIR dans le contexte du gouvernement d'entreprise dans plusieurs pays de l'OCDE. Au total, cette publication offre de précieux conseils pratiques sur la façon d'accroître l'efficacité des systèmes d'AIR pour renforcer la cohérence des politiques et promouvoir le bien-être économique par une amélioration de la qualité de la réglementation. Elle sera utile aux pays qui souhaitent renforcer ou affiner la pratique de l'AIR et voir dans quels domaines il peut être le plus judicieux d'investir des ressources publiques pour améliorer l'AIR.

Le chapitre 1 traite du recours à l'AIR comme instrument de promotion de la cohérence des politiques de réglementation. La pratique de l'AIR a une importance particulière dans les pays de l'OCDE en tant que mécanisme systémique permettant de s'assurer que les avantages probables de la réglementation proposée sont supérieurs à ses coûts estimatifs. L'OCDE défend depuis longtemps la pratique de l'AIR, ayant recommandé en 1997 aux pouvoirs publics d'intégrer « l'analyse d'impact de la réglementation dans l'élaboration, le réexamen et la réforme des réglementations ». Publiés en 2005, les *Principes directeurs pour la qualité et la performance de la réglementation* ont renforcé les effets positifs de l'AIR. Compte tenu de la complexité croissante des politiques, il importe de disposer de solides mécanismes décisionnels fondés sur les faits et intégrés aux processus de gouvernance pour optimiser les effets positifs des politiques de réglementation sur le bien-être et réduire au minimum les coûts de ces politiques.

Pour qu'un système d'AIR soit efficace, il faut absolument faire en sorte que les analyses soient réalisées très tôt, à un moment où il est possible et utile de déterminer l'approche optimale concernant les mesures proposées, et où des substituts à la réglementation peuvent être examinés sérieusement. L'échelle d'application de l'AIR influera également sur sa capacité à améliorer la qualité des projets de réglementation. Il faudrait optimiser l'application de l'AIR aux instruments réglementaires pour promouvoir les meilleures options. Il est recommandé d'adopter une approche proportionnelle de façon que les ressources indispensables à l'AIR soient affectées aux réglementations censées avoir l'impact le plus fort.

Le chapitre 2 examine comment la prise en compte de la conception des institutions peut améliorer la qualité de l'AIR. La mise en œuvre de l'AIR dans la zone OCDE est une

entreprise de longue haleine et l'expérience acquise par certains pays de l'OCDE permet de mieux comprendre comment améliorer la qualité globale de l'AIR. La conception des mécanismes et méthodes d'AIR, le degré de légitimité formelle et de soutien politique accordé au processus d'AIR, et la mise en place dans l'administration de mécanismes spécifiques d'assurance et de contrôle de la qualité destinés à veiller à ce que l'AIR soit réalisée de manière efficace, sont d'importants facteurs systémiques qui influenceront probablement sur la détermination de la qualité de l'analyse d'impact de la réglementation.

Le chapitre 3 est consacré à l'examen de la méthodologie de l'AIR. Procéder à une AIR est un exercice techniquement difficile. L'amélioration des instructions méthodologiques à l'intention des personnes qui en sont chargées peut avoir des effets non négligeables sur la qualité de l'AIR et, partant, sur sa capacité à contribuer à une meilleure réglementation. Ce chapitre passe en revue ces instructions et détaille les principaux aspects que les administrations peuvent adapter pour évaluer et améliorer la qualité de leurs propres instructions ou pour commencer à rédiger des instructions à l'intention des analystes des politiques.

Le chapitre 4 s'inspire de *l'Instrument de l'OCDE pour l'évaluation d'impact sur la concurrence* publié en 2007, et donne des conseils pour l'évaluation de l'impact d'approches potentielles de la réglementation sur la concurrence. Il illustre à quel point l'investissement, même assez minime, de ressources publiques dans la suppression des obstacles inutiles à la concurrence qui figurent dans la réglementation peut s'avérer positif pour le bien-être économique s'il est réalisé de façon systématique. Il donne également des conseils sur la façon d'obtenir les meilleurs résultats en examinant les avantages et les inconvénients de l'intégration des évaluations d'impact sur la concurrence au cycle d'élaboration des politiques de réglementation.

Le chapitre 5 étudie la façon dont les autorités de réglementation des services financiers se servent de l'AIR dans le domaine de la réglementation du gouvernement d'entreprise pour renforcer leurs mécanismes d'élaboration de politiques fondées sur les faits. Il est utile pour les concepteurs des politiques publiques de comprendre comment procéder à une AIR dans leur propre domaine de compétence, et de se pencher sur des exemples comparés de démarches suivies par les analystes dans d'autres secteurs réglementaires. Il s'appuie sur des exemples tirés de l'expérience de pays de l'OCDE, notamment le Canada, l'Australie, le Royaume-Uni, les États-Unis et l'Union européenne. En outre, il étudie la façon dont les autorités de réglementation ont traité certaines questions dont dépend l'efficacité de l'AIR, parmi lesquelles la définition du problème, l'organisation d'une véritable consultation et la détermination des coûts et avantages. Le document contribue de manière importante à l'étude de la réglementation du gouvernement d'entreprise, domaine insuffisamment traité, et présente une approche qui pourrait être appliquée à l'analyse des données d'expérience en matière d'AIR dans d'autres domaines réglementaires.

Il importe de disposer de bons mécanismes de gouvernance pour gérer la complexité des politiques et aider les pouvoirs publics à promouvoir une culture administrative offrant les outils nécessaires pour évaluer les conséquences des mesures envisagées et favoriser la réalisation d'objectifs économiques, environnementaux et sociaux répondant aux intérêts des citoyens. Les informations qui figurent dans la présente publication peuvent aider les pays à améliorer leurs mécanismes de gouvernance pour promouvoir la cohérence des politiques, grâce à l'intégration et au perfectionnement des systèmes d'analyse d'impact de la réglementation en vue d'une réglementation plus efficace et de résultats plus satisfaisants.

Chapitre 1

L'analyse d'impact de la réglementation : Un outil au service de la cohérence des politiques

Le chapitre 1 aborde les possibilités qu'ont les gouvernements d'améliorer les éléments factuels dont ils disposent pour formuler leurs politiques et de promouvoir la cohérence de celles-ci en intégrant systématiquement l'AIR au processus d'élaboration. Il détaille certains problèmes pesant sur l'efficacité de l'AIR, et renvoie aux possibilités d'amélioration abordées dans les autres chapitres de la publication.

Introduction

En principe, de meilleurs mécanismes de prise de décisions devraient conduire les pouvoirs publics à prendre de meilleures décisions. Par nature, les décisions des pouvoirs publics sont délicates, car elles exigent un arbitrage rigoureux mais difficile entre différents aspects de l'intérêt public. La rapidité du développement technologique, l'interconnectivité au niveau mondial et le recours croissant aux capitaux privés pour stimuler le développement économique contribuent à rendre toujours plus complexe le recensement des intérêts du public. Or, les élus ne peuvent abandonner au profit des analystes la responsabilité qui leur incombe de prendre des décisions. En revanche, pour que les pouvoirs publics mènent des politiques cohérentes et efficaces, il est de plus en plus important que les décideurs bénéficient des meilleurs conseils et éléments d'appréciation possibles.

La qualité des conseils fournis dépend en grande mesure de l'existence de solides mécanismes analytiques intégrés au dispositif d'élaboration des politiques et capables de communiquer des informations aux décideurs au moment où elles peuvent avoir une influence positive. Dans les systèmes politiques qui reposent sur la délégation de pouvoirs, les citoyens peuvent raisonnablement espérer des pouvoirs publics qu'ils fondent leurs décisions sur un examen préalable des effets prévus, et que ces décisions soient éclairées par les avis des parties qui en ressentiront vraisemblablement les effets.

L'analyse d'impact de la réglementation (AIR)¹ se veut à la fois un *outil* et un *mécanisme décisionnel* permettant aux décideurs de savoir s'il convient de recourir à la réglementation pour atteindre les objectifs de politique générale et, si oui, de quelle manière y recourir. En tant qu'*outil* d'aide à la prise de décisions, l'AIR examine systématiquement les effets éventuels des actions des pouvoirs publics, en cherchant à déterminer les coûts et les avantages de celles-ci, leur capacité à permettre la réalisation des objectifs de politique générale et si des options plus intéressantes s'offrent aux pouvoirs publics. En tant que *mécanisme décisionnel*, l'AIR est intégrée aux systèmes de consultation, d'élaboration des politiques et d'élaboration des réglementations afin de permettre la diffusion préalable d'informations sur les effets escomptés des projets de réglementation, à un moment et sous une forme propices pour les décideurs, ainsi que la diffusion *a posteriori* d'informations visant à aider les pouvoirs publics à évaluer les réglementations existantes.

L'OCDE préconise depuis longtemps l'adoption de l'AIR par les pouvoirs publics pour atteindre efficacement et rationnellement les objectifs associés à la réglementation dans un monde en évolution constante. Dans sa *Recommandation concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*, adoptée en 1995, le Conseil de l'OCDE encourage l'analyse coûts-avantages des projets de réglementation et des solutions de substitution envisageables pour justifier l'action des pouvoirs publics. En 1997, l'OCDE a publié le document intitulé *Analyse des effets des réglementations : Les meilleures pratiques dans les pays de l'OCDE*. Dans son rapport de 2002 publié sous le titre *Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE : De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation*, l'OCDE a recensé de

nombreux problèmes auxquels les pouvoirs publics sont confrontés dans la mise en œuvre de l'AIR, en faisant remarquer qu'il s'agissait d'un objectif à long terme exigeant « le développement progressif et la dissémination d'une expertise spécifique, l'affinement des mécanismes d'application et de contrôle, et enfin une mutation des mentalités administratives » (OCDE, 2002, p. 56).

Dans la version actualisée de ses *Principes directeurs pour la qualité et la performance de la réglementation*, publiés en 2005, l'OCDE recommande explicitement l'intégration de l'AIR dans « l'élaboration, le réexamen et la réforme des réglementations importantes ». Dans son *Instrument pour l'évaluation d'impact sur la concurrence*, publié en 2007, elle préconise l'intégration de l'évaluation d'impact sur la concurrence dans l'AIR comme un moyen d'améliorer aussi bien le processus d'évaluation d'impact sur la concurrence que le processus d'AIR (OCDE, 2007, p. 27 et OCDE, 2008). L'OCDE a continué de recueillir des données d'expérience auprès de ses membres en menant des travaux de recherche consacrés au sujet et en réalisant des études par pays pour examiner les pratiques des membres en matière de promotion de la gouvernance de la réglementation. La présente publication perpétue cet usage, l'objectif étant de faire connaître le point de vue de l'OCDE sur la façon d'améliorer la réalisation de l'AIR.

Dans la publication intitulée *L'Analyse de l'impact de la réglementation : Meilleures pratiques dans les pays de l'OCDE*, publié en 1997, l'OCDE a attiré l'attention sur ce qui distinguait l'AIR d'autres méthodes d'élaboration des politiques dans les pouvoirs publics : en tant que méthode rationnelle reposant sur des faits, l'AIR est unique car elle ne consiste pas à obtenir des décisions fondées sur les conseils d'experts fiables, sur un consensus entre les parties prenantes, sur une prise de position politiquement motivée ou sur l'adoption d'approches réglementaires en place dans d'autres pays. Évidemment, l'élaboration des politiques est telle, en réalité, que ces mécanismes décisionnels, avec d'autres, continueront d'influer sur elle. L'élaboration des politiques n'est pas nécessairement linéaire et rationnelle, tandis que leur conception et leur mise en œuvre varient en fonction de nombreux facteurs liés aux habitudes culturelles et administratives et aux processus politiques sur le plan local.

Il apparaît que la situation a beaucoup évolué dans la zone OCDE depuis 1997. En tant que mécanisme de gouvernance, l'AIR constitue désormais un élément essentiel de la stratégie de gestion de la réglementation des différents pays de la zone OCDE. Procédure systémique intégrée, elle est devenue l'un des mécanismes le plus couramment utilisés pour améliorer la qualité de la prise de décisions concernant la réglementation. L'adoption généralisée de l'AIR accentue le besoin d'informations sur la façon d'améliorer la mise au point des systèmes d'AIR. Plusieurs pays ont accumulé de nombreuses années d'expérience pratique de l'utilisation de l'AIR tandis que d'autres n'en sont encore qu'à un stade précoce de la mise en œuvre de leurs systèmes d'AIR. Tous les pays n'ont pas la même conception de ces systèmes. Les documents reproduits ici s'appuient sur des données d'expérience récentes concernant des questions méthodologiques et la mise au point des systèmes, en vue d'en tirer une synthèse des enseignements importants.

Il convient de répéter, par conséquent, que l'AIR est à elle seule insuffisante pour mettre au point ou choisir des moyens d'action. Elle ne remplace pas la prise de décisions politiques. En revanche, comme elle repose sur une approche empirique, l'AIR a un rôle fondamental à jouer dans le renforcement de la qualité du débat, en rendant plus transparentes les conséquences éventuelles des décisions et en apportant des précisions

au besoin sur les facteurs qui influencent ces décisions. Si l'AIR est correctement associée aux autres méthodes de prise de décisions, elle peut contribuer à l'amélioration des instruments d'action et favoriser la cohérence des politiques.

Un objectif de politique générale important consiste à améliorer le bien-être des citoyens. Or, pour que les pouvoirs publics optimisent les effets positifs de leurs initiatives sur l'intérêt général, il importe que ces initiatives soient ciblées et efficaces et que les avantages pour la collectivité soient supérieurs aux coûts. Pour assurer la cohérence de la réglementation, il est impératif que les décideurs sachent quels seront ces coûts et avantages et quels peuvent être les effets involontaires de leurs décisions dans d'autres domaines d'action des pouvoirs publics. Par exemple, une réglementation qui vise à relever la qualité des services en limitant le nombre de prestataires sur un marché peut entraîner une augmentation involontaire des coûts pour les consommateurs et les entreprises et, contre toute attente, faire baisser la productivité, accentuer le chômage et, en fin de compte, ne pas aboutir à l'amélioration de la qualité que la concurrence aurait pu engendrer. Autre exemple : les restrictions d'accès à un produit dangereux peuvent favoriser le développement d'un marché informel de produits de substitution, avec pour conséquence l'usage incontrôlé de produits tout aussi dangereux et une situation sanitaire globale dégradée. Dans tous les cas, l'adoption de mesures réglementaires par une partie des pouvoirs publics précipite la mise en œuvre d'autres mesures réglementaires éventuelles par une autre partie des pouvoirs publics. La détermination et l'anticipation de ces effets potentiels non souhaités avant la définition des politiques est une démarche cohérente qui repose sur la réalisation préalable d'une analyse des conséquences probables.

De solides arguments, en termes de cohérence des politiques, militent en faveur de l'intégration des pratiques d'AIR dans la culture administrative des États. L'élaboration des politiques et leur transposition dans la réglementation forment un processus complexe. Le recours immodéré à la réglementation, freinant l'entrepreneuriat et la compétitivité, a un coût économique pour la société. Or, étant donné que les coûts des réglementations sont diffus et indirects et que les réglementations ne sont pas soumises aux contraintes de la politique budgétaire, il n'est pas toujours aisé de les mettre en évidence. S'il y a des limites à l'accumulation de réglementations que les pouvoirs publics peuvent imposer à la société sans que le bien-être en pâtisse, il n'existe concrètement, dans le cas de la réglementation, aucune restriction du type de celles qui s'appliquent aux mesures budgétaires. C'est pourquoi on ne peut pas compter que les autorités de réglementation restreindront leur utilisation de la réglementation pour atteindre des objectifs de politique générale, même s'il n'a pas été démontré que la réglementation était une approche efficace. Les autorités de réglementation jouent un rôle essentiel dans la mise en œuvre des politiques publiques, mais en l'absence de bons mécanismes de gouvernance tels que l'AIR, elles ne disposent pas des outils ou incitations nécessaires pour voir s'il n'existe pas un moyen plus efficace que la réglementation d'atteindre les objectifs de politique générale.

Les pouvoirs publics sont très fortement incités à répondre aux revendications sociales, mais toute action de leur part suppose une forme de compromis. En effet, il y a toujours des groupes qui tirent parti de l'action des pouvoirs publics et d'autres qui en subissent les conséquences, certaines parties prenantes pouvant avoir intérêt à exiger la mise en place d'une réglementation, et d'autres à en demander la suppression. Les entreprises sont une source importante d'avis sur les effets de la réglementation, mais elles ont par ailleurs intérêt à adopter un comportement de recherche de rente pour améliorer leur propre rentabilité économique, au détriment de la compétitivité.

Naturellement, les citoyens veulent que les pouvoirs publics recourent à la réglementation pour supprimer les risques, mais en tant que groupe, les citoyens peuvent ne pas avoir conscience que dans certains cas, les coûts de cette réglementation peuvent dépasser les avantages qu'en tire la société. Il est impossible d'éliminer complètement tous les risques et les coûts d'opportunité des tentatives de suppression de certains risques peuvent en fait se solder par un accroissement des risques dans d'autres segments de la société. Les autorités de réglementation qui agissent sans solliciter au préalable l'avis des groupes concernés par une réglementation risquent fort de ne pas pouvoir déterminer si celle-ci sera respectée ou par quels moyens elle le sera. Elles risquent également d'être exposées à une captation de la réglementation, en répondant aux exigences unilatérales des groupes d'intérêts, et d'adopter une vision à trop court terme, ou de prendre des décisions *a posteriori* sans tenir compte des conséquences de leur réglementation dans d'autres secteurs des pouvoirs publics. Ces facteurs augmentent le risque de voir la réglementation échouer dans la réalisation des objectifs fixés et nuire ainsi à la cohérence des politiques. On voit donc qu'en l'absence du contrôle exercé par des dispositifs de gouvernance performants, tels que ceux qu'intègre tout bon système d'AIR, les pouvoirs publics risquent plus d'adopter des réglementations excessives, inutiles et mal conçues.

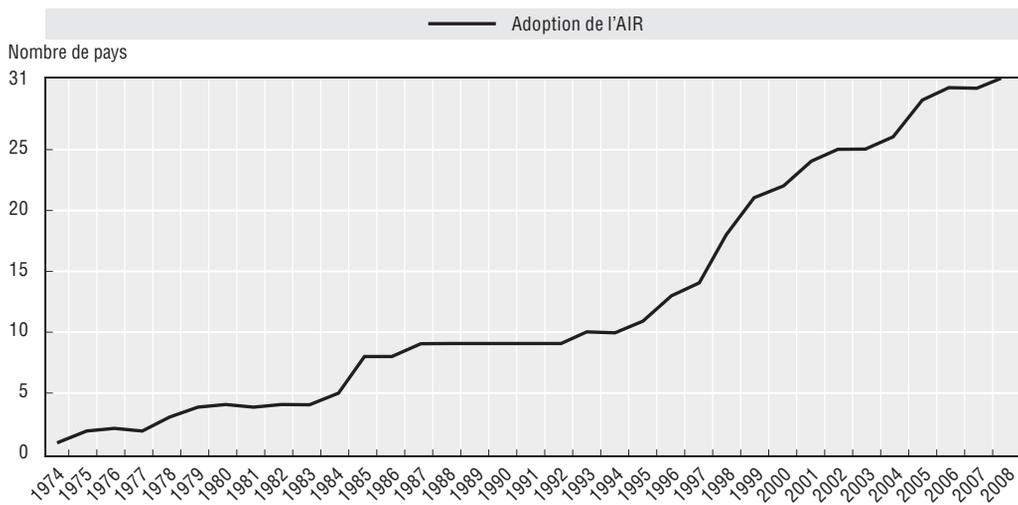
Un système d'AIR efficace peut aider à promouvoir la cohérence des politiques en rendant transparents les compromis inhérents aux projets de réglementation, en déterminant quels seront les probables bénéficiaires des effets de la réglementation et en établissant de quelle façon l'atténuation des risques dans un domaine peut engendrer des risques dans un autre domaine. L'AIR permet de mieux utiliser les données d'observation lors de l'élaboration des politiques et réduit le risque de défaillance de la réglementation, que ce soit lorsque celle-ci est injustifiée ou, à l'inverse, lorsqu'elle fait défaut alors qu'elle serait manifestement utile.

Une large adoption mais pratiquée différemment

L'examen des pratiques d'AIR dans les pays de l'OCDE révèle que le recours à l'AIR est désormais généralisé, mais qu'il existe des différences notables en termes de conception et d'application. En 1980, seuls deux ou trois pays avaient recours à l'AIR, alors qu'en 2000, 14 pays de l'OCDE sur 28 avaient adopté des programmes d'AIR. Selon les résultats d'une étude menée par l'OCDE en 2005, publiée sous le titre *Indicators of Regulatory Management Systems* (OCDE, 2007)² puis actualisée en 2008, tous les pays membres de l'OCDE procèdent aujourd'hui régulièrement à une forme ou une autre d'analyse d'impact des nouvelles réglementations avant que celles-ci soient arrêtées définitivement et mises en application (graphique 1.1).

Si le recours à l'AIR est généralisé, sa mise en œuvre varie d'une administration à l'autre. Étant donné que la réussite de l'AIR repose sur son incorporation systématique au processus d'élaboration des politiques donnant lieu à une réglementation, il est nécessaire de voir un peu plus précisément dans quelle mesure l'AIR est intégrée à l'élaboration des politiques, ce qu'on peut déterminer jusqu'à un certain point en examinant ses éléments constitutifs. C'est ce à quoi servent les indicateurs qui examinent les principales caractéristiques des mécanismes d'AIR adoptés dans les pays de l'OCDE, notamment leurs aspects institutionnels. Pour chaque pays, on a examiné, entre autres, les aspects suivants : la loi impose-t-elle la réalisation d'une AIR pour toute nouvelle réglementation ? L'AIR est-elle appliquée aux lois et aux réglementations subordonnées, et est-il obligatoire de démontrer que les avantages de la réglementation justifient les coûts qu'elle entraîne ? (graphique 1.2)

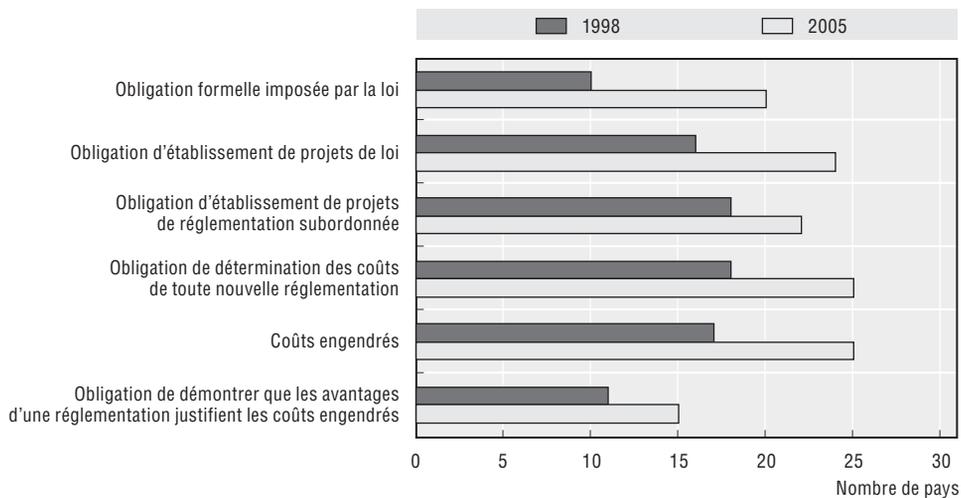
Graphique 1.1. **Évolution de l'adoption de l'AIR dans les pays de l'OCDE**



Note : Le graphique ci-dessus illustre l'évolution du nombre de pays où existe une obligation formelle de recourir à l'analyse d'impact de la réglementation (au-delà du simple impact budgétaire ou financier).

Graphique 1.2. **Caractère obligatoire de l'AIR**

Évolution récente (1998-2005)



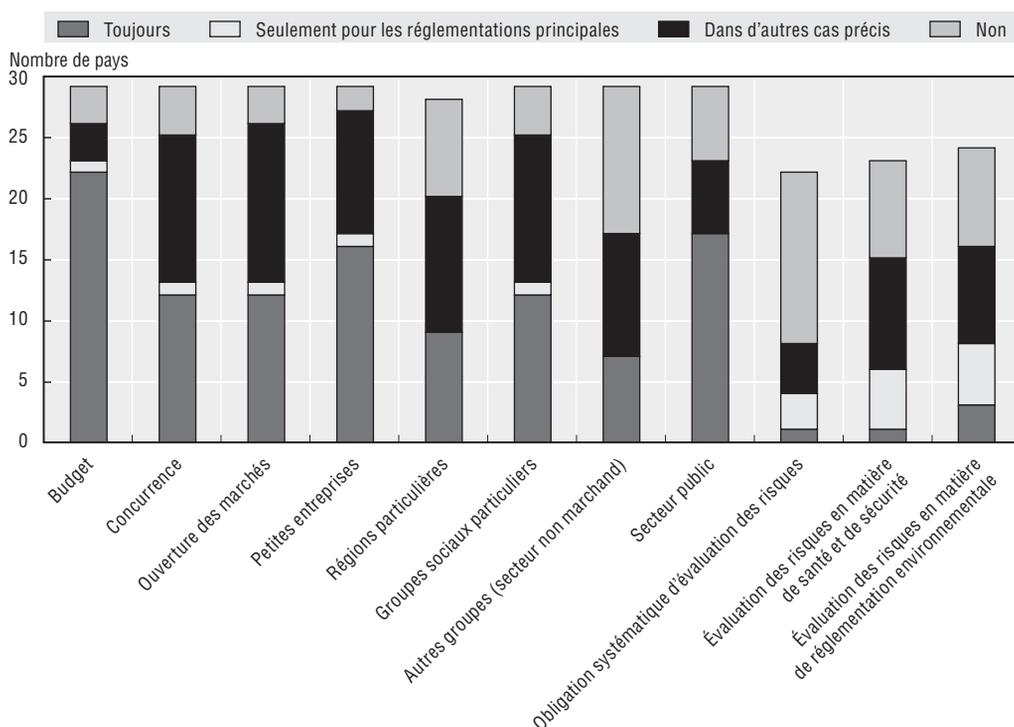
Note : Voir la question 11 sur l'analyse d'impact de la réglementation du Questionnaire de l'OCDE relatif aux indicateurs de la qualité de la réglementation (2005).

L'échantillon retenu comprend 27 pays. Les réponses de l'UE, du Luxembourg, de la Pologne et de la République slovaque n'ont pu être prises en compte car aucune donnée n'était disponible pour 1998. Ces données ne comprennent aucune mise à jour provenant de la campagne de recueil de données et de l'examen par les pairs de 2008.

En 2005, plus des deux tiers des pays de l'OCDE signalaient l'existence d'une obligation de détermination des coûts et avantages de toute nouvelle réglementation, et la moitié environ faisait état d'une obligation formelle de démontrer, à l'aide d'une AIR, que les avantages d'une réglementation justifiaient les coûts associés. L'examen de la mise en œuvre de l'AIR dans les pays de l'OCDE révèle qu'il existe également des différences considérables dans l'éventail de conséquences devant régulièrement être évaluées. Au moyen des indicateurs, on s'est employé à rendre compte de l'obligation d'évaluer, dans le cadre de l'AIR, les conséquences sur le budget, la concurrence, les petites entreprises, les

régions, certains groupes sociaux et l'utilisation d'instruments d'évaluation des risques. En 2005, de nombreux pays de l'OCDE continuaient de prendre en considération dans leurs systèmes formels d'AIR un éventail relativement limité de conséquences. C'est l'évaluation des conséquences budgétaires des projets de réglementation qui revient le plus souvent dans la plupart des pays de l'OCDE imposant cette obligation, mais cette évaluation serait généralement nécessaire même en l'absence d'un système d'AIR. Moins de la moitié des pays de l'OCDE avait mis en place une obligation d'évaluation de l'ouverture des marchés et de l'état de la concurrence pour l'ensemble des réglementations. Un nombre de pays légèrement plus élevé exigeait une évaluation des conséquences pour les petites entreprises, ce qui témoigne peut-être du fait que de nombreux pays utilisent essentiellement l'AIR, depuis le début, comme un outil permettant d'examiner les coûts des réglementations pour les entreprises (graphique 1.3).

Graphique 1.3. **Obligation d'évaluation de différentes conséquences dans le cadre de l'AIR**



Problèmes potentiels de performances de l'AIR

Si l'AIR a pour objectif d'améliorer les processus décisionnels, une évaluation empirique met en évidence les divergences entre les performances réelles au sein des administrations et les principes théoriques de l'AIR. Dans de nombreux cas, celle-ci peut ne pas avoir sur l'élaboration des politiques tout l'impact concret qu'elle est censée exercer, principalement parce qu'elle est mal intégrée au processus décisionnel. En outre, on critique le fait qu'elle n'est pas appliquée aux projets de réglementation les plus importants, et qu'elle ne se traduit pas par une évaluation complète des coûts et avantages des projets ou par un examen sérieux de l'éventail des solutions susceptibles de se

substituer à la réglementation. En général, on a le sentiment qu'il existe un « décalage » entre le modèle théorique de l'AIR et l'usage concret qui en est fait dans les pays.

On reproche en particulier aux analystes des politiques de ne pas quantifier les effets monétaires et de ne pas examiner les projets de réglementation de façon suffisamment rigoureuse. Malgré la procédure requise, de nombreuses AIR se bornent généralement à une analyse qualitative des coûts et avantages escomptés de la réglementation. Aussi l'évaluation risque-t-elle de comporter une part considérable de subjectivité, les réglementations n'étant soumises qu'à un examen qualitatif. Le principal problème, dans ce cas, est que l'AIR ne permettra peut-être pas de sélectionner la meilleure option, de nature réglementaire ou autre. Si les principes qui sous-tendent la réalisation d'une AIR sont trop généraux, ou s'il n'est pas obligatoire d'incorporer une analyse coûts-avantages dans l'AIR, il devient trop facile de détourner celle-ci, qui peut simplement être réalisée pour justifier une position préétablie et non pour examiner les solutions envisageables. De par sa conception, l'AIR peut constituer une contrainte pour les autorités, en leur imposant de justifier leurs propositions de réglementation. Dans la pratique, l'AIR peut certes s'avérer moins efficace que souhaité, mais utile tout de même en encadrant des décisions discrétionnaires qui, dans certains cas, n'auraient pas d'elles-mêmes réussi les tests d'efficacité.

Les travaux de recherche sur l'efficacité de l'AIR mettent en évidence une tendance à n'analyser qu'incomplètement les coûts et avantages économiques des projets de réglementation. Or cette analyse influe sur la capacité de l'AIR à produire une évaluation complète des effets éventuels de la réglementation. Le caractère incomplet de l'analyse réalisée au titre de l'AIR semble suffisamment répandu pour représenter un obstacle fondamental à l'obtention de tous les avantages de l'AIR. Il existe plusieurs raisons possibles à cela. Ce peut être, par exemple, le résultat d'une formation insuffisante à l'analyse coûts-avantages, ou d'un manque de confiance dans la capacité de l'analyse à influencer concrètement sur les politiques publiques. Dans ce dernier cas, les responsables de l'analyse pourront avoir tendance à simplement répondre aux exigences du système d'AIR, sans appliquer véritablement une approche analytique de l'amélioration des politiques. Pour pouvoir apporter des réponses institutionnelles plus satisfaisantes aux problèmes d'efficacité de l'AIR, les pays doivent avoir une idée de la raison pour laquelle ces problèmes se posent dans les administrations et de la façon de les surmonter.

Un autre problème potentiel concernant l'AIR est qu'elle peut se réduire peu à peu à un exercice de remplissage de formulaires. Comme l'AIR cible les réglementations une par une, il se peut qu'elle ne parvienne pas à évaluer les arbitrages à opérer entre les politiques, ou à accroître véritablement la participation des parties prenantes aux processus généraux d'élaboration des politiques³. En ce sens, l'AIR peut se transformer en un exercice consistant à « cocher des cases », exercice sans influence sérieuse sur l'élaboration des politiques. Cette préoccupation peut en induire une autre, à savoir que l'AIR est une démarche analytique dont le formalisme empêche de cerner complètement toute la diversité des questions de fond auxquelles elle veut s'attaquer, manque donc de légitimité et n'a qu'une faible influence sur la prise de décisions en matière de réglementation. Les processus d'élaboration des politiques sont complexes et tributaires des circonstances : la critique faite ici est que l'AIR peut s'efforcer de normaliser, décontextualiser et neutraliser la formulation des politiques de réglementation, dans le but de masquer le rôle de la gouvernance politique dans le processus d'élaboration des politiques.

Parce qu'elle vise à promouvoir l'intérêt économique général, l'AIR peut aller à l'encontre des objectifs de groupes d'intérêts sectoriels et aura donc toujours ses détracteurs. La difficulté majeure, par conséquent, est de veiller à ce que l'AIR soit intégrée dans la culture de l'élaboration des politiques et à ce que les décideurs perçoivent les effets positifs de la démarche analytique inhérente à l'AIR. Eu égard à l'objectif de promotion de la cohérence des politiques, une aide efficace à la formulation des politiques doit reposer sur une « analyse engagée » des questions, que le Pr J. Wiener (2006) décrit comme une analyse sérieuse de l'éventail complet des conséquences et des équilibres à prendre en compte, dont certains de nature quantitative et d'autres de nature qualitative, en ayant à l'esprit que certaines personnes sont exposées à des risques et que d'autres supportent le coût de leur atténuation (Wiener, 2006, p. 33). À l'évidence, l'intégration de l'AIR au processus d'élaboration des politiques suppose à la fois un changement culturel et l'intégration des processus d'évaluation des effets de la réglementation.

L'une des difficultés qui se posent lorsqu'il s'agit de répondre aux critiques faites à l'incorporation de l'AIR dans l'élaboration des politiques publiques concerne l'évaluation de sa capacité à améliorer concrètement celles-ci. En fait, et cela est paradoxal, il est difficile sur le plan méthodologique d'évaluer les coûts et avantages d'un système d'AIR. *A priori*, l'analyse économique devrait conduire à des décisions de réglementation meilleures que celles qui auraient été prises en l'absence d'analyse. Toutefois, Coglianese (2003) montre que, d'un point de vue méthodologique, il est difficile d'établir un contre-scénario convenable pour mesurer le degré d'analyse économique qu'un organisme *aurait pu* atteindre en l'absence de l'obligation de procéder à une AIR.

Deux points sur lesquels certains organes de contrôle centraux recueillent des données utiles sont le nombre de projets de réglementation initiaux qui ont été améliorés grâce à l'AIR et l'accroissement marginal estimatif des avantages escomptés. Accessoirement, ces données confirment l'idée que le mécanisme d'AIR constitue un filtre efficace pour les projets de réglementation médiocres et une forte incitation au renforcement de la rigueur analytique. À l'heure actuelle, les données empiriques de ce type sont rares et difficiles à synthétiser pour l'ensemble des pays, mais on devrait disposer à l'avenir de meilleures informations sur les avantages concrets de l'AIR. De nouveaux travaux de recherche sur les méthodes d'évaluation de la capacité de l'AIR à améliorer les politiques publiques contribueront à préserver un soutien en faveur de cet outil de réforme.

De plus en plus, l'AIR est utilisée comme un moyen d'action itératif pour diffuser au sein de l'administration publique des informations sur les coûts et avantages probables des stratégies et pour améliorer progressivement l'élaboration des politiques de réglementation. Ainsi, une stratégie intéressante, en cours d'adoption par plusieurs pays de l'OCDE, consiste à mettre en œuvre l'AIR en deux étapes, en procédant à une évaluation préliminaire des mesures proposées avant de se lancer dans une évaluation complète.

Stratégies d'amélioration à long terme

Dans de nombreux pays, et dans différents domaines d'action des pouvoirs publics, la mise en œuvre de l'AIR est un processus de longue haleine. Par conséquent, l'intégration de l'AIR devrait être considérée comme un objectif d'action à long terme. Tous les pays, même ceux qui ont de nombreuses années d'expérience de la réalisation d'AIR et qui disposent de systèmes d'AIR très élaborés, continuent de rencontrer des problèmes concernant la qualité et la distribution en temps voulu des documents relatifs à l'AIR. Il est

constamment nécessaire d'apporter un soutien aux fonctionnaires chargés de l'AIR et d'améliorer le mode de préparation des AIR.

On trouvera dans la présente publication des exemples et des enseignements tirés de l'expérience des pouvoirs publics quant aux moyens de mettre au point des stratégies pluridisciplinaires pour améliorer durablement les processus d'AIR. Cette publication offre de précieux conseils pratiques sur la façon d'accroître l'efficacité des systèmes d'AIR pour renforcer la cohérence des politiques et promouvoir le bien-être économique par une amélioration de la qualité de la réglementation. Elle fournit des éléments sur la manière d'améliorer la méthodologie de réalisation des AIR, ainsi que les résultats obtenus d'un point de vue institutionnel et systémique. De récents travaux menés par l'OCDE sur le thème de l'amélioration de l'utilisation de l'AIR lors de la prise de décisions par les pouvoirs publics y sont présentés. Cette publication pourra servir de ressource aux analystes des politiques et aux fonctionnaires qui souhaiteraient avoir recours à l'AIR pour améliorer la cohérence de l'action des pouvoirs publics en recensant les possibilités d'intervention efficace sur le plan de la réglementation, grâce à une évaluation des coûts, avantages et équilibres à respecter. Elle devrait être utile aux pays qui souhaitent renforcer ou affiner l'utilisation de l'AIR, ainsi qu'aux pays qui cherchent à déterminer dans quels domaines il serait le plus intéressant d'accroître les ressources publiques consacrées à l'amélioration de l'AIR.

La présente publication couvre différents éléments recensés comme susceptibles de brider l'aptitude de l'AIR à améliorer l'efficacité de la réglementation :

- Facteurs systémiques influant sur la qualité de l'AIR.
- Méthodologie susceptible d'aider l'AIR à améliorer la réglementation.
- Conseils pour recourir à l'AIR afin d'éviter toute réglementation inutile des marchés concurrentiels.
- Examen de l'utilisation de l'AIR dans plusieurs pays de l'OCDE pour réglementer le gouvernement d'entreprise.

Ces quatre points sont abordés en détail ci-après.

Facteurs systémiques influant sur la qualité de l'AIR

De nombreux facteurs systémiques pèsent sur la qualité de l'AIR et peuvent nuire à son efficacité. Il s'agit de la conception des mécanismes et méthodes d'AIR, du degré de légitimité formelle et de soutien politique accordé au processus, et de la mise en place de mécanismes spécifiques d'assurance-qualité.

En ce qui concerne la conception des systèmes d'AIR, le problème fondamental est de promouvoir leur intégration dans le processus d'élaboration des politiques le plus tôt possible. Pour que des effets positifs sur l'action des pouvoirs publics soient ressentis concrètement, l'AIR doit être réalisée très tôt, à un stade où il est véritablement utile de déterminer l'approche optimale concernant les mesures proposées, et où il est possible d'envisager de remplacer la réglementation par d'autres options. L'étendue du champ d'application de l'AIR influe également sur la prise en compte de projets de réglementation importants. En principe, l'AIR devrait concerner les instruments réglementaires qui engendrent des coûts non négligeables dépassant un certain seuil au-delà duquel les coûts de réalisation d'une AIR sont proportionnels et justifiables. La conception et la rigueur de

la démarche analytique appliquée détermineront la qualité de l'analyse et pourront influencer sur la capacité de l'AIR à conduire à de bonnes décisions en matière de réglementation.

Comme pour toutes les stratégies de réforme réglementaire, le succès de l'intégration de l'AIR dans les politiques de réglementation exige une forte volonté politique, c'est-à-dire essentiellement une attitude favorable, au niveau politique, quant au rôle de l'AIR en tant qu'élément d'une stratégie globale de réglementation. En outre, l'inscription dans le droit d'obligations en matière d'AIR donne une légitimité importante au processus.

La mise en place d'un organe de contrôle central chargé de promouvoir l'utilisation de l'AIR est le mécanisme d'assurance-qualité le plus important adopté par les membres de l'OCDE. Le rôle des organes de contrôle en matière de recommandation s'étend à toute une gamme de fonctions de premier plan, notamment l'examen de chaque AIR, l'organisation d'une formation et la fourniture de conseils méthodologiques. Les organes de contrôle peuvent également jouer un rôle efficace dans la surveillance du respect d'obligations comme la consultation du public, de nature à favoriser la transparence dans la prise de décisions et à renforcer la rigueur de l'analyse. Tous ces aspects sont abordés de manière plus détaillée au chapitre 2 dans une optique pragmatique assise sur des principes et des exemples tirés de l'expérience des pays de l'OCDE.

Méthodologie susceptible d'aider l'AIR à améliorer la réglementation

L'AIR vise avant tout à améliorer la prise de décisions fondée sur des données factuelles en matière de politiques publiques. Les pouvoirs publics ont ainsi constaté que le bon fonctionnement d'un système d'AIR dépendait de ses éléments à la fois systématiques et méthodologiques. Pour les responsables de l'élaboration des politiques, en particulier les non-spécialistes, les éléments méthodologiques sont les plus pertinents. Lorsque les éléments systématiques de l'AIR sont relégués au second plan, la qualité des enseignements tirés de l'AIR dépend de l'application de méthodes d'analyse utiles et efficaces à même de mettre en évidence les choix possibles et de les communiquer aux décideurs.

Procéder à une AIR étant un exercice techniquement difficile, les administrations doivent donner aux personnes qui en sont chargées des conseils méthodologiques précis et utiles, afin que les effets positifs de l'analyse soient perceptibles dans les choix de réglementation. Les sujets concrets pertinents sont les suivants : mise en place d'un test approprié de seuil pour justifier l'AIR; sélection de méthodes analytiques, notamment l'analyse coûts-avantages, l'analyse du point d'équilibre et l'analyse multicritères; le recours à des méthodes d'évaluation; et la mise en œuvre d'outils d'évaluation des risques.

Ces aspects sont abordés plus avant au chapitre 3, qui vise les administrations chargées d'établir des instructions à l'intention des analystes des politiques réglementaires. Ce chapitre formule des recommandations détaillées sur un ensemble de questions méthodologiques revêtant une importance fondamentale pour la qualité globale de l'AIR et, partant, pour la capacité de l'AIR à contribuer à une meilleure réglementation. Il présente également un projet de lignes directrices sur les principaux aspects que les administrations peuvent adapter pour évaluer et améliorer la qualité de leurs propres documents d'orientation, ou pour commencer à rédiger des instructions à l'intention des analystes des politiques.

Conseils pour recourir à l'AIR afin d'éviter toute réglementation inutile des marchés concurrentiels

La promotion d'une saine concurrence, c'est-à-dire une rivalité entre fournisseurs qui s'efforcent d'améliorer leur position en proposant de meilleurs produits ou services à la clientèle, a manifestement un effet positif sur le bien-être des consommateurs. Les *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation* en tiennent compte et encouragent l'examen périodique des réglementations qui limitent la concurrence afin de veiller à ce que les avantages l'emportent sur les coûts et de déterminer si les objectifs des réglementations peuvent être atteints avec un impact moindre sur la concurrence.

Il conviendrait de recourir à l'AIR pour évaluer les conséquences des restrictions à la concurrence, tant lors de l'examen d'une nouvelle réglementation que du réexamen de la réglementation en vigueur. Une réglementation qui restreint inutilement la concurrence engendre pour la société des coûts que l'incorporation d'une analyse des politiques de concurrence peut permettre d'éviter. On peut, avec des conseils idoines, adapter l'analyse de la concurrence pour l'appliquer à une série de démarches concernant la réglementation. Une analyse de la concurrence peut fournir des renseignements importants pour prendre immédiatement en compte les avantages escomptés des démarches possibles et leurs répercussions potentielles sur la concurrence. On peut ainsi isoler des circonstances dans lesquelles telle ou telle démarche spécifique peut tout particulièrement convenir et faire apparaître des politiques de substitution éventuelles se prêtant à la réalisation des mêmes objectifs à moindre coût pour la société et sans restriction de la concurrence. Même un investissement relativement faible de ressources publiques, s'il est réalisé systématiquement et dans le cadre d'une intégration des processus d'évaluation de la concurrence au cycle de la politique de réglementation, peut permettre d'obtenir des avancées importantes sur le plan de l'intérêt général. Le chapitre 4, qui s'inspire de l'*Instrument de l'OCDE pour l'évaluation d'impact sur la concurrence*, publié en 2007, indique comment cibler les politiques qui devraient faire l'objet d'une telle évaluation et comment évaluer l'impact sur la concurrence d'approches réglementaires potentielles dans le cadre de l'AIR.

Examen de l'utilisation de l'AIR dans plusieurs pays de l'OCDE pour réglementer le gouvernement d'entreprise

Bien qu'une grande partie des travaux de recherche réunis dans la présente publication concerne l'application de l'AIR dans plusieurs pays et dans divers domaines réglementaires, on peut tirer des enseignements de l'examen de l'application des principes généraux de l'AIR à un domaine spécifique de la réglementation dans plusieurs pays. Il est particulièrement utile pour les responsables de l'élaboration des politiques de comprendre comment procéder à une AIR dans leur propre domaine de compétence et d'en étudier des exemples, mais aussi de s'inspirer d'exemples concrets de démarches suivies par les analystes dans d'autres secteurs réglementaires.

Pour garantir le succès de l'AIR, il est indispensable de veiller à ce que les autorités de réglementation l'utilisent efficacement. L'analyse des modalités d'AIR dans certains domaines d'action des pouvoirs publics de divers pays peut être très utile pour améliorer son application concrète à la conception de la réglementation. Les autorités de réglementation du secteur pourraient gagner à disposer d'éléments d'appréciation concrets sur les techniques d'évaluation des effets de la réglementation dans des domaines précis d'action des pouvoirs publics. Le partage d'informations sur les résultats

de l'AIR entre autorités de réglementation d'un même secteur mais de pays différents, compte tenu notamment des approches méthodologiques adoptées, peut favoriser le transfert de politiques et permettre la diffusion de concepts utiles sur les stratégies les plus efficaces, ainsi que l'amélioration des connaissances spécialisées sur la façon d'estimer les coûts et avantages probables des projets de réglementation. Des recherches dans ce domaine, de même que la création de mécanismes de mise en commun des analyses propres à chaque AIR, sous la forme par exemple d'une base de données commune, peuvent améliorer la qualité de l'analyse des politiques. Malgré cela, il existe peu d'études sur les modalités d'AIR appliquées par les autorités de réglementation en ce qui concerne des problèmes de ce type. C'est pourquoi le chapitre 5 contribue de manière importante à l'étude de la réglementation du gouvernement d'entreprise, domaine insuffisamment traité, et présente une approche qui pourrait être appliquée à l'analyse des données d'expérience en matière d'AIR dans d'autres domaines réglementaires.

Le chapitre 5 fait le point d'une étude menée dans les pays de l'OCDE sur l'utilisation de l'AIR dans le domaine de la réglementation du gouvernement d'entreprise. Sachant que l'obligation de procéder à une AIR fait partie intégrante des systèmes réglementaires des membres de l'OCDE, ce chapitre passe en revue des exemples de l'utilisation de l'AIR par les autorités de réglementation des services financiers en vue de renforcer leurs mécanismes d'élaboration de politiques fondées sur des données factuelles. Il s'appuie sur des exemples tirés de l'expérience de pays de l'OCDE, notamment le Canada, l'Australie, le Royaume-Uni, les États-Unis et l'Union européenne. En outre, il étudie la façon dont les autorités de réglementation ont traité certaines questions dont dépend l'efficacité de l'AIR, parmi lesquelles la définition du problème, l'organisation d'une véritable consultation et la détermination des coûts et avantages.

Conclusion

Le déploiement de l'AIR est un objectif de long terme qui peut bénéficier de la mise en œuvre de cadres systémiques et d'outils d'assistance analytique. Dans une économie plus interdépendante et mondialisée, il semble toujours plus complexe d'assurer la cohérence des politiques, dans la mesure où les pouvoirs publics doivent de plus en plus gérer les implications multisectorielles des événements mondiaux en termes de politiques nationales. En 2009, la crise économique mondiale et le changement climatique qu'elle engendre continuent de mettre à rude épreuve la capacité des pouvoirs publics à élaborer des stratégies efficaces en prenant en compte les incertitudes et les arbitrages nécessaires et, au fur et à mesure des événements, il sera sans doute nécessaire à l'avenir de mettre au point des stratégies différentes et plus dynamiques. Étant donné cette complexité, il est plus important que jamais de disposer de bons mécanismes de gouvernance pour aider les pouvoirs publics à promouvoir une culture administrative offrant les outils nécessaires pour évaluer les conséquences des mesures envisagées et cerner les solutions favorisant la réalisation d'objectifs économiques, environnementaux et sociaux conformes aux intérêts des citoyens.

Les chapitres de la présente publication sont axés sur un ensemble d'aspects centraux de l'AIR, et ont pour objet de faire progresser la compréhension des possibilités d'application des méthodes d'élaboration de politiques fondées sur des données factuelles, grâce à l'AIR et à l'amélioration de la conception des politiques et de leur cohérence. Ils ne prétendent toutefois pas à l'exhaustivité. D'autres recherches sur, par exemple, le recours à des stratégies d'évaluation et de gestion des risques dans le domaine de la réglementation seraient positives pour une meilleure conception et un meilleur usage des dispositifs d'AIR.

En effet, dans les administrations des pays de l'OCDE, les systèmes d'AIR continuent d'évoluer et la mise en œuvre de l'AIR continue de poser des problèmes. Toutefois, des ajustements peuvent être observés, certains pays mettant davantage l'accent désormais sur des problèmes plus techniques comme l'évaluation des risques et l'élaboration de méthodes d'estimation quantitative des coûts et avantages. Dans certains secteurs de la réglementation, on observe un développement des compétences en matière de réalisation d'AIR. Les pays qui n'étaient pas dotés jusqu'ici de systèmes formalisés de gestion de la réglementation en viennent de plus en plus à recourir à l'AIR qui, à la base, leur permet d'améliorer la conception des politiques et des réglementations, ce qui renforce progressivement l'intégration de la prise de décisions fondées sur des données factuelles au processus d'élaboration des politiques.

Notes

1. On parle aussi quelquefois « d'évaluation d'impact de la réglementation », les deux termes étant employés indistinctement.
2. OCDE (avril 2007), « Indicators of Regulatory Management Systems » (Stéphane Jacobzone, Chang-won Choi et Claire Miguet); OCDE (juillet 2007), « Indicators of Regulatory Management Systems across OECD Countries – Indicators of Recent Achievements and Challenges » ; *Documents de travail de l'OCDE sur la gouvernance publique* (Stéphane Jacobzone, Gregory Bounds, Chang-won Choi et Claire Miguet).
3. Radaelli, Claudio (2007), « *De Nobis Fabula Narratur* (The story was about us): Three Better Regulation Tales », discours prononcé lors d'un dîner organisé à l'occasion de la réunion sur l'élaboration des politiques stratégiques et la réforme réglementaire, Londres, 4 juin 2007.

Bibliographie

- Coglianesi, C. (2002), « Empirical Analysis and Administrative Law », *University of Illinois Law Review* ; version revue en novembre 2003.
- OCDE (1997), *L'Analyse de l'impact de la réglementation : Meilleures pratiques dans les pays de l'OCDE*, Éditions OCDE, Paris.
- OCDE (2002), *Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE : De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation*, Éditions OCDE, p. 56.
- OCDE (2007), *Instrument pour l'évaluation d'impact sur la concurrence*, version 1.0, Éditions OCDE, Paris.
- OCDE (2008), *Construire un cadre institutionnel pour l'analyse d'impact de la réglementation (AIR) : Orientations destinées aux décideurs*, version 1.1, Éditions OCDE, Paris.
- Radaelli, C. (2007), « Towards Better Research on Better Regulation », document distribué lors du Colloque de haut niveau sur une meilleure réglementation, organisé les 26 et 27 janvier au Centre for Regulatory Governance de l'Université d'Exeter.
- Wiener, J.B. (2006), « Better Regulation in Europe », *Duke Law School Working Paper Series*, Duke University Law School.

Chapitre 2

Déterminants de la qualité de l'analyse d'impact de la réglementation

Le chapitre 2 fait le point des facteurs importants qui peuvent influencer sur l'appréciation de la qualité de l'analyse d'impact de la réglementation, et de leur application dans les pays de l'OCDE. Il s'agit de la conception des mécanismes et méthodes d'AIR, du degré de légitimité formelle et de soutien politique accordé au processus et de la mise en place de mécanismes spécifiques d'assurance-qualité. Ce chapitre examine les expériences des pays de l'OCDE et la façon dont la qualité globale de l'AIR pourrait être améliorée.

Introduction

L'analyse d'impact de la réglementation est un dispositif qui permet de recenser et d'évaluer de manière systématique les coûts et avantages d'un projet de réglementation. Elle constitue un instrument fondamental de vérification de la qualité de la réglementation, désormais utilisé par la quasi-totalité des pays de l'OCDE, de la Commission européenne et de nombreux pays en transition.

La mise en œuvre d'une analyse d'impact de la réglementation (AIR) nécessite des moyens considérables. De nombreux pays membres de l'OCDE déploient des efforts non négligeables en vue d'améliorer et de perfectionner les systèmes et les processus relatifs aux AIR. Cette évolution permanente souligne le fait que la mise en œuvre d'une analyse d'impact de la réglementation est un processus de longue haleine, qui suppose obligatoirement des changements culturels d'envergure à l'échelle du dispositif tout entier d'élaboration des politiques. Si l'on veut que l'AIR contribue le plus possible à la qualité de la réglementation, il convient de s'intéresser à l'intégralité des éléments du processus d'AIR, ainsi qu'à l'ensemble des mécanismes spécifiques d'assurance-qualité.

En général, il semblerait que les pays continuent de développer l'application des AIR, puisque l'on constate une progression du nombre de pays qui choisissent d'assujettir leurs lois à une AIR et, plus généralement, un éventail élargi d'instruments de réglementation. Parallèlement, les pays appliquent toute une série de seuils afin que les AIR concernent effectivement les textes réglementaires importants lorsqu'elles sont susceptibles de peser sur l'issue de la réglementation.

Une aide plus importante est accordée aux organismes de réglementation pour leur permettre d'améliorer la conduite des AIR; cette assistance prend notamment la forme d'orientations relatives à des éléments méthodologiques tels que l'évaluation du risque, les taux d'actualisation et l'évaluation statistique d'une vie humaine du point de vue du bien-être. Plusieurs pays accordent une attention particulière aux moyens d'intégrer véritablement les aspects quantitatif et qualitatif de l'AIR afin de fournir aux décideurs de meilleures informations.

Cependant, nombreux sont ceux qui continuent d'estimer que l'AIR intervient souvent trop tard dans le processus d'élaboration des politiques et que, de ce fait, elle n'a habituellement que peu d'incidence sur les choix opérés en matière de réglementation. Si certaines mesures sont prévues pour remédier à cette situation, notamment une meilleure intégration entre l'AIR et la consultation publique et le recours à une analyse *ex post* de l'AIR dans certains domaines, cet aspect demeure l'un des principaux obstacles à la mise en œuvre d'une AIR.

L'analyse d'impact de la réglementation en tant qu'outil formel de contrôle de la qualité réglementaire remonte à plus de 25 ans. Dans le cadre de l'OCDE, la *Liste des dix critères de référence accompagnant la Recommandation de 1995 du Conseil de l'OCDE concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle* faisait ressortir la nécessité de procéder à une évaluation pour veiller à ce que les avantages des réglementations en

justifient les coûts. En 1997, l'OCDE a formulé un ensemble de *Meilleures pratiques en matière d'AIR* (OCDE, 1997). Mais malgré cette longue histoire, la mise en œuvre des AIR et leur intégration aux processus d'élaboration des politiques publiques sont loin d'être achevées. L'OCDE de même que les pays membres ayant une bonne expérience de la mise en œuvre des AIR, ont régulièrement souligné que la formulation et l'application de dispositifs d'AIR constituent un processus de longue haleine, qui passe obligatoirement par un changement culturel au sein des organismes de réglementation.

Le présent document a pour but de fournir aux pays membres une assistance pratique pour la mise en œuvre de dispositifs AIR de qualité, et de les aider à en optimiser l'impact sur la qualité de leurs réglementations. Il s'appuie sur les réponses à un questionnaire adressé, au milieu de 2006, à certains pays de l'OCDE ayant une longue expérience de la mise en œuvre d'AIR. L'Australie, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et les États-Unis ont répondu au questionnaire. Le document tient également compte de l'Inventaire des dispositifs AIR établi par le Secrétariat en 2004 (GOV/PGC/RD(2004)1), ainsi que d'autres travaux antérieurs de l'OCDE sur les AIR.

L'expérience montre que pour optimiser la qualité d'une AIR il faut adopter une démarche pluridimensionnelle, qui prenne en compte tous les éléments de la conception, de la mise en œuvre et de l'examen des processus et des procédures de l'AIR. La structure du présent document reflète cette réalité. Les sections 2 et 3 examinent les déterminants généraux de la qualité d'une AIR, notamment la formulation du processus, les exigences méthodologiques et les éléments afférents à l'autorité. La section 4 passe en revue certains mécanismes spécifiques de contrôle de la qualité d'une AIR, tandis que la section 5 met en exergue les pratiques qui semblent revêtir une importance particulière pour la qualité effective de l'AIR et recense les principaux défis futurs sur la voie d'une amélioration continue de la qualité des AIR.

Processus et méthodologies de l'AIR

Entamer l'AIR à un stade précoce de l'élaboration des politiques

Le moment précis auquel l'AIR doit démarrer revêt une importance particulière, mise en évidence depuis longtemps, puisque dès 1997 les *Meilleures pratiques de l'OCDE en matière d'AIR* indiquaient qu'il fallait « intégrer les AIR dans le processus d'élaboration des politiques, en commençant à un stade aussi précoce que possible ». En effet, c'est uniquement si l'AIR est engagée à un stade précoce de l'élaboration d'une politique qu'il est véritablement possible d'espérer qu'elle fasse partie intégrante du processus, au lieu de rester une simple obligation séparée, fondée sur des procédures à suivre, prenant la forme d'une justification *a posteriori* d'un choix stratégique déjà opéré.

En particulier, une analyse approfondie des solutions de rechange à la réglementation proposée n'est susceptible d'être entreprise que si la décision finale n'a pas encore été arrêtée. L'accent mis, dans les lignes directrices australiennes en matière d'AIR (parues dès 1998), sur la nécessité de préparer « une évaluation exhaustive des répercussions attendues de chaque solution possible » montre que les autorités chargées de réformer la réglementation soulignent depuis longtemps la nécessité d'inciter les responsables de la réglementation à entreprendre une étude sérieuse et détaillée des différentes solutions possibles.

Les lignes directrices en matière d'AIR ont, dans la plupart des cas, réaffirmé la nécessité d'engager l'analyse à un stade précoce, et elles sont d'ailleurs souvent assez explicites quant au moment précis auquel l'AIR doit débiter. Par exemple, le guide

australien (ORR, 1998) stipule que le document de l'AIR doit être préparé après qu'a été prise une décision administrative évoquant la nécessité d'une réglementation, mais avant que les pouvoirs publics ne prennent une décision politique confirmant la nécessité de ladite réglementation. Le guide néo-zélandais (gouvernement de Nouvelle-Zélande, 1999) contient, à cet égard, une recommandation pratiquement identique. De même, au Royaume-Uni, le projet actuel de Guide en matière d'analyse d'impact (gouvernement du Royaume-Uni, 2006a, Annexe B) précise :

L'analyse d'impact doit être un document vivant – qu'il faudra revoir et corriger à plusieurs reprises, au fur et à mesure que les indications disponibles sur les coûts ou avantages probables de la réglementation se préciseront. Au stade initial de l'élaboration des politiques, il existera vraisemblablement un certain nombre d'options, et les services concernés devront produire une analyse d'impact pour chacune d'entre elles [...]

Les évaluations récentes de la performance des AIR continuent de mettre l'accent sur la nécessité d'entamer l'AIR à un stade précoce. Un récent rapport du *National Audit Office* du Royaume-Uni (NAO, 2006) indique : « Notre analyse a montré que le processus AIR était souvent inefficace s'il était engagé tardivement [...] ». Certains commentateurs, dont Jacobs (2006), vont plus loin, faisant valoir que le moment choisi pour effectuer l'AIR est peut-être plus important encore que la méthode employée pour déterminer la qualité de l'évaluation des solutions de rechange. Il relève par ailleurs que l'obligation faite de procéder à une AIR en plusieurs étapes semble favoriser un recours plus précoce à l'AIR. Certaines données d'expérience de l'Australie en matière d'AIR en deux temps¹ semblent le confirmer, puisque des versions provisoires de documents AIR sont publiées aux fins de larges consultations publiques bien avant que les ministres n'examinent les documents finaux. Il est courant que ce processus se traduise par d'importantes améliorations de l'analyse et, bien souvent, par des modifications sensibles de la réglementation proposée.

Toutefois, il semble que l'AIR en plusieurs étapes est encore rare², peut-être parce que l'on redoute qu'un tel processus n'accroisse inutilement la complexité et la durée de la procédure et ne limite la capacité des responsables de la réglementation à réagir en temps opportun aux problèmes naissants. Par ailleurs, on estime qu'une AIR en plusieurs étapes risque dans bien des cas de nécessiter trop de moyens.

De nombreuses indications montrent que, très souvent encore, l'AIR est engagée trop tard dans le processus décisionnel, et sert en fait à justifier des choix réglementaires déjà arrêtés. Ainsi, au Royaume-Uni, le *National Audit Office*, qui examine chaque année un échantillon d'AIR, a fait récemment l'observation suivante :

[...] trop souvent, les AIR servent à justifier des décisions déjà prises au lieu de constituer une évaluation *a priori* des impacts des politiques. Pour que l'AIR puisse jouer le rôle qui est le sien d'éclairer et de remettre en question le processus d'élaboration des politiques, elle doit être engagée plus tôt dans le processus décisionnel et se traduire par une large consultation avec les principales parties prenantes³ [...]

En Australie, une étude récente des AIR a montré qu'environ 14 % des projets de réglementation ayant fait l'objet d'une AIR en 2004-05 avaient été largement remaniés au cours du processus d'analyse. Toutefois, des responsables de la réforme de la réglementation ont indiqué que le degré d'attachement à l'AIR en tant que partie intégrante de tout bon processus réglementaire varie considérablement d'un responsable à

l'autre au sein des organismes de réglementation. Ils ont ajouté qu'il n'était pas encore possible de discerner, chez les responsables de la réglementation, le « changement culturel » dont on attend depuis longtemps qu'il les amène à faire de l'AIR un instrument stratégique fondamental⁴.

Encadré 2.1. Les grands problèmes de l'AIR

L'analyse d'impact de la réglementation (AIR) est l'un des outils les plus importants dont disposent les administrations pour garantir la qualité de leurs réglementations. Elle vise à inciter les décideurs à adopter les solutions en matière de réglementation les plus efficaces et les plus efficaces, en exigeant le recours à des techniques fondées sur les éléments d'observation pour l'analyse des options réglementaires. La majeure partie de la Liste de critères de l'OCDE de 1995 a trait aux bonnes pratiques en matière d'AIR.

L'OCDE recommande l'utilisation des AIR depuis un certain nombre d'années déjà : dès 1995, elle a publié une Recommandation du Conseil concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle. En 1997, le rapport de l'OCDE intitulé *L'analyse de l'impact de la réglementation : Meilleures pratiques dans les pays de l'OCDE* a dressé une liste de bonnes pratiques en matière d'AIR. En 2005, les *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation* ont mis à nouveau l'accent sur l'utilisation des AIR.

L'AIR est un processus exigeant qu'il faut sans cesse retravailler avec le temps. Si les pratiques en la matière varient beaucoup d'un pays de l'OCDE à l'autre, les difficultés d'application rencontrées sont notamment les suivantes :

- *Omissions.* Il arrive que certains éléments de l'appareil réglementaire ne soient pas soumis à l'AIR, notamment à l'échelon infranational.
- *Mauvaise utilisation des techniques d'évaluation.* Souvent, l'analyse coûts-avantages (ACA) et d'autres méthodes ne sont pas correctement utilisées.
- *Respect insuffisant des règles.* Des réglementations mal élaborées ne font souvent l'objet d'aucune contestation.
- *Complexité et fragmentation.* Il existe parfois trop de listes de référence qui peuvent couvrir un éventail surprenant de questions.
- *L'AIR n'est pas ciblée sur les dispositions les plus importantes.* Pour éviter toute surcharge administrative, l'AIR doit être ciblée sur les réglementations ayant les incidences potentielles les plus fortes et les chances les plus importantes de faire évoluer la situation.
- *Mauvaise intégration de l'AIR aux processus de consultation.* L'AIR est souvent séparée des processus de consultation ou non incluse dans ceux-ci, ce qui limite son efficacité pratique.

Portée des obligations en matière d'AIR

Un facteur fondamental de la capacité d'une AIR à améliorer la qualité de la réglementation réside dans l'étendue de son champ d'application. En principe, une AIR est obligatoire pour tous les instruments réglementaires susceptibles d'avoir des coûts importants. En revanche, l'AIR ne devrait pas être exigée pour les réglementations relativement mineures car elle ne pourrait guère améliorer leur qualité.

Éventail des instruments réglementaires assujettis à l'AIR

Des travaux antérieurs de l'OCDE ont souligné que c'est lorsqu'elle est appliquée à la législation primaire que l'AIR est susceptible d'avoir le plus d'avantages, car c'est à ce

niveau que la réglementation a les impacts les plus prononcés. Toutefois, l'application de l'AIR à une législation secondaire importante devrait aussi se révéler très productive.

L'Inventaire des AIR réalisé par l'OCDE en 2004 a montré que, en dépit d'un élargissement considérable du champ d'application de l'AIR ces dernières années, il subsiste à cet égard de fortes divergences entre les pays de l'OCDE. La majorité des pays appliquent désormais l'AIR à leur législation primaire comme à leur législation secondaire. Toutefois, une importante minorité de pays continuent de ne l'appliquer qu'à l'une ou à l'autre de ces catégories de lois; ils se partagent à peu près également entre ceux qui n'appliquent l'AIR qu'au droit primaire et ceux qui l'appliquent uniquement au droit secondaire.

On retrouve des variations analogues au niveau infranational. Par exemple, l'administration fédérale australienne applique l'AIR à la fois à la législation primaire et à la législation secondaire, mais un seul État (le Victoria) en fait autant. Les autres appliquent l'AIR soit à leur législation primaire, soit à leur législation secondaire, ou ne l'appliquent pas du tout.

On ne dispose que d'informations limitées sur les motifs qui ont conduit de nombreux pays à n'appliquer l'AIR qu'à certaines catégories de législation. L'une des raisons pour lesquelles l'AIR n'est appliquée qu'à la législation secondaire tient probablement au fait que les gouvernements et/ou les parlements estiment qu'il est davantage nécessaire d'encadrer un pouvoir de réglementation délégué qu'un pouvoir exercé directement. De fait, l'historique de la mise en œuvre des AIR montre que l'obligation d'AIR est fréquemment perçue comme un empiètement injustifié sur le pouvoir de décision des responsables de la réglementation. Il ne serait donc pas surprenant de constater que de nombreuses administrations ont estimé ne pas devoir s'autocontrôler directement en assujettissant la législation primaire à une AIR.

Une deuxième raison pour laquelle l'AIR n'est appliquée qu'à la législation secondaire est que beaucoup de pays jugent les processus d'élaboration du droit primaire foncièrement plus solides que ceux appliqués au droit secondaire, et donc plus susceptibles de produire systématiquement un résultat de qualité. Ainsi, le Canada fait observer (OCDE, 2004) que, s'il n'impose officiellement d'AIR que pour la législation secondaire, le processus d'adoption des textes législatifs votés par le Parlement comporte normalement une série d'éléments propices à l'élaboration d'une législation de grande qualité, notamment des consultations avec les parties prenantes, une discussion des mesures proposées entre ministères de mandats différents, une discussion de la proposition par le Conseil des ministres et un débat public au Parlement à l'occasion du processus législatif.

Certes, on peut penser que les procédures généralement plus longues appliquées à la législation primaire permettent d'en faire ressortir les lacunes de manière plus fiable, de recenser les solutions de rechange possibles et de fournir des informations importantes sur l'impact probable du projet de loi. Toutefois, contrairement à l'AIR, ces processus ne nécessitent pas que l'on procède à un recensement et à une évaluation systématiques des coûts et avantages de la mesure proposée, pas plus qu'ils ne fournissent de démarches méthodologiques normalisées à suivre pour l'analyse de ces impacts et l'interprétation des résultats obtenus.

Dans les cas où l'AIR n'est effectuée que pour la législation primaire, on peut penser que cette décision s'inscrit dans le cadre d'une démarche extrêmement ciblée, traduisant la nécessité de concentrer des compétences techniques limitées en matière d'AIR sur les utilisations les plus productives, en particulier lors des premiers stades de la mise en œuvre d'une AIR.

La question du champ d'application de l'AIR comporte d'autres aspects. Dans les cas en particulier où des obligations en matière d'AIR sont prévues par un texte législatif, certains pays ont constaté qu'elles ne couvrent que certaines catégories de législation secondaire et qu'elles en omettent d'autres ayant un impact analogue, mais un statut juridique différent. Par exemple, aux États-Unis, l'AIR n'est obligatoire que pour la législation secondaire (c'est-à-dire les règles édictées par des organismes de réglementation) mais, même dans ce cas, les règles édictées par les organismes de réglementation « indépendants » échappent au champ d'application de l'AIR.

Tests de seuil

Tandis que l'analyse ci-dessus s'est focalisée sur les « lacunes » du champ d'application de l'AIR, l'expérience de certains pays montre que l'on reproche parfois à l'AIR de faire l'objet d'une application trop étendue, en ce sens qu'elle est appliquée soit à une réglementation n'ayant que des répercussions relativement mineures, soit à une réglementation pour laquelle il n'existe que peu de solutions de rechange envisageables, voire aucune. En l'occurrence, il est à craindre que dans ces cas le processus AIR lui-même ne présenterait pas un bilan coûts-avantages satisfaisant.

Une question importante à cet égard tient semble-t-il à la difficulté de fixer des seuils convenables pour l'application d'une AIR à une réglementation relativement mineure. La majorité des pays ont adopté des mécanismes formels de « filtrage » qui limitent le nombre de réglementations assujetties à une obligation d'AIR et, dans certains cas, modulent la portée de l'AIR requise en fonction des critères de seuil définis. Toutefois, il existe des différences considérables selon les pays quant à la nature des filtres appliqués.

Plusieurs pays ont fixé des seuils quantitatifs en termes de coûts réglementaires pour déterminer les obligations en matière d'AIR, mais ces seuils ont le plus souvent été complétés par des critères qualitatifs. Par exemple, les États-Unis ont défini en 1981 les réglementations « majeures » comme étant celles susceptibles d'entraîner des coûts annuels de plus de 100 millions de dollars, d'imposer des augmentations de coûts importantes à un secteur spécifique ou à une région particulière ou d'avoir d'importants effets négatifs sur la concurrence, l'emploi, l'investissement, la productivité ou l'innovation (OCDE, 1999a). De même, en Corée, indépendamment du seuil chiffré, une AIR quantitative doit être effectuée si la réglementation en cause touche plus d'un million de personnes, s'il y a une nette restriction de la concurrence sur le marché ou si la mesure s'écarte manifestement des normes internationales (OCDE, 2001). Le Mexique a fixé trois niveaux d'AIR obligatoire, qu'il distingue les uns des autres par des seuils de coûts quantitatifs associés à des jugements qualitatifs sur le point de savoir si la réglementation en question aurait des répercussions non négligeables sur l'emploi ou sur la productivité des entreprises.

Beaucoup d'autres pays ont adopté des approches exclusivement qualitatives, l'AIR étant exigée dans les cas où les réglementations envisagées risquent d'imposer une « charge sensible », une « charge non négligeable », ou d'autres effets du même ordre.

Le champ d'application de tous ces critères varie lui-même d'un pays à l'autre. Dans certains cas, l'AIR est obligatoire dès lors qu'un impact sur un secteur quelconque de la société franchit le seuil fixé, alors que dans d'autres, seuls sont pris en compte les effets possibles sur les entreprises. Au Royaume-Uni, les impacts potentiels sur les entreprises, les organismes caritatifs et le secteur bénévole sont pris en compte pour déterminer si le seuil d'application de l'AIR a été franchi. À l'évidence, la théorie de l'économie du bien-être

qui sous-tend l'AIR conduit à penser que, quel que soit le seuil utilisé, il convient de l'évaluer d'après l'impact de la réglementation sur un secteur quelconque de la société, au lieu de se limiter à l'impact sur certains secteurs.

Les Pays-Bas ont une manière encore différente d'aborder la question du « filtrage » de la réglementation à des fins d'AIR. Ils ont mis en place depuis longtemps un processus d'AIR en deux temps, les résultats d'une AIR préliminaire étant évalués par l'autorité de réforme de la réglementation. Celle-ci décide alors s'il convient de procéder à une AIR complète et choisit les critères d'AIR à appliquer au projet de réglementation. La Commission européenne a récemment adopté une approche similaire.

Fait intéressant, aux Pays-Bas, lorsque le processus en deux étapes a été évalué en 2004-05, il a été conclu que l'application de l'évaluation initiale rapide n'avait pas notablement contribué à la qualité de l'AIR finale. Si l'on continue d'avoir une démarche critique à l'égard de l'application de critères d'AIR à certains projets de réglementation, il arrive souvent désormais que le test rapide ne soit plus utilisé; le Conseil des ministres devait prendre en considération en 2007 les modifications à apporter au processus d'AIR suite aux résultats de l'examen effectué.

Ces filtres semblent viser un certain nombre d'objectifs. Le plus manifeste est le souci de réduire la ponction que les obligations en matière d'AIR fondées sur une ACA exercent sur des ressources limitées. Cela donne à penser que des moyens relativement plus importants pourront alors être consacrés à la mise en œuvre d'une AIR visant la réglementation la plus importante. Dans le cas des Pays-Bas, une approche sélective des critères d'AIR pour certaines réglementations vise à faire en sorte que l'AIR soit adaptée au projet de mesure en question. D'une manière plus générale, en limitant l'obligation d'effectuer une AIR aux seules réglementations sur lesquelles son impact est susceptible d'être le plus marqué, avec des possibilités optimales d'agir sur les résultats réglementaires, on améliore non seulement le rapport coût-efficacité de l'AIR mais aussi sa crédibilité auprès des organismes de réglementation.

Peut-être est-ce le fruit du hasard : le nombre d'AIR réalisées chaque année affiche une certaine cohérence d'un pays à l'autre, en dépit des différences observées en ce qui concerne les critères de seuil utilisés pour la réalisation de l'AIR et l'ampleur des activités en matière de réglementation⁵. Au Royaume-Uni, quelque 200 AIR sont effectuées chaque année (NAO, 2006). Aux États-Unis, on en compte une centaine par an (OCDE, 2002)⁶. De même, en Australie, entre 80 et 100 AIR sont généralement menées chaque année dans le domaine de la réglementation fédérale (PC, 2005).

Portée analytique de l'AIR

Le deuxième groupe de questions méthodologiques abordées ici concerne la portée de l'analyse à entreprendre. Une ACA complète prend en compte les effets sur tous les groupes au sein de la société. Toutefois, du fait peut-être de la genèse historique et politique des programmes de réforme de la réglementation dans de nombreux pays, il est courant de constater qu'une attention particulière est accordée à l'impact sur les entreprises (et/ou, dans certains cas, sur les petites entreprises). Dans d'autres cas, même si tous les impacts possibles doivent être évalués, le seuil appliqué pour déterminer la nécessité d'engager ou non une AIR tient compte de la probabilité d'un impact majeur sur les entreprises. Il va sans dire que la plupart des pays ont fixé des exigences assez sévères s'agissant des impacts sur le budget public. Ces exigences sont souvent antérieures à

l'entrée en vigueur de l'AIR et s'expliquent essentiellement par le fait que l'élaboration du budget (impôts et dépenses) donne lieu à des contrôles mieux établis, et non par l'effet spécifique des obligations en matière d'AIR.

L'AIR commence souvent par l'obligation d'analyser les impacts potentiels d'un projet de réglementation sous un ou plusieurs angles partiels, avant d'être progressivement étendue avec le temps⁷. Cet élargissement du champ de l'évaluation demandée semble refléter en partie des considérations d'ordre pragmatique : au fur et à mesure que l'on acquiert de l'expérience en matière d'AIR, on acquiert également des compétences, de sorte qu'une analyse plus étendue devient réalisable. De même, l'AIR est de mieux en mieux acceptée par les parties prenantes à mesure qu'elle est mieux comprise. Ainsi que le Royaume-Uni l'a relevé, la mise en place d'une obligation d'analyse de plus grande portée, se substituant à des évaluations partielles, a également pour effet de faire accepter l'AIR en tant qu'outil neutre, fondé sur l'observation des faits. C'est ce qui s'est produit au Royaume-Uni en 1996, où l'on est passé d'une évaluation du coût de conformité, axée sur les coûts pour les entreprises, à des AIR englobant les effets économiques, sociaux et environnementaux.

On peut faire une distinction entre, d'une part, les pays ou ensembles de pays ayant progressivement élargi l'éventail des impacts devant faire l'objet d'une évaluation, mais ayant entrepris chacune de ces évaluations séparément (par exemple, la CE avant 2003 et la Finlande, qui exige des évaluations des répercussions sur le budget, l'économie, l'organisation et la main-d'œuvre, l'environnement, la société et la santé, la politique régionale et l'égalité hommes-femmes, toutes ces évaluations devant être conduites séparément par les ministères concernés) et, d'autre part, les pays qui ont élargi leurs exigences en matière d'évaluation dans le contexte d'un seul et unique document d'évaluation d'impact (le Royaume-Uni, par exemple).

Il apparaît que les Pays-Bas font également partie du groupe de pays qui procèdent à plusieurs AIR partielles, largement séparées. Aux Pays-Bas, une nouvelle politique en matière d'AIR mise en œuvre au début de 2003 exige la réalisation de quatre tests différents : impact sur les entreprises, impact sur l'environnement, prévisibilité et applicabilité, et analyse coûts-avantages. La qualité de chacun de ces tests doit être jaugée par un ministère différent : le ministère des Affaires économiques pour l'impact sur les entreprises, le ministère de l'Environnement pour l'impact sur l'environnement, et le ministère de la Justice pour la prévisibilité et l'applicabilité. L'analyse coûts-avantages (ACA) doit préciser les « conséquences financières » du projet de loi. Il semble donc que l'ACA ne vise pas à intégrer les trois autres tests en une seule et même analyse, mais correspond plutôt à une analyse limitée, axée spécifiquement sur les coûts et avantages directement mesurables en dollars. Le caractère apparemment distinct des divers tests à entreprendre dans le cadre d'une AIR reflète la vision plus globale de la réforme réglementaire aux Pays-Bas, où il n'existe pas d'autorité centrale chargée de la réforme de la réglementation et où un certain nombre de ministères différents assument des responsabilités spécifiques en la matière⁸. Les Pays-Bas estiment que cette répartition des responsabilités permet à plusieurs ministères d'œuvrer activement à la réalisation des objectifs de la réforme.

Il existe une deuxième tendance concernant les analyses d'impact partielles. Dans certaines conditions où l'AIR prévoit déjà l'obligation de procéder à une ACA de large portée, on introduit des obligations supplémentaires stipulant qu'une attention particulière est accordée aux impacts sur certains groupes (les petites entreprises, certaines régions, la famille), obligations qui peuvent être plus ou moins intégrées à

l'obligation de procéder à une ACA générale. Au Royaume-Uni, le *National Audit Office* (NAO, 2006) a commenté récemment ce phénomène :

Au départ, le processus d'AIR a pris la forme d'une analyse coûts-avantages du projet de réglementation et d'une obligation d'étudier ses impacts spécifiques sur les petites entreprises et la concurrence. Il a été élargi depuis et complété par une série d'autres tests [...]

Ce rapport énumère ensuite les autres évaluations d'impact spécifiques ou partielles qui sont actuellement requises dans le cadre de l'AIR britannique :

- Évaluation de l'impact sur l'aide juridictionnelle.
- Évaluation de l'impact sur l'égalité raciale.
- Évaluation de l'impact sur la santé.
- Évaluation de l'impact sur les régions rurales.
- Développement durable.
- Tests d'impact sur les petites entreprises.
- Évaluation de la concurrence.

De même, l'Australie exige des évaluations de l'impact régional et de l'impact sur les entreprises, et le gouvernement a aussi accepté en principe d'exiger des évaluations d'impact sur les familles dans le cadre du processus d'AIR. Si des honoraires ou des frais sont exigibles, une déclaration d'impact sur la récupération des coûts doit également être établie.

Au Canada, un test d'impact sur les entreprises doit être mené dans le cadre de l'obligation d'AIR; l'autorité de réforme de la réglementation a publié des lignes directrices distinctes sur la marche à suivre à cet égard. En Nouvelle-Zélande, une analyse séparée des coûts de conformité des entreprises doit être effectuée et présentée en même temps que l'AIR; elle a pour but de minimiser les charges administratives. L'obligation de procéder à une analyse séparée sur ce point constitue une exception par rapport à la démarche générale adoptée en Nouvelle-Zélande, où les analyses d'impact sur la concurrence, l'ouverture des marchés, les petites entreprises, les régions et certaines catégories sociales doivent toutes faire partie de l'AIR proprement dite.

L'obligation de procéder à une analyse explicite de différents impacts sectoriels concerne en général des catégories dont les revendications sont jugées particulièrement convaincantes du point de vue redistributif. L'apparente multiplication de ces exigences est probablement la conséquence d'une préoccupation ancienne, exprimée dans beaucoup de pays, à savoir que l'AIR néglige la plupart du temps les aspects redistributifs de la politique, et constitue donc un guide insuffisant, voire trompeur, pour l'action des pouvoirs publics. Si de telles critiques n'ont pas toujours été fondées, ces demandes d'analyse explicite des impacts sectoriels peuvent manifestement avoir des répercussions politiques importantes. En évitant un reproche souvent formulé à l'encontre des AIR et en confirmant que les impacts redistributifs seront dûment pris en compte, les autorités peuvent favoriser une plus grande adhésion au concept de l'AIR de la part d'un éventail élargi de parties prenantes.

Toutefois, l'OCDE (2002) souligne que ces démarches peuvent avoir des effets négatifs. Le risque existe notamment de ne pas réussir à faire la synthèse d'analyses sectorielles multiples et parfois contradictoires pour aboutir à une seule conclusion stratégique, concise et cohérente. En outre, la réalisation de plusieurs analyses sectorielles distinctes

peut alourdir le coût en ressources d'une AIR. De surcroît, comme indiqué plus haut, le fait de recenser des groupes sectoriels dont on estime qu'ils méritent une attention spéciale dans le cadre d'une AIR peut donner à penser que les impacts sur ces groupes devraient être d'une manière ou d'une autre plus fortement pondérés. Il peut effectivement s'avérer que les pouvoirs publics sont disposés à faire le choix politique d'accorder parfois plus de poids à certains impacts. Dans ces conditions, il est essentiel que l'ampleur et la raison d'être d'une telle surpondération soient précisées dans l'AIR si l'on veut maintenir la transparence et la cohérence de chaque AIR mais aussi la comparabilité d'une AIR à l'autre.

Il est, de toute évidence, essentiel d'intégrer ces analyses partielles à l'analyse coûts-avantages globale si l'on veut éviter qu'elles ne compromettent sérieusement la cohérence des politiques ou n'alourdissent inutilement le coût en ressources d'une AIR. Il est vraisemblable qu'en instaurant une obligation générale de veiller à ce que toutes les implications redistributives importantes d'une politique soient identifiées dans le cadre de la procédure d'AIR et que des documents sur les principaux impacts sectoriels soient ajoutés aux documents d'orientation en matière d'AIR, on apaiserait bon nombre des craintes sous-jacentes ayant donné lieu à ces analyses partielles supplémentaires, tout en réduisant les risques susmentionnés. Cela dit, il est presque certain qu'une telle obligation sera moins efficace pour répondre au besoin politique de convaincre les parties prenantes que ces impacts sont dûment pris en compte.

Encore une fois, il ressort des principes fondamentaux de l'économie de bien-être que l'AIR doit comprendre une évaluation des impacts sur toutes les catégories de la société. De plus, les impacts de toutes sortes doivent être évalués dans le cadre de l'AIR. Si, pour un économiste, l'ACA tient nécessairement compte de tous les aspects positifs et négatifs, l'historique de la mise en œuvre de l'AIR montre que beaucoup de parties prenantes estiment que l'ACA est exclusivement axée sur les avantages et les coûts « économiques », et non sur les avantages et les coûts « sociaux » et « environnementaux ». En réalité, cette crainte est peut-être à l'origine de ce que l'on pourrait assimiler à un rejet explicite du principe de la maximisation des avantages nets. Ainsi, en 2005, une règle de décision concernant l'ACA dans le projet des lignes directrices en matière d'AIR du Canada stipule que :

Les [responsables de la réglementation] doivent examiner les avantages et les coûts globaux pour les Canadiens, les entreprises et le gouvernement, et choisir le projet le plus adéquat, qui ne sera pas nécessairement celui qui offre le plus d'avantages au moindre coût.

Dans ce contexte, on peut relever que la CE a introduit en 2003 une réforme fondamentale de sa vision de l'AIR, en remplaçant le recours aux analyses d'impact partielles séparées par une méthode analytique unique et intégrée. Peut-être afin de souligner que l'analyse coûts-avantages vise à être aussi large que possible, la Commission européenne parle à présent d'une « analyse d'impact intégrée », définie comme une approche analytique qui comprend une étude des avantages et des coûts économiques, sociaux et environnementaux. Dans ce cadre « intégré », il ne peut vraisemblablement pas y avoir d'objection à l'adoption d'une règle de maximisation de l'avantage net.

La crainte que l'AIR ne réussisse pas à prendre en compte tous les impacts possibles ayant trait au processus de décision des pouvoirs publics semble également expliquer une tendance récente en vertu de laquelle certains documents d'orientation en matière d'AIR⁹ exigent qu'une série d'impacts macroéconomiques soient évalués. Il s'agit notamment de

faire ressortir les impacts possibles de certaines interventions réglementaires sur l'emploi, le PIB, l'innovation, la pauvreté ou d'autres variables macroéconomiques importantes.

Cependant, de telles exigences sont nécessairement problématiques : une évaluation complète des impacts macroéconomiques suppose obligatoirement une modélisation économique complexe, fondée sur un modèle d'équilibre général. Si certaines AIR ont tenté de s'orienter dans cette direction, il est peu probable que cette technique soit réalisable dans la majorité des cas, vu la pénurie générale de compétences et de moyens disponibles pour les AIR dans la plupart des pays. En fait, comme l'ont souvent montré les examens par pays de l'OCDE de la réforme de la réglementation, de nombreuses administrations publiques (ou, du moins, les organismes de réglementation) n'ont même pas les compétences économiques requises pour effectuer des tâches d'AIR plus limitées, notamment des analyses coûts-avantages relativement complètes.

Dans ces conditions, imposer des analyses nettement plus exigeantes fondées sur des modèles d'équilibre général risque d'avoir des effets pervers, dans la mesure où il y aura détournement de moyens, au détriment des éléments de l'AIR le plus réalisables. Cela dit, on trouve dans les études sur la réglementation d'importantes analyses fondées sur un modèle d'équilibre général portant sur des interventions réglementaires majeures. Par exemple, dès 1990, Hazilla et Kopp présentaient une étude du coût des lois américaines relatives à la propreté de l'air et de l'eau, accompagnée d'un modèle dynamique d'équilibre général calculable (CGE) élaboré spécialement pour l'étude. L'une des principales conclusions de cette analyse était que le coût du respect de la réglementation constituait un indicateur relativement médiocre des variations du bien-être individuel (bien-être économique) (Kopp et al., 1997).

En résumé, ces approches plus globales offrent la possibilité de fournir une analyse nettement améliorée pour un nombre relativement réduit d'interventions réglementaires de grande portée, mais il est peu probable qu'elles constituent des solutions envisageables pour la majeure partie des projets assujettis à une AIR. De plus, les efforts déployés en vue de généraliser les obligations de ce type risquent de porter atteinte au soutien dont l'AIR bénéficie d'une manière générale, en confirmant les craintes de ceux qui, au sein de l'administration, sont de toute façon enclins à ne voir dans l'AIR qu'un facteur de paralysie, un processus qui consomme trop de ressources et produit des résultats trop techniques pour être utiles à la prise de décision au niveau politique.

De plus, certains commentateurs contestent, pour des raisons théoriques, l'idée d'exiger que l'AIR analyse l'impact sur certaines variables macroéconomiques comme la pauvreté ou l'innovation, du moins lorsque cette obligation s'applique à des projets de réglementation de moindre portée. Jacobs fait valoir que des variables macroéconomiques telles que l'innovation et la pauvreté (qui doivent obligatoirement être prises en compte, notamment d'après les documents d'orientation en matière d'AIR de l'Irlande) « ne résultent pas d'une seule intervention ou réglementation des pouvoirs publics, et il n'existe pas de technique analytique prévue dans le cadre d'une AIR qui permette d'analyser de tels impacts » et, plus généralement, « qu'aucune méthode n'est en mesure de cerner les impacts macroéconomiques d'une intervention microéconomique isolée, si ce n'est dans sa dimension la plus statique et à court terme ». Pour Jacobs, de telles exigences traduisent une « confusion fondamentale quant à l'objectif et aux limites de l'AIR » (Jacobs, 2006, pp. 82-83).

De même, une vision optimiste des conclusions analytiques susceptibles d'être tirées d'une AIR n'est peut-être pas la seule raison de cette insistance croissante sur les impacts

macroéconomiques. Une deuxième raison qui explique probablement la tendance à inclure une analyse macroéconomique dans l'AIR tient au fait que les responsables de la réglementation (ou les consultants économiques recrutés pour préparer une AIR) présentent parfois une analyse des avantages macroéconomiques à court terme du projet de réglementation afin de détourner l'attention des autres lacunes que celle-ci est susceptible de comporter. Une AIR récente sur des projets de réglementation exigeant l'installation de réservoirs pour le chauffage solaire de l'eau ou pour le captage des eaux de pluie dans toutes les nouvelles maisons construites dans l'État de Victoria, en Australie, vient étayer cette hypothèse¹⁰. Elle illustre certains problèmes clés que posent les tentatives engagées pour justifier une réglementation par ses avantages macroéconomiques supposés :

- On attend une progression du PIB du fait d'une réglementation rendant obligatoire le recours à une technologie susceptible de provoquer à court terme une substitution de productions nationales aux importations, mais les pertes d'efficience allocative ne sont pas prises en compte.
- De même, on attend des gains d'emploi par substitution au profit de produits à plus forte intensité de main-d'œuvre, mais les pertes probables en termes de productivité du travail (et de productivité totale des facteurs) ne sont pas prises en compte.

Qui plus est, si ces avantages potentiels ont été estimés par un modèle d'équilibre général, aucune analyse équivalente n'a été réalisée pour les principaux coûts inhérents au projet de réglementation.

De toute évidence, les autorités de réforme de la réglementation auraient dû être en mesure de reconnaître et de contester une analyse ainsi faussée dans le cadre même du processus d'évaluation de l'AIR. Le fait qu'elles ne l'ont pas fait montre peut-être que l'adoption de méthodologies économiques plus complexes dans le cadre des AIR suppose inévitablement des exigences plus importantes à l'égard des responsables de la réforme de la réglementation, au moins équivalentes à celles imposées aux responsables de la préparation des AIR.

Impact sur la concurrence

Une autre évolution témoignant d'un élargissement du champ des AIR tient au fait qu'un nombre grandissant de pays exigent désormais que l'AIR comporte un examen explicite des impacts possibles de la réglementation envisagée sur la concurrence. Étant donné que, d'une manière générale, les analyses de la concurrence sont axées sur la dynamique de marché, il est probable qu'au vu de cette tendance, l'on accorde avec le temps davantage d'attention ne serait-ce qu'à certains types de facteurs dynamiques dans le contexte de l'AIR. Par ailleurs, le concept même d'évaluation de la politique de la concurrence englobe de plus en plus ses aspects internationaux, constituant pour l'essentiel le concept « d'ouverture des marchés », bien que cette perspective élargie de la concurrence soit encore loin d'être universelle.

Toutefois, si l'Inventaire des AIR montre qu'un grand nombre de pays exigent que les questions de concurrence soient abordées, rares sont ceux qui fournissent à ce sujet des orientations précises. Les travaux actuels de l'OCDE sont axés sur les moyens d'intégrer efficacement l'analyse de la politique de la concurrence à l'AIR, notamment en fournissant des directives adaptées aux auteurs d'AIR. Cette tendance reflète les initiatives engagées récemment dans quelques pays membres. Ainsi, le Royaume-Uni a adopté un test spécifique d'impact sur la concurrence, censé être utilisé dans le cadre de l'AIR¹¹. En outre,

aux Pays-Bas, le test d'impact sur les entreprises comporte des questions relatives aux effets sur la concurrence des projets de réglementation, certains de ces effets étant formulés dans le contexte d'un exercice comparatif. Ainsi, le document contient une question relative à l'existence de réglementations équivalentes dans les pays concurrents les plus pertinents au vu des secteurs d'activité concernés. Par ailleurs, d'autres questions demandent si la réglementation proposée va au-delà des exigences d'une quelconque Directive pertinente de l'UE et exige que toute réglementation plus restrictive que la norme équivalente de l'UE soit explicitement justifiée. Enfin, le Test d'impact sur les entreprises prévoit également un test des « mécanismes de marché », auquel il convient de répondre par une série de tests normalisés afférents à la concurrence.

Méthodologie de l'AIR

Les Principes énoncés par l'OCDE en 1997 indiquent qu'il convient « d'adopter une méthode d'analyse cohérente mais flexible » en matière d'AIR. Par la suite, c'est l'ACA qui a été reconnue comme étant « l'étalon-or » des méthodes à suivre en la matière (OCDE, 2002). Toutefois, une série d'autres méthodes sont couramment employées, du fait en partie des difficultés pratiques que posent les analyses coûts-avantages quantitatives concernant les projets de réglementation.

Analyse coûts-avantages

De précédents travaux de l'OCDE (voir OCDE, 2002) ont montré que la complexité de la méthodologie AIR tend à augmenter au fur et à mesure que les responsables acquièrent expérience et compétences. C'est ce que prouvent également les résultats des enquêtes successives de l'OCDE sur les indicateurs en matière de réglementation, qui montrent que l'analyse coûts-avantages (ACA) est de plus en plus systématiquement adoptée comme mécanisme formel de l'AIR dans les pays de l'OCDE. Les résultats des enquêtes montrent également que l'obligation de quantifier coûts et avantages a été mise en œuvre par un nombre important de pays faisant usage de l'AIR.

Toutefois, il semble largement admis que de ces exigences qui constituent des « pratiques exemplaires » ne sont que très rarement respectées dans le cadre des différentes AIR. Même les pays ayant la plus longue expérience de la mise en œuvre des AIR reconnaissent qu'une proportion encore assez faible d'AIR réussissent véritablement à chiffrer les coûts et avantages et produisent un résultat valable pour la valeur actuelle nette. On ne dispose apparemment que de peu de données chiffrées indiquant dans quelle mesure les AIR parviennent à quantifier coûts et avantages globalement. L'Inventaire des AIR présente des données concernant l'EPA (Agence de protection de l'environnement) des États-Unis montrant que 39 % seulement des AIR préparées par cet organisme ont abouti à un avantage net au cours de la période 1996-99. Toutefois, ces chiffres constituent une amélioration notable par rapport à ceux des périodes antérieures. Selon une analyse menée en Australie en 2001, 29 % seulement des AIR donnaient un chiffrage intégral des coûts. Toutefois, une analyse plus récente menée dans l'État de Victoria a montré une progression du pourcentage des AIR quantifiant les coûts, passé de 17 % à 50 % en une année seulement¹², ce qui souligne peut-être l'importance du rôle de l'autorité centrale de réforme de la réglementation dans la mise en place de contrôles de qualité des AIR¹³.

Des observations ponctuelles émanant d'un certain nombre de pays membres donnent également à penser que le degré de chiffrage des avantages et des coûts continue de croître. Une chose est certaine, de nombreux pays ont récemment pris des initiatives visant à renforcer

le degré de rigueur des AIR, ce qui a amené Jacobs (2006) à parler de « tendance globale vers une plus grande rigueur et davantage de quantification dans les AIR ». Toutefois, il semble que l'objectif de la quantification et du chiffrage complets des coûts et des avantages n'est pas atteint dans la majorité des cas. De plus, les carences des données, les restrictions de moyens et d'autres facteurs font que cet objectif risque d'être toujours hors de portée.

Ces différents problèmes sont suffisamment difficiles pour avoir conduit certains à s'interroger sur la question de savoir s'il est véritablement possible et souhaitable de faire de l'ACA la méthode obligatoire devant sous-tendre l'AIR. Toutefois, comme l'OCDE l'a fait remarquer (2002), le recours à l'ACA s'inscrit dans le cadre du principe sous-jacent de l'économie de bien-être (et de la politique en matière de réglementation) selon lequel les avantages d'un projet de mesures pour la société dans son ensemble doivent être supérieurs à son coût. L'adoption de l'analyse coûts-avantages en tant qu'obligation formelle permet de faire en sorte que l'approche de l'AIR soit la plus large possible et de maximiser ainsi sa contribution à l'élaboration des politiques.

En cas d'incertitude et d'insuffisance des informations, l'ACA est particulièrement utile lorsqu'elle explicite les hypothèses et les évaluations sous-jacentes et qu'elle s'accompagne d'analyses de sensibilité élaborées concernant les principales variables. Toutefois, il faut aussi qu'elle intègre correctement les aspects quantitatifs et qualitatifs, afin que les facteurs non quantifiables ne soient pas exclus de fait de l'analyse.

De plus en plus, les pays en pointe en matière d'AIR insistent sur la nécessité d'une intégration systématique et approfondie d'analyses quantitatives et qualitatives et de données mesurées ou non en termes monétaires afin de produire des AIR qui soient aussi larges et pertinentes que possible dans le contexte de l'élaboration des politiques et qui tiennent effectivement compte des arbitrages et des interactions politiques. Jacobs (2006) qualifie cette approche « d'analyse coûts-avantages douce ». Toutefois, la Commission européenne souligne que cette démarche, bien qu'axée sur une meilleure intégration de toute une série d'impacts quantifiables et non quantifiables, correspond également aux normes améliorées d'analyse économique et de quantification des coûts et des avantages :

L'évaluation des répercussions économiques doit être renforcée de manière à contribuer aux objectifs de la nouvelle Stratégie de Lisbonne. Le renforcement du pilier économique de l'évaluation d'impact ne remet en aucune manière en cause l'importance du développement durable et de l'approche intégrée, qui reste le fondement de la stratégie de la Commission (Commission européenne, 2005).

Si l'on veut effectivement pouvoir réussir cette intégration des différents éléments de l'AIR, il faudra probablement recourir à un éventail de stratégies et d'instruments méthodologiques, dont beaucoup n'ont peut-être pas encore été adoptés dans le cadre des AIR. Certains ne sont que des variations relativement simples sur le thème de l'ACA : par exemple, on peut recourir à un calcul au point mort pour préciser la nature des jugements qualitatifs nécessaires si la réglementation doit être considérée comme offrant au total des avantages nets. D'autres éléments relèvent de disciplines bien distinctes, dont beaucoup n'ont reçu que peu d'attention à ce jour dans le contexte de la politique de la réglementation.

Par exemple au début des années 90, Kaplan et Norton ont mis au point la méthode de la « Balanced Scorecard » (carte de pointage équilibrée) en tant qu'outil de gestion stratégique devant permettre aux gestionnaires d'entreprises d'intégrer les considérations financières et non financières. En Australie, un document d'orientation en matière d'AIR propose le recours à cette méthode lorsque certains impacts importants de projets de

réglementation sont impossibles à quantifier et que ces impacts non quantifiables sont essentiels au choix de la réglementation¹⁴.

Peut-être sera-t-il important à l'avenir de trouver des instruments comme celui-ci et d'en évaluer l'utilité aux fins de l'AIR (instruments susceptibles d'être décrits dans les publications en matière de gestion et ailleurs), si l'on veut que l'accent mis actuellement sur la nécessité d'une « analyse intégrée » ou d'une ACA « douce » se traduise en véritables améliorations de la méthodologie AIR et de la contribution de l'AIR au processus d'établissement des règlements. Déterminer la manière dont ces instruments peuvent servir dans le contexte spécifique de la prise de décision en matière de réglementation risque de poser demain une difficulté particulière aux autorités de réforme de la réglementation.

En résumé, il semble que la nécessité de mettre le principe coûts-avantages au cœur de la méthodologie AIR soit de plus en plus généralement acceptée, le centre de gravité du débat penchant de plus en plus vers la question de savoir comment intégrer effectivement les composantes quantitative et qualitative de l'analyse dans un tout cohérent pour faciliter au mieux le processus décisionnel.

Évaluation d'une vie statistique. Dans de nombreux pays (et dans la plupart des principaux pays en pointe dans le domaine de l'AIR), les orientations en matière d'AIR insistent sur la nécessité de quantifier les impacts dans la mesure du possible et d'assigner des valeurs monétaires lorsque cela est faisable. Dans le contexte de la réglementation sociale traitant des questions de santé et de sécurité, cela suppose l'adoption de lignes directrices sur l'évaluation d'une vie statistique épargnée.

Comme Viscusi le fait régulièrement remarquer, si l'on veut maximiser le rapport coût-efficacité de la réglementation, il est nécessaire que le rapport coût-efficacité des différentes réglementations prises individuellement fasse l'objet d'une péréquation. En d'autres termes, tant que les ressources susceptibles d'être affectées à la réglementation seront limitées, la recherche d'une efficacité globale oblige à renoncer aux choix réglementaires moins efficaces, au profit des options plus rentables. Ainsi, dans le contexte de la santé et de la sécurité, le « coût d'une vie statistique épargnée » doit être uniformisé à l'échelle de différentes réglementations.

Il est rare que les lignes directrices en matière d'AIR fournissent sur ce point des indications concrètes aux responsables de la réglementation. Tel est encore le cas des principaux documents d'orientation en matière d'AIR, et ce même dans les pays en pointe dans ce domaine. Ainsi, les lignes directrices australiennes (qui datent de 1998) n'abordent à aucun moment la notion de valeur de la vie statistique (VVS), tandis que le guide plus général de l'ACA auquel elles renvoient¹⁵ traite des différentes méthodologies d'évaluation et de leurs fondements conceptuels et recommande que les évaluations de la valeur de la vie statistique reposent sur la notion de consentement à payer plutôt que sur le modèle du capital humain. Toutefois, il se refuse à préconiser l'adoption d'une valeur donnée exprimée en dollars. Au Royaume-Uni, les documents d'orientation en matière d'AIR conseillent de procéder à une estimation de la valeur de la vie statistique épargnée, mais ils ne donnent aucune indication spécifique quant aux valeurs acceptables ou non acceptables¹⁶.

Au Canada, le *Guide de l'analyse coûts-avantages pour les programmes de réglementation*¹⁷, publié en 1995, s'il ne préconise explicitement aucune valeur particulière de la vie statistique, relève que : « la plupart des estimations sont dans la fourchette d'un million à 10 millions de dollars. » Toutefois, il note également que certains services fédéraux ont mis au point leurs propres

évaluations explicites du coût d'une vie et en approuvent implicitement l'usage dans le contexte des AIR¹⁸.

Si l'on constate une relative pénurie d'indications sur la manière d'évaluer la vie statistique, il semble que certains documents d'orientation adoptés récemment contribuent à combler cette lacune. Ainsi, les lignes directrices en matière d'AIR adoptées en 2003 aux États-Unis notent, comme pour la démarche canadienne susmentionnée, que la plupart des estimations de la valeur d'une vie statistique contenues dans les publications sur le risque se situent dans une fourchette allant de 1 à 10 millions de dollars.

Encadré 2.2. **Évaluation d'une vie statistique : Méthodes du capital humain et du consentement à payer**

On distingue principalement deux méthodes d'évaluation d'une vie statistique dans le contexte de l'analyse coûts-avantages (ACA) :

L'approche dite du **capital humain** établit une équivalence entre la valeur d'une vie humaine et la productivité de l'individu, mesurée par le flux actualisé des gains futurs attendus.

La méthode dite du **consentement à payer** ou du **dédommagement nécessaire** calcule une valeur de la vie humaine à partir de la prime salariale nécessaire à titre de dédommagement aux employés qui occupent un emploi comportant un risque de décès plus élevé.

La méthode du capital humain donne une valeur *a posteriori* de la vie, fondée sur les sommes perdues du fait du décès. Ainsi, elle accorde implicitement une plus grande valeur aux vies statistiques des jeunes ou des individus ayant des revenus plus élevés. Par contre, l'analyse empirique semble indiquer que la méthode du consentement à payer varie peu en fonction de l'âge (Alberini, 2002). Du point de vue de l'économie du bien-être et de l'action des pouvoirs publics, il est plus pertinent de savoir qui est disposé à payer pour réduire le risque d'un décès prématuré. Ainsi, la méthode fondée sur la notion de consentement à payer est souvent réputée préférable dans des contextes tels que ceux de l'AIR.

En général, les calculs effectués selon l'une ou l'autre méthodologie donnent des résultats nettement différents, les chiffres obtenus par la technique du consentement à payer étant presque systématiquement très supérieurs à ceux que donne la méthode du capital humain. En témoigne le large éventail d'estimations couramment utilisées et citées plus haut au sujet des guides en matière d'AIR des États-Unis et du Canada.

Source : *Handbook of Cost-Benefit Analysis*, ministère des Finances et de l'Administration (Australie), janvier 2006.

Les Lignes directrices concernant l'analyse d'impact¹⁹ de la Commission européenne (2005) renferment, elles aussi, des indications quantitatives précises sur la manière d'évaluer une vie statistique. La CE propose une évaluation dite « de base » qui se monte à 1 million d'euros, des analyses de sensibilité devant être engagées pour des valeurs de 2.5 millions d'euros et de 0.65 million d'euros, même si le fondement de ces propositions n'est pas développé. On trouve ici un éventail de valeurs plus réduit, la borne supérieure correspondant à une valeur légèrement inférieure à quatre fois la valeur de la borne inférieure. Toutefois, il apparaît que les valeurs sélectionnées dans ces deux documents d'orientation sont en grande mesure comparables. Exprimé en euros, l'intervalle de valeurs proposé dans le document d'orientation des États-Unis se situe entre 0.78 million et 7.8 millions d'euros.

En général, depuis quelques années, les auteurs des documents d'orientation apparaissent de plus en plus disposés à fournir une valeur spécifique aux estimations de la vie statistique dans le contexte de l'AIR et des orientations stratégiques générales. La réticence dont les administrations semblent avoir fait preuve à citer des chiffres précis se comprend aisément, car cette question est à l'évidence politiquement sensible, ne serait-ce que lorsqu'il s'agit de reconnaître explicitement que de tels arbitrages se font et doivent se faire. Dans ces conditions, on ne peut que trouver encourageants les signes précités de progrès dans la mise en place d'une base pour une l'élaboration plus cohérente des politiques dans ces domaines.

Taux d'actualisation sociale. L'Inventaire des AIR a fait ressortir l'importance du taux d'actualisation sociale, aspect clé de la méthodologie de l'ACA. Un taux d'actualisation adapté doit être appliqué aux analyses coûts-avantages si l'on veut que les résultats obtenus reflètent correctement les taux sociaux de préférence temporelle. Qui plus est, il convient d'adopter une utilisation cohérente des taux d'actualisation s'impose pour l'analyse des différents projets de réglementation si l'on veut garantir la cohérence des critères de décision et un emploi optimal des ressources affectées à la réglementation.

À la lecture des documents d'orientation en matière d'AIR, on constate des variations non négligeables des conseils afférents au taux d'actualisation. Par exemple :

- La CE recommande un taux d'actualisation réel de 4.5 %, indiquant que ce chiffre correspond au rendement réel moyen de la dette publique à long terme depuis les années 80.
- Le Danemark fixe son taux d'actualisation à 6 % dans son *Manuel d'analyse économique sociale*.
- Les États-Unis donnent une fourchette de taux réels et nominaux différents selon l'horizon temporel. Les taux réels vont de 3.0 % (3 ans) à 5.5 % (30 ans) et reposent sur le taux de rendement avant impôt des investissements dans le secteur privé ces dernières années (OCDE, 2004).
- Le Royaume-Uni fournit une formule, et non un taux, qui tient compte de la préférence temporelle des individus, de l'élasticité de l'utilité marginale de la consommation et de la croissance annuelle de la consommation par habitant (*ibid.*).
- L'Australie recommande un taux d'actualisation fondé sur le coût privé du capital à engager pour la majorité des emplois, mais elle ne donne aucun taux précis (DoFA, 2006).
- L'Unité d'AIR de la Nouvelle-Zélande recommande une série de taux d'actualisation qui varient en fonction des objectifs poursuivis, avec notamment des taux de 5 % à 7 % pour les projets de réglementation en matière de santé et de sécurité, le taux à long terme des obligations du gouvernement des États-Unis pour les textes afférents aux dépenses publiques et des taux inférieurs [non précisés] en ce qui concerne la réglementation en matière d'environnement (OCDE, 2004).

Au Canada, le Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada suggère de consulter des spécialistes pour estimer des taux d'actualisation adaptés au contexte réglementaire particulier, mais il indique qu'un taux d'actualisation sociale d'environ 10 % peut être considéré comme convenable, une fourchette de 7.5 % à 12 % étant acceptable. Le Guide de l'ACA pour les programmes de réglementation (1995) cite un guide antérieur (1976) et préconise un taux d'actualisation réel de 10 %, une analyse de sensibilité devant être effectuée avec des taux de 5 % et 15 %. Ces valeurs semblent nettement différentes de celles citées précédemment. Toutefois, le fondement conceptuel des valeurs canadiennes n'est pas connu.

Des taux d'actualisation réels plus élevés, tels que ceux qui sont proposés dans les documents d'orientation canadiens, auront pour effet de réduire la valeur actuelle nette estimative d'un large éventail de programmes de réglementation, étant donné que la réglementation suppose souvent des coûts importants au cours des premières années, alors qu'un grand nombre de ses avantages ne se font fréquemment sentir que plus tard. En fait, les détracteurs de l'AIR lui reprochent souvent ce qu'ils considèrent comme étant sa tendance à fausser le processus décisionnel au détriment des considérations de long terme. Toutefois, d'un point de vue économique, les taux d'actualisation utilisés dans le contexte de l'AIR doivent refléter les taux de préférence temporelle constatés au sein de la société concernée si l'on veut que la réglementation adoptée contribue effectivement à un accroissement du bien-être.

Bien entendu, chaque pays peut tout à fait avoir des raisons valables de retenir des taux d'actualisation spécifiques. Étant donné que, dans le contexte de l'AIR, le taux d'actualisation représente essentiellement le taux social de préférence temporelle, les différences à cet égard entre les populations des pays en question doivent se refléter dans des taux d'actualisation différents. Toutefois, l'ampleur des variations évoquée plus haut donne à penser qu'une partie au moins de cette différence est peut-être attribuable à la diversité des démarches conceptuelles adoptées. Encore une fois, il existe plus d'une démarche défendable. Cependant, un dialogue entre responsables politiques pourrait les aider à préciser les meilleures pratiques dans ce domaine.

De toute évidence, lorsque les études publiées donnent un ou plusieurs taux précis, il convient de veiller à ce que ces chiffres soient régulièrement revus et corrigés au besoin. Cela dit, comme l'indiquent quelques-unes des démarches précitées, les taux fournis doivent reposer sur des valeurs moyennes à long terme quelle que soit la référence utilisée, et non sur des valeurs ponctuelles. On peut en conclure qu'une modification fréquente des avis donnés quant aux taux d'actualisation ne devrait pas être nécessaire.

Dans l'optique réglementaire, le fait de donner des conseils précis sur cette question méthodologique et sur d'autres questions du même ordre reflète probablement les attentes des auteurs d'AIR qui, pour la plupart, n'ont pas les compétences voulues pour formuler leurs propres jugements à cet égard. De plus, comme indiqué précédemment, la publication d'un taux précis favorisera une certaine uniformisation des taux utilisés pour l'analyse des différentes réglementations. Si l'on estime parfois que les taux d'actualisation doivent varier en fonction du degré d'incertitude sur le point de savoir si telle ou telle réglementation produira effectivement les avantages attendus, il existe une autre méthode qui consiste à utiliser un taux d'actualisation commun et à pratiquer une analyse de sensibilité pour régler les aspects liés à l'incertitude.

Analyse coût-efficacité

Si l'on reconnaît généralement que l'ACA constitue l'idéal pour une AIR, certains pays en pointe pour la mise en œuvre des AIR admettent qu'il peut s'avérer intéressant d'adopter ou d'encourager le recours à une analyse coût-efficacité (ACE) dans certaines conditions. L'ACE se distingue de l'ACA par le fait qu'elle postule que l'objectif de la réglementation est donné et qu'elle classe simplement les différentes solutions de

rechange en fonction du coût de réalisation du résultat donné. De récentes orientations en matière d'AIR (2003) publiées aux États-Unis précisent :

[...] Il convient de préparer une ACE pour toutes les réglementations importantes dont les avantages principaux sont une amélioration de la santé et de la sécurité publiques, s'il est possible de mettre au point un instrument valable de mesure d'efficacité pour représenter les résultats attendus en matière de santé et de sécurité. Il convient également de procéder à une analyse coûts-avantages pour les grandes réglementations dans le domaine de la santé et de la sécurité dès lors qu'il est possible d'assigner des valeurs monétaires correctes aux principaux résultats attendus. En engageant ces analyses, il importe de garder à l'esprit l'objectif plus général de la cohérence analytique pour estimer les avantages et les coûts concernant l'ensemble des réglementations et des organismes, sous réserve de limitations légales. Négliger cette cohérence peut empêcher d'atteindre l'objectif d'une réduction maximale du risque pour un niveau donné de dépenses en ressources²⁰.

Il est à noter, cependant, que l'obligation fixée pour les réglementations de santé et de sécurité prévoit qu'il faut préparer à la fois une ACA et une ACE. La nécessité de préserver la cohérence analytique « sous réserve de limitations légales » traduit le fait que les mandats réglementaires contenus dans certaines législations empêchent dans la pratique que l'ACA serve de fondement au processus décisionnel, mais autorisent le recours à l'ACE. Cette situation expliquerait que le document d'orientation des États-Unis stipule que l'ACE doit être utilisée uniquement pour la réglementation en matière de santé et de sécurité, alors qu'il exige l'ACA pour toutes les réglementations.

En outre, il a été reconnu que l'ACE était un outil de décision susceptible d'être mieux accepté que l'ACA par les responsables de la réglementation ou les décideurs qui refusent d'appliquer une évaluation statistique de la vie humaine, des blessures, etc. Il faut par ailleurs admettre que, dès lors que des avantages sont quantifiés mais non monétisés, une analyse qui a pour objectif de respecter les exigences en matière d'ACA va inévitablement reprendre quelques-unes des caractéristiques d'une ACE. C'est vraisemblablement en réponse à ce problème que le document d'orientation des États-Unis précise que l'ACE est également obligatoire dans tous les cas où des « catégories d'avantages importants » ne peuvent pas être monétisés.

Prise en compte du risque et de l'incertitude

Les notions de risque et d'incertitude ont une place essentielle dans l'élaboration des politiques publiques et, partant, de l'AIR. Ces aspects ont été étudiés dans la publication de l'OCDE sur l'AIR parue en 1997 (OCDE, 1997), mais il faut noter qu'à cette époque on n'avait pas recensé de pratiques exemplaires concernant le traitement du risque et de l'incertitude. En 2004, l'Inventaire des AIR a montré que la plupart des pays exigent que l'évaluation du risque soit abordée dans le contexte de l'AIR, du moins jusqu'à un certain point :

De nombreux pays adoptent l'évaluation du risque dans le contexte de leur réglementation en matière de santé, de sécurité et d'environnement, parfois systématiquement, alors que d'autres ne l'exigent que pour les réglementations très importantes [...]. L'Australie, la Belgique, le Danemark, les États-Unis, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Royaume-Uni et l'UE requièrent une évaluation du risque dans tous les cas. L'Autriche, la République tchèque, la France, l'Allemagne, la Hongrie, la Norvège, l'Islande, la Suède et la Suisse ne l'exigent que dans certains cas. Des pays

comme la Finlande et le Japon demandent une évaluation du risque pour toutes les réglementations en matière d'environnement, mais dans certains cas seulement s'agissant du domaine de la santé ou de la sécurité.

Ces données d'ordre général sur les pratiques nationales fournissent peu d'informations précises concernant la nature des évaluations du risque utilisées et les objectifs poursuivis. L'évaluation du risque peut viser un certain nombre de buts dans le cadre du processus de l'AIR.

Critères de seuil

Étant donné les limites de la réglementation, la plupart des orientations en matière d'AIR soulignent la nécessité d'adopter un critère de seuil pour déterminer si le problème défini justifie une réponse des pouvoirs publics. Toutefois, il est rare que l'on trouve dans les documents d'orientation de l'AIR des indications spécifiques sur les modalités d'application de ces critères de seuil, de même qu'il n'est pas courant de recourir à un seuil quantitatif pour distinguer les risques acceptables des risques inacceptables.

Sous l'angle de l'action publique, cette constatation n'a peut-être rien de remarquable. De toute évidence, il peut y avoir des risques politiques à fixer un ou plusieurs repères quantitatifs clairs, censés faire office de facteurs de distinction entre risques acceptables et risques inacceptables dans le contexte des politiques publiques. Toutefois, l'absence d'indications plus spécifiques ou plus concrètes concernant les règles de décision à respecter pour des évaluations du risque dans le contexte d'un critère de seuil a des répercussions négatives évidentes sur l'efficacité de l'action publique.

Le dernier document d'orientation pour l'AIR publié aux États-Unis évite de fournir la moindre estimation quantifiée de la notion de risques acceptables ou tolérables, pas plus qu'il n'aborde la question même de l'acceptabilité du risque. Toutefois, on trouve dans le texte un long débat de la question du traitement général du risque dans le cadre de l'AIR, avec notamment une indication des valeurs acceptables d'une vie statistique (voir ci-dessus).

Les documents australiens d'orientation en matière d'AIR comportent une analyse des questions de risque nettement moins technique que dans le document équivalent des États-Unis, mais ne donnent pas non plus d'évaluation quantifiée de ce qu'est un risque acceptable ou tolérable. Ils proposent toutefois la règle suivante, susceptible de faciliter la réduction des risques dans le contexte de la réglementation :

La mise en œuvre d'une proposition en vue de faire face au risque ne devrait pas avoir pour but de réduire le risque à tout prix ou de l'abaisser au maximum, mais plutôt de comparer les coûts et avantages d'une réduction du risque pour la collectivité (ORR, 1998).

On pourrait valablement soutenir que cette stratégie équivaut à une politique consistant à durcir une réglementation en matière de risque jusqu'à ce que les avantages et les coûts marginaux d'une réduction supplémentaire du risque s'équilibrent²¹. Le document d'orientation pour l'AIR de la Nouvelle-Zélande n'indique pas de seuil quantitatif pour mesurer les risques acceptables ou tolérables, pas plus qu'il n'analyse réellement la question de l'évaluation du risque. Jacobs (2006) note que :

En 2000, le Canada a adopté un Cadre intégré de gestion du risque, mais l'évaluation du risque ne figure que rarement dans ce document détaillé, tandis qu'elle est pour ainsi dire absente du guide 1995 en matière d'AIR.

Dans ce contexte, il est à noter que certaines administrations ont adopté des lignes directrices pour l'évaluation du risque qui prévoient l'usage de seuils quantitatifs. Au Royaume-Uni, par exemple, le *Health and Safety Executive* (HSE) propose les seuils quantitatifs suivants (*Health and Safety Executive*, 2001, pp. 44-45) :

- Les risques d'accidents mortels de 1 par million d'années doivent être considérés comme largement acceptables.
- Les risques d'accidents mortels de 1 par 10 000 ans doivent être considérés comme étant à la limite entre risques tolérables et risques inacceptables pour les individus auxquels un risque est imposé dans l'intérêt général de la société.
- Les risques d'accidents mortels de 1 par millier d'années doivent être considérés comme à la limite entre risques tolérables et risques inacceptables pour les travailleurs qui prennent volontairement un risque.

Ainsi qu'on peut le lire dans le texte d'accompagnement, ces seuils sont en grande partie issus de l'observation du comportement effectif des individus par rapport à la prise de risques volontaire ou à l'évitement du risque, et ils rejoignent pour l'essentiel ceux que l'on peut trouver dans les études spécialisées sur l'évaluation du risque, notamment les écrits de Viscusi.

Au-delà de cette orientation très claire sur la gestion du risque, aucun des documents d'orientation disponibles au Royaume-Uni en matière d'AIR, qu'il s'agisse de leur version actuelle ou des textes en projet, ne résume ces indications ou n'y font une référence quelconque. Il est certain que nombre des documents d'orientation disponibles en matière d'AIR semblent avoir été délibérément rédigés à l'intention d'agents généralistes et éviter en grande mesure les discussions très techniques, probablement pour cette raison²². Cependant, il semblerait utile à cet égard de renvoyer le lecteur à des sources d'informations complémentaires.

Il se pose des risques évidents pour la cohérence des politiques si les méthodes de traitement du risque élaborées par des organismes tels que le HSE (en sa qualité de principale instance spécialisée dans ce domaine au sein de l'administration du Royaume-Uni) ne sont pas pleinement comprises et dûment intégrées dans la pratique d'autres organismes de réglementation. Cette situation donne à penser que les auteurs des documents d'orientation en matière d'AIR pourraient devoir faire en sorte que les positions de principe des pouvoirs publics à l'égard du risque se reflètent entièrement dans les textes qu'ils élaborent.

Il est intéressant de constater que la *Better Regulation Commission* termine actuellement un rapport qui a pour but de « voir comment la façon dont notre société aborde, accepte et gère le risque, retentit sur sa façon d'aborder la réglementation²³ ». Cet accent mis sur les questions spécifiques entourant le risque et la réglementation semble constituer une orientation des plus positives, de nature à favoriser une meilleure prise en compte dans la pratique réglementaire de quelques-uns des enseignements importants de la littérature relative au risque.

Incertitude/Analyse de sensibilité

Les questions liées à l'incertitude et à la nécessité de réaliser ou non une analyse de sensibilité sont abordées dans de nombreux documents d'orientation en matière d'AIR, notamment ceux qui sont actuellement en vigueur à la Commission européenne, en Irlande, en Nouvelle-Zélande, au Royaume-Uni et aux États-Unis. Le traitement de ces aspects est à peu près le même dans tous les cas, et met en avant la nécessité de conduire

une analyse de sensibilité dès lors que les principales variables comportent un degré important d'incertitude.

Mais ces lignes directrices ne fixent le plus souvent aucune règle applicable particulière à adopter pour évaluer les résultats des multiples scénarios issus de l'analyse de sensibilité. La question de la pondération par les probabilités des différents scénarios pour obtenir les valeurs attendues n'est à aucun moment explicitement abordée ou expliquée. Mais cela tient sans doute en grande partie à ce que les documents d'orientation pour l'AIR sont surtout rédigés à l'intention d'agents généralistes et, partant, tendent à éviter les discussions très techniques.

Cependant, il semble bien que la question de l'analyse de sensibilité, quand elle est évoquée, ne fait l'objet que d'un traitement relativement superficiel, peu susceptible de faire saisir toute l'importance de cet outil méthodologique. Dans ces conditions, l'action des autorités de réforme de la réglementation chargées de prodiguer des conseils pour l'élaboration des différentes AIR sera cruciale pour déterminer l'efficacité avec laquelle cet instrument sera employé au cas par cas.

Examen par les pairs. Il semble exister une tendance à faire de l'examen par les pairs à la fois un moyen de gérer l'incertitude et, de manière plus générale, un mécanisme d'assurance-qualité dans le contexte de l'AIR. La CE a exprimé son intention d'adopter, si besoin, l'examen par des pairs experts scientifiques dans le cadre de la méthodologie proposée pour les principales AIR. De même, les documents d'orientation en matière d'AIR aux États-Unis recommandent de soumettre formellement les AIR à un examen externe par les pairs. Jacobs (*op. cit.*) indique par ailleurs que la Loi relative à la qualité de l'information a contribué à renforcer le recours à l'examen par les pairs et, partant, la qualité des données.

Aux Pays-Bas, la politique actuelle en matière d'AIR suppose que les organismes fassent appel à des compétences ou à un soutien extérieurs pour conduire les tests AIR obligatoires dans certains cas. Par exemple, l'Office central de la statistique doit être associé à la conduite du Test d'impact sur les entreprises, l'Institut national de la santé publique et de l'environnement doit participer à la réalisation du Test d'impact sur l'environnement et le Centre de compétences en matière d'application de la loi ou le Conseil du pouvoir judiciaire doivent prendre part à l'évaluation de la prévisibilité et de l'applicabilité²⁴. On peut estimer que ces obligations comportent un élément d'examen par les pairs, puisque les organismes externes se chargeraient probablement de réaliser une critique de l'analyse initiale conduite par le ministère qui parraine le projet de réglementation.

L'examen par les pairs reste négligé dans la grande majorité des documents d'orientation en matière d'AIR. Pas plus le Royaume-Uni que les États-Unis, le Canada, la Nouvelle-Zélande ou l'Australie ne le proposent dans leurs documents d'orientation pour l'AIR. Même les lignes directrices récemment introduites (octobre 2005) en Irlande n'abordent pas ce thème, même s'il faut noter que l'Irlande n'en est pour l'instant qu'aux premiers stades de la mise en œuvre de l'AIR.

Un emploi plus fréquent de l'examen par les pairs, du moins s'agissant des AIR relatives aux réglementations très importantes, pourrait renforcer à la fois la qualité et la crédibilité des AIR. L'examen par les pairs constitue un élément fondamental de la méthode scientifique et il est manifestement applicable à l'AIR, étant donné en particulier le caractère nécessairement très technique de beaucoup d'analyses de projets de réglementation.

Certes, le recours à l'examen par les pairs comporte des risques, notamment parce qu'il peut entraîner un important surcoût en ressources et des retards considérables. De plus, lorsque les AIR ne sont pas diffusées en tant que documents publics, des questions de confidentialité peuvent se poser. Mais toutes ces préoccupations sont évidemment susceptibles d'être résolues, et une utilisation judicieuse de l'examen par les pairs dans le contexte de l'AIR mérite d'être examinée de plus près.

Neutralité vis-à-vis du risque et principe de précaution. La question de savoir si les populations concernées doivent être présumées neutres à l'égard du risque, prêtes à accepter le risque ou hostiles au risque est longuement abordée dans la littérature correspondante. Étant donné le caractère généraliste de la plupart des orientations en matière d'AIR, il n'est peut-être pas surprenant que cet aspect ne reçoive guère d'attention dans ce contexte. Toutefois, l'adoption de plus en plus fréquente du principe de précaution dans le contexte réglementaire introduit obligatoirement ce concept au sens profond du terme. Cela étant, le principe de précaution se résume à l'intégration de degrés variables, mais non précisés, d'aversion au risque dans le processus d'élaboration des politiques.

Dans un document préparé pour l'OCDE, Majone soutient que le principe de précaution est « une idée (peut-être un état d'esprit) plutôt qu'un concept clairement défini, et encore moins une règle de décision ou un guide susceptible de favoriser un processus cohérent d'élaboration des politiques ». Du fait de son caractère mal défini²⁵, le principe de précaution risque de susciter des tentatives pour maîtriser des risques faibles, mal appréhendés, et d'absorber ainsi des ressources qui pourraient, dans bien des cas, être affectées à la maîtrise de risques plus importants. Dans ce sens, l'adoption du principe de précaution suppose potentiellement des coûts d'opportunité non négligeables.

En règle générale, le principe de précaution n'a pas encore été intégré aux documents d'orientation en matière d'AIR, essentiellement peut-être à cause de cette absence d'une définition généralement acceptée du concept, et d'un degré de consensus encore plus faible quant à la manière dont il devrait être interprété et appliqué dans des contextes spécifiques de l'action publique.

Risque/analyse du risque

Plusieurs documents d'orientation AIR posent explicitement la question du risque et de l'analyse de risque : en autres termes, ils constatent que les réglementations destinées à traiter des risques dans un contexte donné entraînent souvent une aggravation d'autres risques. En général, les conseils dispensés semblent se limiter à inviter les responsables d'AIR à reconnaître ce problème et à tenter d'intégrer dans leur analyse les évaluations de ces effets secondaires des risques.

Toutefois, Wiener (2006, p. 17) estime qu'il s'agit là d'une question qui nécessite « [...] coordination et supervision afin de gérer ces arbitrages et, si possible, les surmonter grâce à des politiques novatrices qui limitent de multiples risques simultanément ». Wiener recommande que les autorités de réforme de la réglementation jouent un rôle à cet égard et relève que la prolifération des analyses d'impact partielles, traitant des effets de la réglementation sur certains groupes en particulier, est susceptible d'aggraver cette difficulté de coordination.

Formation et assistance concernant les méthodes et obligations en matière d'AIR

Les obligations en matière d'AIR sont généralement ciblées, afin que les moyens disponibles ne soient consacrés à une AIR que lorsque la réglementation en question est susceptible d'avoir des impacts significatifs. En conséquence, on prépare un nombre relativement limité d'AIR, et la plupart des responsables n'en font que rarement.

C'est pourquoi il importe d'apporter un soutien adapté aux responsables de la réglementation pour les aider à préparer des AIR de qualité. On peut distinguer trois grandes formes d'assistance à cet égard :

- publication de documents d'orientation en matière d'AIR ;
- formation à l'AIR ; et
- assistance technique *ad hoc*.

Publication de documents d'orientation en matière d'AIR

Dans la plupart des pays assujettis à des obligations en matière d'AIR, les autorités de réforme de la réglementation publient des documents d'orientation relativement détaillés, qui abordent le plus souvent à la fois les prescriptions de procédure et les aspects de fond afférents à la préparation d'une AIR. De plus, dans un certain nombre de sources publiées on peut trouver des indications sur la conduite de l'ACA, qui est au cœur de l'AIR. Vu la technicité de cette analyse, il arrive que les documents d'orientation généraux en matière d'AIR renvoient leurs lecteurs à des textes d'orientation distincts, consacrés à l'ACA.

Il semblerait que les efforts déployés en vue de réviser et d'actualiser les documents d'orientation en matière d'AIR soient largement ponctuels et isolés, même si les situations à cet égard sont assez variables d'un pays à l'autre. Nombreux sont les guides actuels qui datent déjà de quelques années; ainsi, l'édition actuelle du guide australien *Guide to Regulation* est parue pour la première fois en 1998, tandis que le guide de rédaction canadien *Résumé de l'étude d'impact de la réglementation – RÉIR, guide de rédaction* date de 1992. Par contre, la circulaire américaine intitulée *Regulatory Analysis* est parue aux États-Unis en 2003 et remplace les éditions précédentes de 2000 et 1996. Au Royaume-Uni, la nouvelle version provisoire du document d'orientation en matière d'AIR constitue le troisième document d'orientation publié depuis 2000.

Bien entendu, on a plus de chances d'observer des révisions fréquentes des documents d'orientation dans les pays où la politique en matière d'AIR est elle-même sujette à des évolutions et à des changements rapides, comme c'est le cas au Royaume-Uni. Cependant, il est tout à fait indiqué de revoir régulièrement les documents d'orientation compte tenu de l'expérience acquise dans la mise en œuvre des AIR, des progrès de l'analyse des questions d'AIR et des bonnes pratiques en la matière, et de la nécessité de maintenir l'AIR en phase avec l'évolution générale de l'action des pouvoirs publics.

Certains éléments donnent à penser que les autorités de réforme de la réglementation ont délibérément cherché à garantir le statut et l'autorité de ces documents d'orientation en les reliant au programme général d'action des pouvoirs publics. Par exemple, la préparation de la toute dernière édition du principal recueil de lignes directrices aux États-Unis²⁶ s'est faite avec la collaboration du Conseil des conseillers économiques du président, et elle a donné lieu à des processus d'examen par les pairs et d'examen interministériels. En Australie, le *Guide to Regulation* publié par l'*Office of Regulation Review* (Bureau d'examen de la réglementation) fait référence au *Handbook of Cost Benefit Analysis*,

du ministère des Finances et de l'Administration, document qui s'applique généralement à l'ensemble des analyses de politiques et de projets à l'échelle de l'administration australienne tout entière.

Il est intéressant de constater qu'au Royaume-Uni, un processus de consultation publique a été engagé sur la nouvelle version du document d'orientation en matière d'AIR. Il semble que cette initiative peut constituer un moyen efficace de veiller à ce que le document réponde aux besoins de ses utilisateurs, et elle démontre la volonté de l'autorité centrale de réforme de la réglementation de se montrer réactive.

Ces différentes mesures pourraient constituer un mécanisme supplémentaire permettant de relier plus étroitement la politique de réforme de la réglementation à d'autres priorités de l'action publique, ce qui conforterait l'autorité et donc l'efficacité de cette politique.

Plus récemment, un certain nombre de pays ont mis au point des logiciels qui peuvent être utilisés pour faciliter l'élaboration de l'AIR. Les Pays-Bas se sont dotés du Modèle des coûts standards (*Standard Cost Model*) pour mesurer les charges administratives, outil par la suite adopté par plus d'une douzaine d'autres pays. Ceux-ci ont formé le *Réseau des coûts standards*²⁷ pour suivre les évolutions dans la région et convenir des mesures à prendre dans l'avenir. Il est intéressant de constater qu'un Conseil consultatif indépendant sur les charges administratives existe aux Pays-Bas depuis 2000 ; il a pour mission d'examiner les AIR sous l'angle précis du chiffrage des charges administratives. Les avis de cette instance sont rendus publics et peuvent être cités lors des débats au Conseil des ministres ou au Parlement sur les projets de réglementation. En outre, le Conseil consultatif donne son avis sur la manière la plus efficace et la moins coûteuse (en termes de charges administratives) de parvenir à l'objectif déclaré de la réglementation.

En Australie, le gouvernement a récemment annoncé que toutes les AIR devraient désormais mesurer les coûts de conformité au moyen de deux logiciels, le *Business Cost Calculator* et le *Small-Business Compliance Costing Tool*²⁸. Ces logiciels associent normalement une liste de contrôle et un calculateur ; les utilisateurs doivent entrer des valeurs pour un large éventail de catégories de coûts et d'avantages, puis calculer les totaux, les valeurs actualisées, etc. Les aspects de ces outils relatifs à la liste de contrôle peuvent s'avérer particulièrement précieux pour faire en sorte que les auteurs de l'AIR recensent de manière exhaustive tous les avantages et coûts pertinents. En outre, la démarche systématique que ces outils obligent leurs usagers à adopter peut minimiser le risque d'un double comptage ou d'erreurs de classification. Cependant, un certain nombre de doutes ont été exprimés dans certains cas quant au fait que les outils eux-mêmes impliquent des charges de conformité importantes, dans la mesure où un processus d'apprentissage non négligeable est nécessaire avant de pouvoir les utiliser efficacement. Ainsi, les responsables de la réglementation ont parfois constaté que, contraints d'adopter ces outils, ils ont vu s'alourdir le fardeau lié à la réalisation de l'AIR. De plus, on peut craindre que l'accent mis par ces outils sur la nécessité d'entrer des valeurs chiffrées pour une série de coûts et d'avantages ne conduise les auteurs de l'AIR à se focaliser davantage sur l'information manquante que sur les données disponibles.

Formation à l'AIR. En 1997, les *Meilleures pratiques dans les pays de l'OCDE* ont mis en lumière la nécessité de « former les responsables de la réglementation » afin d'améliorer les compétences en matière d'AIR. Toutefois, s'il semble désormais y avoir presque partout des orientations publiées en matière d'AIR, la performance des organismes de réglementation au chapitre de la formation apparaît moins positive. Le rapport publié par l'OCDE en 2002 sur la gouvernance de la régulation, après avoir passé en revue la performance des pays membres

au regard des Meilleures pratiques de 1997, concluait que « sur ce point, la situation laisse à désirer dans la plupart des pays » (p. 127), et l'on n'a que peu d'indices d'une amélioration ultérieure. Un certain nombre d'examen par pays de l'OCDE sur la réforme de la réglementation ont fait ressortir la nécessité de renforcer les efforts de formation des responsables de la conduite des AIR. Qui plus est, seuls quatre pays (l'Australie, la Grèce, l'Italie et le Mexique) ont cité la formation au nombre des mécanismes de contrôle de la qualité de l'AIR recensés dans le cadre de l'Inventaire des AIR réalisé en 2004.

Certains pays ont fait un important effort de formation ces dernières années. Alors que l'Irlande n'a instauré que depuis peu une obligation en matière d'AIR, elle a déployé de réels efforts pour dispenser une formation adaptée dans le cadre de la phase d'application. Ce pays a notamment assuré plusieurs stages de formation de deux jours au cours desquels les obligations en matière d'AIR sont replacées dans le contexte plus général de l'action publique²⁹. Une évolution notable en Australie concerne l'introduction de cours de formation à l'AIR adaptés aux besoins particuliers des différents organismes de réglementation. Ces formations sont assurées sur demande par l'*Office of Regulation Review* (ORR) et sont préparées en consultation avec l'organisme requérant. Le fait que plus de 400 responsables de la réglementation aient bénéficié, en 2003-04 et 2004-05 d'une formation assurée par l'ORR (ORR, 2005), semble dû en partie à la popularité de cette politique de formation sur mesure à l'AIR. Une annonce récente du gouvernement permet d'espérer une augmentation des crédits accordés à l'ORR pour lui permettre d'amplifier son effort de formation, et en particulier d'aider les organismes de réglementation à se doter de compétences en matière d'ACA³⁰.

Les efforts de l'ORR dans ce domaine se sont aussi traduits par une certaine « internationalisation » de la formation à l'AIR. Une proportion non négligeable (près de 20 %) des responsables de la réglementation formés par l'ORR au cours de cette période étaient en fait des agents de la fonction publique néo-zélandaise (*ibid.*).

Une question couramment évoquée au sujet de la formation à l'AIR concerne les taux de rotation fréquemment élevés des effectifs des organismes de réglementation. En d'autres termes, il existera souvent une forte demande continue de formation à l'AIR puisque de nouveaux agents assumeront des responsabilités dans ce domaine. Pour la même raison, l'essentiel de la formation devra être dispensé à des niveaux relativement élémentaires et il n'y aura peut-être que des possibilités limitées d'utiliser des cours plus avancés pour développer des compétences de haut niveau en matière d'AIR ; dans la pratique, rares seront les agents des organismes de réglementation susceptibles d'avoir l'occasion de faire de nombreuses AIR et de perfectionner ainsi leurs compétences avec le temps.

Assistance technique ad hoc. Le fait qu'un nombre relativement réduit de responsables de la réglementation ont l'occasion d'acquérir des compétences approfondies en réalisant de multiples AIR souligne la nécessité d'une assistance externe pour obtenir des AIR de qualité supérieure. La plupart des autorités de réforme de la réglementation, outre qu'elles publient des documents d'orientation, ont fourni une assistance technique informelle aux responsables de la réglementation lors des différentes AIR menées. Dans un nombre de cas relativement restreint, cette fonction a été structurée jusqu'à un certain point³¹. Les Pays-Bas ont adopté cette démarche vers la fin des années 90, en introduisant la fonction de « service d'assistance » (OCDE, 1999). Reflétant le caractère multidimensionnel de l'AIR, le modèle néerlandais envisage la fonction de service d'assistance comme une initiative conjointe entre plusieurs ministères et organismes gouvernementaux.

On trouve en Irlande une variante intéressante de cette approche, avec le projet de création d'un « Réseau des AIR ». On peut valablement soutenir qu'il s'agit là d'une version décentralisée du concept de service d'assistance, puisque la démarche repose sur le principe d'un échange d'idées et de pratiques entre responsables de la réglementation sur les techniques, les problèmes, les expériences, etc., en matière d'AIR.

Il arrive parfois que les autorités de réforme de la réglementation fournissent elles-mêmes aux organismes de réglementation des conseils et une assistance sur les différents aspects de l'AIR. Toutefois, il peut en résulter un conflit entre ce rôle et celui de « contrôleurs » que jouent nombre d'entre elles, quand elles sont chargées d'évaluer et d'approuver la qualité du document AIR final. La séparation entre cette fonction de « soutien » et la fonction de contrôle, assurée aux Pays-Bas par la création du service d'assistance, constitue une réponse possible à ce risque de conflit perçu. Un effort de séparation plus limité a été engagé en Australie : au sein de l'*Office of Regulation Review* doit être mise sur pied une « Unité d'analyse coûts-avantages », qui sera nettement distincte de la fonction d'évaluation des AIR de cet organisme³².

Localisation de l'AIR

Le rapport publié par l'OCDE en 1997 sur les meilleures pratiques dans les pays de l'OCDE envisageait clairement que l'AIR devait, dans la majorité des cas, être menée par des agents généralistes au sein des organismes de réglementation. Cette position avait été adoptée du fait de l'importance fondamentale attachée à la nécessité d'intégrer l'AIR dans le processus général d'élaboration des politiques. Ainsi, il semblait essentiel que les personnes responsables en premier lieu de l'élaboration d'une politique entreprennent simultanément l'AIR.

Il est toutefois de plus en plus admis que la réalisation d'une AIR suffisamment rigoureuse nécessite dans bien des cas de solides compétences techniques. Cet impératif s'est accentué du fait que le niveau de l'AIR requise s'est progressivement élevé avec le temps. Dans la plupart des pays, les autorités de réforme de la réglementation ont fourni un ensemble de dispositifs de soutien, notamment sous forme de documents d'orientation et de formations spécifiques à l'AIR, mais le problème reste important.

Une réponse plus récente consisterait à mettre l'accent sur la nécessité pour tous les organismes de réglementation de se doter d'un centre d'excellence pour tous les savoir-faire de base dans le domaine de l'analyse économique et de l'ACA. Ainsi, le Royaume-Uni a institué des *Better Regulation Units* (Services d'amélioration de la réglementation) au sein de chaque grand ministère ou département ministériel, tandis que l'administration australienne s'est engagée récemment à mobiliser des moyens supplémentaires pour aider les ministères et services gouvernementaux à améliorer leurs compétences en matière d'ACA et d'analyse des risques.

Toutefois, d'aucuns ont aussi fait valoir (Deighton-Smith, 2006) que le recours à des compétences externes (nomination de consultants, par exemple) n'est pas nécessairement incompatible avec la réalisation des objectifs susmentionnés de changement culturel à l'égard de l'AIR. À cet égard, la question fondamentale est la nature de la relation entre le consultant et les responsables : lorsque le consultant en matière d'AIR est associé à un stade précoce au processus d'élaboration des politiques, la relation avec les responsables gouvernementaux peut être une relation de dialogue dans laquelle le travail entrepris sur l'AIR peut contribuer à un exercice permanent d'amélioration des politiques, tout en autorisant un transfert de compétences aux responsables gouvernementaux dans le cadre du processus.

Certes, il y a peu de différence, sur le plan opérationnel, entre le recrutement d'un consultant externe et le recours aux agents d'un service public interne d'amélioration de la réglementation, qui peuvent être assimilés à des consultants internes. Dans les deux cas, la question fondamentale reste de savoir comment assurer un dialogue direct et permanent entre l'expert en AIR et les responsables et décideurs au sein de l'administration.

La question clé pour les responsables de la réforme de la réglementation consiste à améliorer avec le temps les compétences en AIR des responsables de la politique. En Australie, on a des raisons de penser (Deighton-Smith, 2006) que l'imposition d'exigences méthodologiques de plus en plus strictes en matière d'AIR tend à favoriser un recours accru à des consultants externes afin de garantir le respect des normes applicables. En Australie, l'*Office of Regulation Review* indique qu'il encourage activement le recours aux consultants externes pour la préparation d'AIR plus détaillées et plus exigeantes sur le plan technique.

Utilisation de l'AIR pour l'examen de législations existantes

Le cadre d'analyse de l'AIR est nécessairement adapté, aussi bien à l'examen de réglementations en vigueur qu'à l'analyse *a priori* de nouveaux projets de réglementation. Les conclusions de l'AIR sont même susceptibles d'être plus fiables quand elles sont appliquées à une réglementation existante, puisque la solide expérience issue de la mise en œuvre de réglementations fournit une quantité de données beaucoup plus importantes pour l'analyse.

Cependant, il semblerait que seul un nombre relativement réduit de pays de l'OCDE a systématiquement recours à l'AIR pour revoir la législation existante. Parmi les pays ayant répondu à l'Inventaire AIR de 2004, seuls l'Australie et le Canada ont indiqué appliquer systématiquement l'AIR à cette fin. De plus, si en Australie la politique nationale de la concurrence requiert l'adoption d'un cadre fondé sur l'ACA pour les examens des textes législatifs, on ne sait pas très bien si cette démarche est reprise dans le contexte d'autres politiques.

Le fait que l'AIR ne soit pas utilisée dans ce contexte semble fondamentalement refléter l'échec, à ce jour, des efforts déployés en vue de susciter un changement culturel au sein des organismes de réglementation, afin que l'AIR soit désormais reconnue comme une composante centrale du processus d'élaboration des politiques et donc intégrée à ses procédures. Les documents officiels en matière d'AIR n'évoquent généralement pas l'application de l'AIR à l'examen des réglementations existantes. De plus, le fait que les examens des textes législatifs existants soient le plus souvent engagés individuellement et séparément par les différents organismes de réglementation signifie que les processus de conduite de ces examens relèvent pour l'essentiel de chaque organisme.

Puisque l'AIR n'est pas régulièrement utilisée pour l'examen des textes réglementaires existants, on peut penser que l'analyse sera, dans bien des cas, nettement moins rigoureuse et efficace qu'elle pourrait l'être. En outre, il est possible que les nouveaux projets de réglementation et la législation existante soient évalués selon des critères et des démarches méthodologiques différents et non cohérents. Une extension du recours à l'AIR pour l'examen de la législation existante pourrait améliorer considérablement la contribution de l'AIR à la qualité de la réglementation. Cependant, les efforts en vue d'imposer des démarches plus uniformes concernant l'examen de la législation existante impliquent une action plus centralisée, objectif qui pourrait s'avérer difficile à atteindre vu la culture administrative de beaucoup de pays de l'OCDE.

Autorité et qualité de l'AIR

Soutien politique de haut niveau

L'importance d'un soutien politique de haut niveau à la politique de la réglementation est reconnue depuis longtemps. De fait, dans l'enquête menée en 2000 sur les indicateurs de la réglementation, tous les pays membres de l'OCDE avaient précisé que leur politique de la réglementation avait été publiée, révisée ou réaffirmée par le gouvernement au pouvoir (OCDE, 2002, p. 29). Dans la mesure où l'AIR est, dans la plupart des pays, au cœur de la politique de réglementation, on peut s'attendre à ce qu'un soutien politique de haut niveau revête aussi une importance décisive pour la réussite de l'AIR.

Il est cependant difficile de trouver des indicateurs permettant d'estimer l'ampleur du soutien politique de haut niveau dont bénéficie l'AIR. Par définition, tout processus d'AIR à large assise doit être institué par un décret ou une autre décision de l'administration centrale. Toutefois, il n'en résulte guère d'indications sur le degré de soutien pratique nécessaire pour garantir un niveau élevé de respect de la politique, une fois celle-ci mise en place. Cela dit, l'Inventaire des AIR donne à penser que l'inscription dans la législation d'obligations en matière d'AIR peut être interprétée comme un signe que le gouvernement est particulièrement déterminé à faire de l'AIR un succès (voir plus loin).

Aux États-Unis, le soutien politique fort dont bénéficie l'application centralisée des principes et procédures réglementaires (dont l'AIR) est un facteur central de la démarche du pays en matière de politique de la réglementation. Au Royaume-Uni, les ministres responsables doivent signer une déclaration accompagnant chaque document d'AIR, précisant qu'ils l'ont revu et qu'ils ont acquis la conviction que les avantages du projet de réglementation justifient ses coûts³³.

En Australie, le fait que la mission de surveillance de la qualité des AIR a été confiée à un organisme juridiquement indépendant de l'administration témoigne sans doute du soutien politique de haut niveau en faveur de l'AIR³⁴. Plus généralement, étant donné l'importance que revêt un examen indépendant de l'AIR pour la réussite de la politique, l'autorité conférée à l'organisme d'examen constitue à l'évidence une considération majeure. Cette autorité comporte essentiellement deux éléments. Le premier tient au fait que cet organisme est placé au sein de l'administration gouvernementale. Comme on l'a vu dans des publications précédentes de l'OCDE (OCDE, 2002), ces dernières années ont été marquées par une tendance à positionner les autorités d'examen de la réglementation au centre de l'administration, apparemment en reconnaissance de l'importance de cette question d'autorité. Le deuxième élément réside dans la faculté de l'organisme de réforme de porter à l'attention du Conseil des ministres les problèmes concernant la qualité de l'AIR ou la politique proposée elle-même ou, dans certains cas, d'empêcher que le projet de mesure ne soit soumis au Conseil des ministres tant que l'AIR n'aura pas été approuvée et jugée satisfaisante.

Un récent rapport australien a recommandé que la surveillance des processus réglementaires et de la réforme de la réglementation soit portée au niveau du Conseil des ministres. Toutefois, les pouvoirs publics n'ont pas souhaité désigner un ministre spécialement chargé de la réforme de la réglementation, soulignant que le Trésorier (c'est-à-dire le ministre des Finances) est le principal responsable de la réforme de la réglementation dans le cadre des arrangements actuels.

Autorité formelle des obligations d'AIR

Le fondement juridique ou politique des obligations en matière d'AIR varie sensiblement d'un pays de l'OCDE à l'autre. L'Inventaire des AIR paru en 2004 recensait quatre sources principales d'autorité s'agissant des exigences en matière d'AIR, à savoir :

- La loi (au Mexique, en Corée et en République tchèque, ainsi que dans une majorité d'États australiens).
- Une ordonnance ou un décret présidentiels (aux États-Unis).
- Un décret du Premier ministre, ou des lignes directrices du Premier ministre (en Australie, en Autriche, en France, en Italie et aux Pays-Bas).
- Une directive ou une résolution du Conseil des ministres ou du gouvernement (en Allemagne, au Canada, au Danemark, en Finlande, en Irlande, au Japon, en Nouvelle-Zélande, en Norvège, en Pologne, au Portugal, au Royaume-Uni et en Suède).

À ce sujet, la question essentielle est de savoir si l'instauration d'une obligation en matière d'AIR par le biais d'un instrument quelconque aura nécessairement pour effet de conférer à cette obligation un plus grand degré d'autorité et de favoriser ainsi un degré de conformité maximal. On pourrait s'attendre, *a priori*, à ce que l'instauration d'une AIR par la législation confère un maximum d'autorité à la politique. Toutefois, il n'y a guère d'éléments à l'appui de cette hypothèse. À vrai dire, la liste ci-dessus montre que peu de pays de l'OCDE ont choisi d'adopter leurs processus d'AIR par voie législative.

Il est à noter que l'Australie a adopté en 2003 une nouvelle législation relative à certains aspects du processus réglementaire et de l'assurance-qualité de la réglementation, mais que la version finale de cette législation ne faisait plus mention du processus d'AIR, contrairement aux projets antérieurs³⁵. Un récent rapport au gouvernement australien sur la nécessité de repenser la réglementation (*Rethinking Regulation*) recommandait encore l'inclusion des exigences AIR dans la législation, mais le gouvernement n'a pas repris cette recommandation. L'une des raisons pour lesquelles les pays ne font que peu usage de la loi pour mettre en place des processus d'AIR tient peut-être au fait que, particulièrement dans les premières années de mise en œuvre, il est probable que d'importants changements seront encore apportés à la structure même du système et que ces changements peuvent s'avérer relativement fréquents. La nécessité de modifier la loi pour actualiser, élargir ou aménager les obligations existantes en matière d'AIR pourrait être perçue comme un obstacle à une amélioration continue à cet égard.

Un certain nombre de pays ayant une longue expérience des obligations d'AIR fondées sur des instruments autres que législatifs font valoir que les démarches non législatives réussissent à conférer une autorité suffisante à l'appui des efforts des organismes de réforme de la réglementation en vue de garantir un niveau élevé de respect des dispositions. Par exemple, les États-Unis estiment que l'autorité conférée par décret présidentiel³⁶ à l'OMB pour l'évaluation de l'AIR s'est avérée suffisante pour permettre à ce mécanisme de constituer l'un des principaux garants de la qualité des AIR dans ce pays. De même, l'Australie affirme avoir atteint un niveau élevé de respect de la réglementation grâce à son système, en vertu duquel la politique d'AIR est déterminée par une déclaration du Premier ministre.

Il semble que le fondement officiel des politiques d'AIR influe peut-être moins que d'autres éléments connexes sur la qualité de l'AIR. En particulier, si la politique d'AIR bénéficie d'un niveau élevé de soutien politique au cœur de l'administration, les autorités

de réforme de la réglementation chargées de faire appliquer cette politique ont des chances d'obtenir un niveau de conformité élevé.

Mécanismes spécifiques d'assurance-qualité

Plusieurs éléments liés à l'AIR peuvent être assimilés à des mesures d'assurance-qualité au sens direct du terme. Ces aspects sont : la nature et l'ampleur des obligations d'évaluation de la qualité de l'AIR par une instance extérieure (à l'organisme de réglementation) au sein de l'administration, la nature et l'ampleur d'autres mécanismes d'évaluation de la qualité de l'AIR, le degré d'intégration entre le processus d'AIR et le processus de consultation publique, et la nature et l'ampleur de toute obligation d'évaluation a posteriori des résultats d'une analyse AIR ex ante.

Évaluation/approbation de l'AIR par une autorité centrale de réforme de la réglementation

Le rapport sur les meilleures pratiques publié par l'OCDE en 1997 affirmait la nécessité « de déterminer avec soin les responsabilités pour les différents éléments du programme d'AIR ». Il recommandait que les organismes de réglementation soient les principaux responsables de l'élaboration des AIR, tandis qu'un organe indépendant devrait assurer la supervision et le contrôle de la qualité. Cette fonction de supervision et d'assurance-qualité a souvent manqué dans les processus nationaux en matière d'AIR, surtout au début. Depuis une dizaine d'années, toutefois, le nombre de pays ayant opté pour cette démarche a fortement augmenté, tandis que l'efficacité de la fonction d'assurance-qualité exercée par les autorités centrales de réforme de la réglementation s'est, elle aussi, améliorée dans la plupart des cas.

Plusieurs facteurs déterminent l'efficacité de cette fonction d'assurance-qualité. Trois éléments peuvent être mis en exergue :

- Le degré d'autorité formelle conféré à la politique de réforme de la réglementation.
- L'ampleur des moyens et des compétences disponibles au sein de l'organisme de réforme de la réglementation.
- Et le degré d'autorité « informelle » exercé par l'organisme de réforme de la réglementation, qui varie en fonction de divers facteurs, notamment selon que :
 - ❖ l'organe de réforme de la réglementation se situe ou non au centre de l'administration ; et
 - ❖ l'organe de réforme de la réglementation bénéficie ou non d'un soutien politique de haut niveau au sein de l'administration.

En ce qui concerne les exigences formelles en matière de respect des dispositions d'AIR, il existe un éventail de dispositifs, entre les cas où les organismes de réglementation sont entièrement responsables de la préparation de l'AIR sans être assujettis au moindre mécanisme officiel externe de contrôle de la qualité, et ceux où les autorités de réforme de la réglementation ont la capacité d'empêcher l'adoption de projets de réglementation si elles estiment que les exigences en matière d'AIR n'ont pas été correctement respectées.

Les pouvoirs les plus importants sont peut-être ceux de l'*Office of Management and Budget* (OMB), aux États-Unis, où les organismes ne peuvent publier de projets de règles tant que l'OMB n'a pas estimé que les avantages de la règle en question sont susceptibles d'en justifier les coûts. Ainsi, l'autorité d'examen de la réglementation dispose effectivement d'un pouvoir de veto sur le processus réglementaire.

Les États-Unis estiment que l'examen par l'OMB des projets de réglementation et de l'AIR qui l'accompagne est indispensable à une AIR de qualité supérieure. De plus, ils considèrent que l'existence d'un soutien politique fort en faveur d'une supervision centralisée de la politique nationale de réglementation constitue l'un des trois éléments clés de leur vision de cette politique, au même titre que des processus généraux d'AIR robustes et que l'application des principes de transparence et d'imputabilité, en particulier par le biais de processus de consultation publique ouverts.

Ces temps derniers, l'OMB semble avoir nettement renforcé l'exercice de ses pouvoirs comme le montre la nette augmentation, ces dernières années, du nombre de règles retournées aux organismes auteurs pour révision et correction. Par exemple, pendant la première année de l'administration de George W. Bush, 20 règles ont été retournées aux organismes de réglementation, soit plus que le nombre total de règles ainsi retournées au cours des huit années précédentes.

Dans d'autres pays, si une instance d'examen est tenue de fournir une évaluation de l'AIR, le non-respect de cette règle n'empêche pas l'adoption de la réglementation en question. Par exemple, en Australie, l'*Office of Regulation Review* a dû se contenter, à ce jour, de notifier aux décideurs le non-respect des obligations AIR; à titre de sanction supplémentaire, il publie chaque année des données sur le respect de la réglementation. Toutefois, une décision récente du gouvernement stipule que, sauf circonstances exceptionnelles, un projet de réglementation susceptible d'avoir des impacts importants sur les entreprises ne peut pas être soumis au Conseil des ministres ou à une autre instance de décision s'il n'a pas respecté les exigences du gouvernement en matière d'AIR³⁷. Il semblerait qu'il y ait là un niveau d'autorité analogue à celui dont dispose l'OMB aux États-Unis.

L'Australie estime que les processus d'examen des documents d'AIR par l'ORR sont « assez importants » pour la qualité du processus AIR dans son ensemble. Toutefois, elle précise que le degré d'intégration de l'AIR au processus d'élaboration des politiques est un facteur essentiel de la qualité d'ensemble de l'AIR, précisant que, compte tenu de l'expérience de l'ORR, on peut dire qu'il existe une corrélation entre la qualité du processus d'élaboration des politiques et la qualité de l'AIR. Des changements d'orientation récemment annoncés vont se traduire par un renforcement du rôle de l'ORR : les projets de réglementation ne pourront pas être examinés par le Conseil des ministres tant que l'AIR n'aura pas été déclarée suffisante par l'ORR, tandis que l'éventail des critères d'insuffisance d'une AIR sera élargi.

Un certain nombre d'autres pays ont décidé ces dernières années de renforcer l'efficacité du contrôle central de la qualité des AIR. Ainsi, des changements importants ont été introduits au Royaume-Uni depuis 2003. L'AIR doit désormais être « convenue » avec la *Better Regulation Executive* du *Cabinet Office*. De plus, le rôle de cette dernière entité dans l'examen de l'AIR a été complété par la création du Panel sur la responsabilité en matière de réglementation (PRA, voir ci-dessous), tandis que le Service des petites entreprises passe au crible les AIR qui ont des impacts importants sur les petites entreprises. Par ailleurs, les moyens du *Cabinet Office Better Regulation Executive* ont été nettement étoffés en 2005, tandis que son mandat à l'égard des instances de réglementation indépendantes a été élargi.

En 2002, la Nouvelle-Zélande a décidé de renforcer le rôle de son Unité d'analyse d'impact de la réglementation en exigeant que les commentaires de l'Unité sur toutes les AIR soient inclus dans les Soumissions au Conseil des ministres (*Cabinet Submissions*). L'Australie a décidé récemment que toutes les AIR devraient désormais recourir à un

calculateur des coûts pour l'entreprise (*Business cost calculator*) fondé sur un logiciel et, le cas échéant, à un outil de chiffrage des coûts de conformité pour l'entreprise afin de faciliter le calcul et la quantification des coûts et de favoriser une plus grande cohérence des démarches méthodologiques en matière d'AIR.

Autres mécanismes d'examen des documents d'AIR

Si l'obligation faite aux responsables de faire évaluer l'AIR par un organe indépendant au sein de l'administration gouvernementale constitue la forme la plus courante de vérification de la qualité, de nombreux pays ont mis en place des mécanismes complémentaires pour l'évaluation et/ou l'examen de l'AIR.

Le Royaume-Uni a introduit plusieurs dispositifs d'examen complémentaires, dont un qui en est actuellement au stade de la consultation. Comme indiqué ci-dessus, les ministres sont désormais tenus d'attester personnellement de la bonne qualité du document d'AIR. Selon le projet de révision du processus AIR qui fait actuellement l'objet d'une consultation publique, les économistes en chef des ministères devraient aussi fournir une déclaration relative aux faits et observations ayant servi à fonder l'analyse contenue dans l'AIR (*Cabinet Office Better Regulation Executive*, 2006).

Les projets de réglementation susceptibles d'imposer une importante charge supplémentaire aux entreprises doivent bénéficier d'une autorisation du Panel sur la responsabilité en matière de réglementation, qui est présidé par le Premier ministre. Le Panel reçoit une AIR qui a été convenue et acceptée avec le *Cabinet Office Better Regulation Executive*. La présentation du projet au Panel intervient avant que ne soit engagé le processus consistant à obtenir une approbation ministérielle plus large à l'égard du projet. D'après le gouvernement du Royaume-Uni, « *Le PRA continue de rejeter et de différer une proportion non négligeable de projets de réglementation, dans les cas où les services ministériels n'ont pas correctement justifié les charges supplémentaires imposées aux entreprises*³⁸ ».

Intégrer l'AIR à la consultation publique

Des travaux antérieurs de l'OCDE ont montré que l'AIR est de plus en plus intégrée aux processus de consultation publique. Les données contenues dans l'Inventaire des AIR de 2004 donnent à penser que cette tendance se poursuit. Toutefois, elles montrent aussi que les pays ont des politiques variables en matière de publication des documents d'AIR pour consultation, alors que bon nombre de pays ne publient toujours pas ces documents. D'après l'Inventaire :

- Le Canada, le Danemark, la Commission européenne, les États-Unis, la Finlande, l'Italie, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, la Pologne, le Royaume-Uni, la Suède et la Suisse publient leur AIR pour consultation durant le processus d'élaboration de la législation.
- Les pays qui divulguent leur AIR uniquement pour des réglementations majeures ou dans certains cas sont notamment le Japon et le Portugal.
- Au nombre des pays qui ne divulguent leurs AIR que quand la réglementation est soumise au Parlement ou au Conseil des ministres, on trouve l'Australie, la France, l'Islande et les Pays-Bas.
- Et parmi les pays qui ne divulguent pas leurs AIR figurent l'Autriche, la Corée, la Hongrie, l'Espagne et la Turquie.

Les différences internationales concernant le stade du processus législatif auquel les documents d'AIR sont rendus publics reflètent vraisemblablement des points de vue différents sur les objectifs d'une divulgation de l'AIR. Quand l'AIR est publiée à un stade relativement précoce du processus d'élaboration de la réglementation, il existe des possibilités importantes de consultations susceptibles de peser sur la forme finale de la réglementation. Ainsi, les documents d'AIR servent à fournir aux parties prenantes et au public des informations détaillées sur le projet de réglementation. Dans ce cas, les groupes consultés jouent effectivement le rôle d'instrument d'assurance-qualité de l'AIR, puisque les informations et les commentaires supplémentaires reçus pendant le processus de consultation conduiront nécessairement à une réévaluation et à une révision de l'analyse. La consultation sur la base des documents d'AIR vise donc à recueillir des données et des informations sur les réactions des parties prenantes et à contribuer au processus d'élaboration des politiques.

En revanche, lorsque les AIR sont rendues publiques à un stade ultérieur du processus, par exemple durant le débat parlementaire sur le projet de loi, les possibilités de rétroaction du public sur le processus d'élaboration des politiques sont, à l'évidence, beaucoup plus limitées. Dans ce cas, il faut en déduire que l'objectif de la divulgation publique de l'AIR relève principalement de considérations liées à la transparence et à l'imputabilité, au lieu d'être axé sur une amélioration de la qualité de la réglementation.

Pour de nombreux pays qui publient les AIR à un stade tardif du processus, il est probable que d'autres formes de consultation auront été menées antérieurement. Par exemple, si l'Australie n'a pas de politique officielle de consultation au niveau du gouvernement fédéral³⁹, quelques consultations seront presque invariablement engagées par des organismes de réglementation lors de l'élaboration de nouveaux projets de réglementation. De plus, l'un des neuf indicateurs de performance de la réglementation relevés en Australie porte sur le point de savoir si les organismes ont eux-mêmes des lignes directrices organisationnelles exposant des processus de consultation. Toutefois, le fait que la base analytique du projet de réglementation n'est pas rendue publique durant ces consultations précoces limite nécessairement la capacité des parties prenantes de s'engager pleinement dans ce processus et de contester des projets de réglementation.

Depuis 2001, le gouvernement de la Nouvelle-Zélande exige que toutes les AIR soient publiées sur les sites Internet des ministères concernés, ainsi qu'à un endroit central du site Internet du ministère du Développement économique. Toutefois, la date de cette publication est laissée à la discrétion du ministre responsable et/ou du Conseil des ministres. Par conséquent, la publication peut dans certains cas ne pas intervenir avant l'examen par le Conseil des ministres et avant sa décision sur la question.

Par contre, aux États-Unis, avant que les organismes de réglementation puissent publier une réglementation finale, ils doivent publier un projet dans le *Federal Register* et rendre publique toute AIR connexe. Ainsi, l'AIR forme la base d'un processus ouvert de consultation, fondé sur les procédures « d'information et de commentaires du public ».

Certains aspects de la conception des processus de consultation liés à l'AIR sont susceptibles d'influencer considérablement l'impact que l'intégration avec les processus de consultation peut avoir sur la qualité de l'AIR. En particulier, lorsqu'il existe des exigences de procédure prévoyant que les observations reçues doivent être traitées explicitement par les responsables de la réglementation, on peut penser qu'il y aura davantage de réactivité. Toutefois, il est également probable qu'un processus de consultation plus ouvert sera plus efficace qu'une consultation sélective en ce qui

concerne l'assurance-qualité de l'AIR, car les niveaux de transparence et d'imputabilité devraient alors être nettement plus élevés.

Comme indiqué dans des travaux précédents de l'OCDE (OCDE, 2002, p. 69), les processus de consultation deviennent de plus en plus ouverts et accessibles, et ils servent de plus en plus souvent à appuyer l'élaboration des AIR.

La publication des documents d'AIR peut constituer un mécanisme d'assurance-qualité même dans les cas (contexte fédéral australien, par exemple) où elle est adoptée principalement comme un mécanisme de transparence, plutôt que d'être un véhicule de consultation en tant que tel. En d'autres termes, si les commentaires du public n'ont pas d'impact important dans la mesure où ils ne se traduiront pas par des révisions et une amélioration de l'analyse dans ce contexte, le fait pour les responsables de la réglementation de savoir qu'ils vont devoir défendre publiquement l'AIR les incitera sans doute à atteindre des normes d'analyse plus élevées.

Examen a posteriori de l'AIR

L'AIR, lorsqu'elle concerne une nouvelle réglementation, est nécessairement une analyse *a priori* et, par là même, sujette à des erreurs non négligeables. Les exigences de l'examen *a posteriori* des impacts de la réglementation peuvent avoir une incidence positive sur la qualité des AIR *ex ante*. Savoir que l'AIR sera examinée dans un délai relativement court peut contribuer à dissuader les responsables de la réglementation de manipuler éventuellement l'analyse au profit de la réglementation proposée.

De plus, dans une optique plus dynamique, l'examen *a posteriori* peut révéler des erreurs systémiques dans les méthodologies d'AIR et, partant, promouvoir des améliorations méthodologiques au fil du temps. Bien entendu, il faut pour cela que les résultats des examens *a posteriori* soient eux-mêmes systématiquement évalués et que toutes leurs conclusions soient intégrées aux orientations en matière d'AIR.

Les évaluations *a posteriori* peuvent être de plusieurs types. Harrington (2003) propose la taxonomie suivante en trois parties :

- Les tests de contenu évaluent l'AIR en déterminant s'il contient tous les éléments précisés dans les exigences en matière d'AIR et, dans certains cas, ils évaluent la qualité de chacun de ces éléments.
- Les tests de résultat évaluent l'AIR selon le degré de cohérence entre ses évaluations *a priori* des impacts de la réglementation et les impacts effectivement constatés (c'est-à-dire *a posteriori*).
- Les tests de fonction évaluent l'AIR en fonction de ses résultats – à savoir, sa capacité à faciliter le processus de réglementation et à produire des réglementations efficaces et équitables.

Un certain nombre de pays ont commencé à mettre en œuvre des indicateurs de performance de l'AIR qui peuvent être assimilés à des évaluations *a posteriori* fondées sur le contenu de l'AIR, au sens de la taxonomie de Harrington. Les États-Unis suivent une série de mesures d'intrants liés à l'AIR et se sont fixés les objectifs suivants :

- Faire en sorte qu'au moins 80 % des règles économiquement importantes comportent des estimations chiffrées des avantages et/ou des coûts.
- Et faire en sorte que 60 % des règles économiquement importantes soient pleinement conformes à la Circulaire A-4 de l'OMB.

Au Royaume-Uni, le taux de respect des exigences en matière d'AIR fait l'objet d'une surveillance systématique; ces dernières années, il serait proche de 100 %. Toutefois, on ne sait pas très bien à quels critères un document d'AIR doit satisfaire pour être réputé conforme. Au Royaume-Uni, le *National Audit Office* (NAO) commente également la pension des AIR à induire des changements dans les projets de réglementation.

En Australie, des rapports sur le respect de la réglementation sont publiés chaque année, avec un ensemble de neuf Indicateurs de performance de la réglementation. Ces indicateurs ont été formulés en 1997 et l'on peut dire que trois d'entre eux sont liés directement à la qualité des processus d'AIR :

- La proportion d'AIR qui ont correctement abordé la question des avantages nets pour la collectivité.
- La proportion d'AIR qui ont dûment justifié la charge de mise en conformité pour les entreprises.
- La proportion d'AIR comportant une déclaration adéquate de consultation.

On a généralement constaté un taux de conformité élevé, atteignant 91 % pour les trois indicateurs en 2003-04. Toutefois, en dépit de ce chiffre élevé, la qualité de la réglementation continue de susciter des préoccupations, ce qui a conduit les autorités à annoncer en août 2006 d'importantes améliorations de l'AIR et des exigences connexes afférentes à la qualité et aux processus réglementaires. Ainsi, on assiste actuellement à un durcissement des exigences australiennes en matière d'AIR dans ces domaines, tandis que l'éventail des indicateurs suivis est élargi (gouvernement d'Australie, 2006).

Parallèlement à ces démarches fondées sur des indicateurs, certaines évaluations plus substantielles du contenu des AIR ont été engagées ces dernières années. On en trouve un exemple important au Royaume-Uni. Depuis 2000, le NAO publie une analyse annuelle des évaluations d'impact de la réglementation qui constitue un examen détaillé de la performance des AIR, fondé sur un échantillon d'AIR publiées au cours de l'année précédente. Étant donné en particulier les contraintes de calendrier, il n'est guère possible d'effectuer des tests d'évaluation des résultats. Toutefois, ce programme d'examen est considéré comme un moyen efficace de cerner les problèmes importants de la pratique de l'AIR et de faire en sorte que des mesures soient prises pour améliorer la qualité des AIR ultérieures. Cette forme d'évaluation bénéficie d'un grand degré d'autonomie, car le NAO est lui-même juridiquement indépendant du gouvernement et, de plus, il n'a aucune responsabilité dans l'évaluation initiale de l'AIR.

Dans certains cas, une commission parlementaire revoit les documents d'AIR et peut demander des informations complémentaires au sujet de l'analyse. Cette fonction constitue également une forme d'examen *a posteriori* de l'AIR fondée sur le contenu. Il s'agit d'une légère extension de la fonction traditionnelle des commissions d'enquête parlementaires, étant donné que le Parlement conserve généralement le pouvoir de rejeter la législation déléguée (instrument législatif établi en vertu d'une autorité déléguée par le Parlement). Ainsi, en Australie, la Commission permanente du Sénat sur l'examen des réglementations et des ordonnances revoit tous les instruments susceptibles d'être rejetés et peut prendre en considération la pertinence de l'AIR lorsqu'elle décide de rejeter un instrument.

Lorsqu'une commission d'enquête parlementaire revoit les documents d'AIR, elle englobe dans le champ de sa mission d'enquête cet aspect des exigences de procédure pour l'élaboration d'une réglementation. Quand un document d'AIR est jugé sérieusement défaillant, il peut en découler une recommandation de rejet de la réglementation en question. À cet égard,

il n'est pas surprenant qu'une commission parlementaire exerce nettement plus de pouvoirs que ne le fait un organe d'examen de la réglementation au sein de l'administration.

Une autre forme d'examen *a posteriori* fondé sur le contenu émane des tribunaux, qui peuvent constituer un important contrepois à l'exercice du pouvoir de réglementation dans certains pays (notamment, aux États-Unis). Encore une fois, un diagnostic de forte carence d'une AIR peut être réputé constituer un vice de procédure important et conduire à l'invalidation de la réglementation en question. La perspective d'une action devant les tribunaux peut donc constituer un important mécanisme d'assurance-qualité pour l'AIR.

On ne dispose encore que de peu d'indications permettant de parler d'une généralisation des évaluations *a posteriori* des prédictions *ex ante* sur les impacts probables de la réglementation contenues dans des documents d'AIR – à savoir, les « tests de résultats », pour reprendre la terminologie d'Harrington. Au Royaume-Uni, le NAO a récemment attiré l'attention sur cette question, faisant observer que « l'évaluation *a posteriori* de nouvelles réglementations est largement négligée, étant donné que les évaluations ministérielles sont soit embryonnaires, soit isolées » (NAO, 2006). Il note toutefois qu'une administration au moins envisage actuellement de procéder à une évaluation *a posteriori* de sa réglementation et a récemment commandé des travaux de recherche dans ce domaine.

En Australie, l'administration vient d'accepter l'une des recommandations du rapport *Rethinking Regulation*⁴⁰, en vertu de laquelle elle va engager un programme sélectif d'examen *a posteriori* des réglementations un à deux ans après leur mise en œuvre, l'accent étant mis sur les réglementations dispensées d'AIR pour des raisons d'urgence et sur celles pour lesquelles l'AIR a révélé une grande incertitude concernant l'ampleur de la charge de mise en conformité ou le niveau des avantages nets. Le rapport préconise en outre le remplacement des clauses actuelles de caducité automatique au bout de 10 ans par un cycle de révision très court (tous les cinq ans), qui nécessiterait en fait que des évaluations *a posteriori* soient menées tous les cinq ans dans le cadre de l'élaboration de nouvelles AIR pour les réglementations de remplacement. Toutefois, cette recommandation a été rejetée.

Il convient de relever que ces recommandations ont été formulées alors que les documents AIR sont déjà censés comporter une section « mise en œuvre et révision » qui précise les mécanismes d'examen à appliquer au projet de réglementation. De même, au Royaume-Uni, les commentaires du NAO s'inscrivent dans un contexte où chaque AIR doit déjà préciser comment et à quel moment l'efficacité de la réglementation sera mesurée (OCDE, 2004). Par conséquent, il semble que, même lorsqu'une évaluation *a posteriori* est systématiquement prévue, dans la pratique on rencontre d'importantes difficultés de mise en conformité. Ce constat donne lui-même à penser qu'il faudrait mettre en place un mécanisme permanent de notification des résultats de ces évaluations.

Un exemple remarquable de test de résultat appliqué à une AIR est celui publié par Harrington *et al.* (2001), qui conclut que les coûts attendus du projet de réglementation avaient été systématiquement surestimés par l'AIR. Toutefois, si ce résultat a apporté un certain nombre d'arguments aux détracteurs de l'AIR qui prétendent que cette situation est fréquente, l'analyse de Harrington a aussi révélé que les avantages attendus de la proposition de réglementation avaient été constamment surestimés. Ce degré de surestimation était si important, considéré dans son ensemble, que l'AIR n'a montré aucun biais systématique s'agissant de l'estimation des coûts unitaires (coût par unité d'avantage obtenu) (Harrington, 2004).

L'Inventaire des AIR recense un certain nombre de mécanismes d'examen *a posteriori* actuellement utilisés. Cette liste révèle une variation considérable de l'approche de l'examen et du degré de spécificité de ces prescriptions d'examen *a posteriori* vis-à-vis de la réglementation. Quelques exemples particulièrement applicables à la réglementation :

- Au Danemark, l'administration choisit chaque année une quinzaine de lois qui seront examinées trois ans après leur entrée en vigueur.
- L'Allemagne a créé le concept de l'AIR rétrospective, qui doit être réalisée une fois que l'on dispose d'une certaine expérience opérationnelle de la nouvelle réglementation.
- Dans la CE, les services sont priés de fournir des plans de suivi et d'évaluation des projets, tandis que les projets doivent eux-mêmes contenir des clauses de révision le cas échéant, en particulier dans des domaines sujets à une évolution technologique rapide.

Les tests de fonction – à savoir, les évaluations *ex post* systématiques de la contribution de l'AIR à l'efficacité et à l'efficacéité de la réglementation, restent pour ainsi dire inconnus. Toutefois, il convient de noter que les États-Unis ont tenté de calculer les avantages et coûts globaux des principales réglementations (celles qui nécessitent une AIR) au cours des 20 années écoulées. Les résultats indiquent que chaque année on avait prévu que les nouvelles réglementations importantes produiraient des avantages nets substantiels. Toutefois, la très grande variabilité annuelle de l'estimation des avantages moyens, en particulier, tend à souligner la difficulté de cette tâche et peut refléter des différences, d'une année à l'autre, dans la proportion d'avantages ayant pu être quantifiés, autant que de réelles différences liées à la performance de la réglementation⁴¹.

Conclusion

Le présent document montre que divers pays de l'OCDE déploient actuellement une grande activité en vue d'élaborer des politiques dans le domaine des processus et des obligations essentielles concernant les AIR. Beaucoup de ces projets sont menés dans des pays qui ont déjà une très longue expérience de l'AIR. Cela confirme que l'apprentissage dans le domaine de l'AIR est un processus de longue haleine, mais aussi que les premiers pays à l'adopter ont toujours la volonté politique de renforcer les obligations en matière d'AIR et d'améliorer la contribution de l'AIR à la qualité de la réglementation.

Cette activité d'élaboration des politiques semble concerner aussi bien les prescriptions techniques à respecter pour la réalisation d'une AIR que les procédures à suivre. Dans un certain nombre de domaines il subsiste des difficultés non négligeables, qui nécessitent d'importants travaux complémentaires.

Il est évident que l'AIR est souvent engagée trop tardivement dans le processus d'élaboration des politiques pour avoir un effet sensible sur l'issue de la réglementation. Il semble bien que l'introduction d'une AIR « en deux temps » obligatoire favorise un démarrage plus précoce du processus – avec à la clé des gains d'efficacité substantiels – mais peu de pays ont opté pour cette solution. Les efforts déployés pour trouver d'autres moyens efficaces d'améliorer la pratique dans ce domaine sont restés pour l'instant assez infructueux. *Veiller à ce que l'AIR soit systématiquement engagée à un stade précoce du processus reste une priorité.*

S'agissant des orientations méthodologiques fournies aux responsables de la conduite des AIR, il subsiste d'importantes lacunes, dans la mesure où les textes ne sont ni exhaustifs ni adaptés. On manque à l'évidence de règles claires et transparentes concernant les méthodologies AIR acceptables. En dépit d'une nette augmentation du nombre de pays qui se sont globalement engagés à faire de l'ACA le fondement de leurs

AIR, dans la plupart des cas il n'y a guère eu, semble-t-il, d'efforts pour prendre en compte l'importante littérature technique disponible sur la question, *exposer des attentes méthodologiques claires et fournir des orientations exhaustives et judicieuses aux personnes chargées de réaliser les AIR.*

Cela pourrait nuire à la qualité des AIR dans plusieurs domaines, qu'il s'agisse du traitement du risque, de l'évaluation d'une vie statistique, des taux d'actualisation ou du recours aux analyses de sensibilité. Un examen plus approfondi des pratiques nationales en la matière et des positions de principe sous-jacentes serait un premier pas utile vers la formulation d'orientations sur les pratiques exemplaires à respecter pour la mise en œuvre de l'ACA dans le contexte spécifique de l'AIR. L'optimisation de la qualité de l'analyse quantitative dans le cadre d'une AIR constitue un autre fondement essentiel des efforts engagés récemment pour mieux intégrer analyse quantitative et analyse qualitative et, ce faisant, fournir des conseils plus utiles aux responsables de l'élaboration des politiques.

Au-delà du seul cadre de l'analyse coûts-avantages, il conviendrait d'engager des recherches et des débats complémentaires sur l'utilisation d'autres catégories de méthodes d'analyse, notamment des démarches macroéconomiques ou des méthodes fondées sur des modèles d'équilibre général, ainsi que sur les avantages et les risques inhérents à l'adoption de ces analyses.

La perte de cohérence des politiques constitue également un risque important au vu de l'évolution récente de l'AIR. Cette situation s'explique par la tendance à la prolifération des obligations en matière d'analyses d'impact partielles, axées sur les répercussions possibles des projets de réglementation sur certains groupes de la société. Cette tendance peut certes comporter un certain nombre d'avantages sur le plan politique, notamment parce que l'AIR devient plus acceptable par certains groupes, mais il convient de mettre au point des stratégies pour faire une synthèse des évaluations d'impact à l'échelle de l'administration toute entière, dans un souci de cohérence des politiques.

Étant donné la nature ciblée de l'AIR, les responsables de la plupart des organismes de réglementation n'auront inévitablement que des occasions limitées d'effectuer une AIR. Les AIR étant de plus en plus complexes, cette situation pourrait avoir des répercussions internes sur la gestion de ces organismes, et les contraindre notamment à faire appel à des groupes d'experts internes ou externes, capables de leur fournir ces services. Il faut aussi que ce processus s'accompagne d'un changement culturel, afin de faire mieux comprendre l'objectif de l'AIR et sa contribution à la qualité des processus d'élaboration des politiques.

Une diffusion plus large des documents afférents aux AIR peut conduire à un meilleur échange d'informations au sein de l'administration en ce qui concerne les pratiques exemplaires, les démarches analytiques et les méthodes de collecte de données, et par là même contribuer notablement à améliorer la qualité des AIR futures. Cette tendance pourrait s'affirmer avec les initiatives constatées récemment dans un pays au moins en vue de créer un réseau AIR pour faciliter les échanges directs d'informations entre organismes de réglementation.

En résumé, l'AIR reste une priorité de l'action des pouvoirs publics dans un large éventail de pays de l'OCDE, de même qu'un instrument essentiel de la politique de réglementation. Toutefois, les indications les plus récentes soulignent, une fois encore, que la mise en place d'un dispositif de bonnes pratiques d'AIR constitue inévitablement une entreprise de longue haleine, et montrent par ailleurs qu'il reste beaucoup à faire, même dans les pays qui ont été parmi les premiers à mettre en place des processus d'AIR, si l'on

veut que cet outil puisse non seulement donner la pleine mesure de ses possibilités dans le cadre général de la politique de réglementation, mais aussi s'adapter à un environnement politique en perpétuelle évolution.

Notes

1. En Australie, des organes de décision importants en matière de réglementation sont les « Conseils ministériels », par le biais desquels des normes réglementaires harmonisées à l'échelon national sont élaborées dans des domaines relevant largement ou totalement de la responsabilité des administrations des États. Les AIR concernant les projets portés devant ces Conseils se font en deux temps. Voir www.pc.gov.au/orr/reports/external/coag/index.html.
2. Il convient de distinguer l'AIR en « deux temps », telle qu'elle est discutée ici, des modèles tels que ceux qui ont été adoptés aux Pays-Bas et à la Commission européenne, où une AIR préliminaire est d'abord préparée, suivie d'une AIR complète. L'exemple australien cité ici d'une AIR en « deux temps » prévoit l'établissement de deux documents complets d'AIR à des stades différents du processus d'élaboration de la politique.
3. *Regulatory Impact Assessments and Sustainable Development*, exposé préparé à l'intention de la Commission parlementaire d'audit environnemental, 22 mai 2006, *National Audit Office*, Londres, p. 2.
4. Deighton-Smith (2007). Les statistiques sur l'AIR et les changements de réglementation proviennent de *Regulation and its Review 2004-05*, *Office of Regulation Review*. Voir www.pc.gov.au/orr.
5. Comme indiqué précédemment, le nombre d'AIR préparées aux États-Unis et en Australie est plus ou moins identique. Pourtant, environ 10 fois plus de règles sont édictées aux États-Unis, avec quelque 3 500 règles rédigées chaque année (OCDE, 2002), contre 341 règles édictées par l'administration australienne en 2005.
6. En d'autres termes, une centaine de règles imposeraient des coûts de plus de 100 millions de dollars par an et, par conséquent, nécessitent la réalisation d'une analyse coûts-avantages quantitative. En outre, l'OMB revoit quelque 500 autres règles chaque année, et elle est tenue de vérifier que les avantages potentiels desdites règles sont susceptibles d'en justifier les coûts.
7. L'obligation de procéder à une analyse coûts-avantages complète peut constituer une réponse tardive à une multiplication d'analyses partielles exigées, comme cela s'est produit en 2004 dans le cadre de la Commission européenne. Voir *Impact Assessment: Next Steps*, Commission des Communautés européennes, *Commission Staff Working Paper*, octobre 2004, SEC (2004)1377.
8. Cela dit, les ministères des Affaires économiques, de l'Environnement et de la Justice travaillent en coopération pour mettre sur pied l'Office d'examen des projets de législation, qui passe au crible les nouveaux projets de réglementation afin de vérifier que les tests pertinents ont été correctement effectués. Si les agents de chaque ministère ne participent à l'évaluation que d'un seul test, un unique avis est rendu en fin de compte au nom de l'Office d'examen des projets de législation dans son ensemble.
9. Y compris les documents d'orientation en matière d'AIR de l'Australie, de la Commission européenne et de l'Irlande.
10. *Plumbing (Water and Energy Savings) Regulations 2004* (Victoria). L'AIR est disponible sur demande auprès de la *Plumbing Industry Commission*, www.pic.vic.gov.au. Une brève discussion des échecs méthodologiques de l'AIR est également disponible sur : www.ipa.org.au/files/MORAN%20Housing%20speech%20July%202005.pdf.
11. Des projets de lignes directrices relatives à l'intégration d'une analyse de la politique de la concurrence dans l'AIR ont été examinés en juin 2006 lors d'une réunion du Groupe de travail n° 2 de l'OCDE sur la concurrence et la réglementation en juin 2006. Voir DAF/COMP/WP2(2006)4 et DAF/COMP/WP2(2006)5. Le Royaume-Uni a récemment publié des orientations révisées en la matière à l'intention des auteurs d'AIR.
12. Deighton-Smith, R. (2007). L'enquête de 2001 reposait sur un échantillon et concernait les AIR préparées en vertu des exigences du Conseil des administrations australiennes. Les données de Victoria portent sur 2004-05 et 2005-06 et sont exhaustives.
13. Il convient de noter que de simples comparaisons entre les pays ou groupes de pays du pourcentage d'AIR comportant un chiffrage des coûts et avantages risquent d'être trompeuses du fait des différences de seuils appliqués en matière d'AIR. Ainsi, en Australie, les lignes directrices en matière d'AIR indiquent que le degré de chiffrage doit être proportionnel à l'étendue des

- impacts réglementaires évalués. Toutefois, l'obligation de procéder à une AIR porte sur des réglementations nettement moins importantes qu'aux États-Unis, par exemple.
14. Voir *Victorian Guide to Regulation* (www.vcec.vic.gov.au). Pour des informations générales sur cet instrument, voir, par exemple : www.balancedscorecard.org/basics/bsc1.html.
 15. *Handbook on Benefit-Cost Analysis*, Department of Finance and Administration, Administration of Australia, janvier 2006. Voir : www.finance.gov.au.
 16. De nouvelles orientations en matière d'AIR devraient être adoptées prochainement. La version actuelle est considérablement abrégée et ne devrait pas contenir de détails techniques de cet ordre. Toutefois, on s'attend à ce que des orientations techniques supplémentaires soient proposées dans l'avenir en complément de ce guide général.
 17. Conseils et vérifications, Canada, août 1995, p. 80. Voir www.pco-bcp.gc.ca/raoics-srhc/docs/publications/CostBenefitGuideforRegul/CostBenefitGuideforRegul_e.pdf.
 18. Par exemple, le *Guide canadien d'évaluation des incidences sur la santé* (2004), de Santé Canada, propose des estimations de la valeur de la vie statistique tirées des recherches de Viscusi. Il cite des évaluations (en dollars canadiens de 2000) qui vont de 1 million à 22.6 millions de dollars, avec une valeur médiane de 6.8 millions et une valeur moyenne de 8.4 millions.
 19. SEC (2005)791, 15 juin 2005, voir les annexes, p. 38.
 20. *Circular A4 to Heads of all Regulatory Agencies* (17 septembre 2003), *Regulatory Analysis*, Office of Management and Budget. Voir pp. 9-10.
 21. Une évolution récente en Australie concerne l'annonce des pouvoirs publics selon laquelle le défaut d'évaluation du risque constituera désormais un motif officiel de rejet de l'AIR, reconnue insuffisante pour cette raison.
 22. Le document d'orientation en matière d'AIR qui existe aux États-Unis semble constituer à cet égard une sorte d'exception.
 23. Voir www.brc.gov.uk/work_programme.
 24. Voir le manuel AIR néerlandais, p. 2, (version anglaise).
 25. Majone note que 11 définitions différentes du principe ont été recensées, y compris dans le contexte du droit allemand de l'environnement, où il trouve son origine.
 26. *Regulatory Analysis*, OMB Circular A-4, septembre 2003.
 27. Le Réseau comprend actuellement le Royaume-Uni, la Norvège, la Suède, le Danemark, la Belgique, les Pays-Bas, la Pologne, la France, la Hongrie, la République tchèque et l'Estonie. Voir www.administrative-burdens.com.
 28. Pour des informations sur l'*Australian Business Cost Calculator*, voir www.industry.gov.au/content/itinternet/cmscontent.cfm?objectId=BA9E0CA8-D420-DD1E-84CB334C068AFE94&searchID=168216.
 29. Voir www.finance.gov.ie/CSTC/viewdoc.asp?fn=/CSTC/CSTDCdocs/RegulatoryImpactAnalysis.htm.
 30. Pour plus de détails, voir : www.treasurer.gov.au/tsr/content/pressreleases/2006/088.asp.
 31. Jacobs cite également les exemples de l'Irlande, de la Nouvelle-Zélande et de la Suède.
 32. Un autre département de l'ORR est chargé de fournir des conseils techniques sur l'utilisation devenue obligatoire du « *Business Cost Calculator* ».
 33. Au Royaume-Uni, un autre indice de l'ampleur du soutien politique au processus d'AIR dans son ensemble tient au fait que la préface au document actuel de consultation en matière d'AIR a été rédigée par un Ministre appartenant au *Cabinet Office*.
 34. L'*Office of Regulation Review* fait partie de la Commission de la productivité, qui est indépendante. Voir www.pc.gov.au.
 35. Voir la loi sur les instruments législatifs de 2003. Un récent rapport à l'administration australienne sur la nécessité de repenser la réglementation (*Rethinking Regulation*) a encore une fois recommandé que les obligations d'AIR figurent dans la loi, mais l'administration a refusé d'adopter cette recommandation.
 36. Aux termes de l'*Executive Order* 12 866, les organismes ne peuvent publier aucun projet de réglementation tant que l'OMB n'a pas la certitude que les avantages d'une mesure donnée sont susceptibles d'en justifier les coûts.

37. En outre, l'éventail des critères d'insuffisance d'une AIR a été élargi dans le cadre de ces changements.
38. *Budget 2005*, p. 48. Gouvernement du Royaume-Uni.
39. L'administration australienne a récemment annoncé (15 août 2006) qu'elle élaborerait une politique « à l'échelle de l'administration tout entière » sur la consultation, avec création d'un site Internet de consultation des entreprises. Elle s'est par ailleurs engagée à faire paraître des Livres verts pour consultation sur les principales initiatives réglementaires. Toutefois, la question de savoir si l'AIR sera intégrée à ces processus améliorés de consultation n'a pas été abordée lors de cette annonce.
40. *Rethinking Regulation, Report of Task Force on Reducing Regulatory Burdens on Business*, janvier 2006. Voir www.regulationtaskforce.gov.au.
41. Par exemple, d'après les données de l'OMB, les avantages des principales réglementations nouvelles adoptées en 2003 se sont montés au total à 4 milliards de dollars, contre environ 53 milliards de dollars en 2004.

Bibliographie

- Alberini, A., M. Cropper, A. Krupnick et N.B. Simon (2002), « Does the Value of a Statistical Life Vary with Age and Health Status? Evidence from the United States and Canada », *Discussion paper 02-19*, Resources for the Future, Washington DC.
- Cabinet Office Better Regulation Executive (2006), *The Tools to Deliver Better Regulation: Revising the Regulatory Impact Assessment – A Consultation*, gouvernement du Royaume-Uni, juillet.
- Commission des Communautés européennes (2004), « Impact Assessment: Next Steps », Document de travail des services de la Commission, octobre, SEC(2004)1377.
- Commission des Communautés européennes (2005), *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact*, SEC(2005)791, 15 juin.
- Commission des Communautés européennes (2005), *Améliorer la réglementation en matière de croissance et d'emploi dans l'Union européenne*, cité dans Jacobs (2006).
- Deighton-Smith, R. (2007), « Regulatory Impact Assessment in Australia: A Survey of Twenty Years of RIA Implementation », p. 8, in *Regulatory Impact Analysis: Toward Better Regulation?* Edward Elgar, Londres.
- Gouvernement australien (1998), *A Guide to Regulation*, Office of Regulation Review.
- Gouvernement australien (2006a), *Handbook on Benefit-Cost Analysis*, Department of Finance and Administration.
- Gouvernement australien (2006b), « Rethinking Regulation, Report of the Task Force on Reducing Regulatory Burdens on Business », réponse du gouvernement australien, janvier.
- Gouvernement du Canada (1995), *Benefit-Cost Analysis Guide for Regulatory Programs*, Canada Treasury Board, Consulting and Audit Canada, Ottawa.
- Gouvernement des États-Unis (1993), « Regulatory Planning and Review », Executive Order 12 866.
- Gouvernement des États-Unis (2003), « Regulatory Analysis », Circulaire A4 (17 septembre) adressée aux responsables d'agences réglementaires, Office of Management and Budget.
- Gouvernement du Royaume-Uni (2001), *Reducing Risks, Protecting People: HSE'S Decision-Making Process*, Health and Safety Executive.
- Gouvernement du Royaume-Uni (2006a), « Regulatory Impact Assessment Guidance », Cabinet Office Better Regulation Executive, disponible sur : www.cabinetoffice.gov.uk/regulation/ria/ria_guidance/index.asp.
- Gouvernement du Royaume-Uni (2006b), *The Tools to Deliver Better Regulation – Revising the Regulatory Impact Assessment: a Consultation*, Cabinet Office, Better Regulation Executive.
- Gouvernement du Royaume-Uni (2006c), « Regulatory Impact Assessments and Sustainable Development », Briefing for the Parliamentary Environmental Audit Committee, 22 mai, National Audit Office.
- Gouvernement du Royaume-Uni (2006c), « Evaluation of Regulatory Impact Assessments 2005-06 », National Audit Office, 28 juin.

- Harrington, W. (2004), « RIA Assessment Methods: Resources for the Future », Washington DC (Document établi pour OCDE/GOV).
- Harrington, W., R.D. Morgenstern et P. Nelson (2001), « On the Accuracy of Regulatory Cost Estimates », *Journal of Public Policy and Management*, 19(3).
- Hazilla, M. et R.J. Kopp. (1990), « Social Costs of Environmental Quality Regulations: A General Equilibrium Analysis », *Journal of Political Economy*, vol. 98, n° 4 (août), pp. 853-873.
- Jacobs, S.H. (2006), « Les tendances internationales dans les études d'impact de la réglementation : Leçons pour le Canada », projet de recherche sur les politiques, gouvernement du Canada, *Working Paper* n° 26, juin.
- Kopp, R.J., A.J. Krupnick et M. Toman (1997), *Cost-Benefit Analysis and Regulatory Reform: An Assessment of the Science and the Art Resources for the Future*, Washington DC.
- Majone, G. (2006), « Questions stratégiques de régulation et de gestion des risques », GOV/PGC/REG(2006)1/ANN1
- New Zealand Government (1999), *A Guide to Preparing Regulatory Impact Statements*, Ministry of Commerce, 16 mars.
- OCDE (1997), *L'analyse de l'impact de la réglementation : Meilleures pratiques dans les pays de l'OCDE*, éditions de l'OCDE, Paris.
- OCDE (1999), *La réforme de la réglementation aux Pays-Bas*, éditions de l'OCDE, Paris.
- OCDE (1999a), *La réforme de la réglementation aux États-Unis*, éditions de l'OCDE, Paris.
- OCDE (2001), *La réforme de la réglementation en Corée*, éditions de l'OCDE, Paris.
- OCDE (2002), *Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE : De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation*, éditions de l'OCDE, Paris.
- OCDE (2003), « Les performances de la réglementation – Évaluation a posteriori des politiques de réglementation », Actes de la réunion d'experts OCDE, 22 septembre 2003, GOV/PUMA(2003)3.
- OCDE (2004b), « RIA Inventory », GOV/PGC/RD(2004)1.
- OCDE (2006a), « Note de synthèse : L'intégration des évaluations de la concurrence à l'analyse d'impact de la réglementation », DAF/COMP/WP2(2006)4/REV1.
- OCDE (2006b), « Guide to Performing Competition Assessment of Regulations », DAF/COMP/WP2(2006)5/REV1.
- Victorian Government (2005), « Victorian Guide to Regulation », gouvernement de Victoria, Australie.
- Wiener, J.B. (2006), « Le risque et la réglementation : questions à examiner », GOV/PGC/REG(2006)1/ANN2.

Chapitre 3

Cadre méthodologique pour l'analyse d'impact de la réglementation : Valuation, risque et analyse coûts-avantages

Le chapitre 3 est consacré à l'examen de la méthodologie de l'AIR. Il recoupe des documents semblables sur la capacité des différentes méthodes à influencer sur la qualité de l'AIR, mais est beaucoup plus étoffé en ce qui concerne certains aspects techniques de la préparation d'une AIR. L'AIR vise avant tout à améliorer la prise de décisions fondée sur des données factuelles en matière de politiques publiques. Le chapitre 3 porte essentiellement sur les questions méthodologiques qui risquent d'influer sensiblement sur la qualité de l'AIR, notamment les plus controversées. Il passe en revue une série de documents d'orientation issus de pays de l'OCDE, l'objectif étant de comparer les différences d'approche et d'examiner certains domaines perfectibles. Les sujets abordés sont les suivants : mise en place de tests de seuil pour justifier l'AIR ; méthodes analytiques, notamment l'analyse coûts-avantages, l'analyse du point d'équilibre et l'analyse multicritères ; méthodes d'évaluation ; évaluation des risques.

Introduction

L'analyse d'impact de la réglementation (AIR) est utilisée désormais par la quasi-totalité des pays de l'OCDE en tant qu'outil d'assurance-qualité de la réglementation, ainsi que par la Commission européenne et de nombreux pays en transition. L'histoire de l'AIR remonte à plus de 25 ans dans certains pays membres, tandis qu'elle est nettement plus récente dans d'autres. Dans tous les cas, les pratiques et les démarches méthodologiques continuent d'évoluer, en fonction des enseignements tirés de l'action publique et de l'expérience pratique acquise dans la mise en œuvre d'AIR dans un nombre sans cesse croissant de pays.

La mise en œuvre réussie d'une AIR comporte à la fois des éléments systémiques et des considérations méthodologiques. Dans la catégorie des éléments systémiques, au nombre des facteurs de réussite déterminants, il convient de vérifier que l'AIR bénéficie d'un soutien politique à haut niveau, qu'elle est engagée à un stade précoce du processus d'élaboration des politiques et que des mécanismes appropriés de contrôle de la qualité sont en place; il faut également intégrer AIR et consultation publique, fournir une formation et un soutien adaptés aux responsables de l'AIR et veiller à ce que les résultats de l'AIR soient effectivement communiqués aux décideurs.

Dans ce contexte, il est important de s'assurer que les aspects méthodologiques sont abordés de façon correcte et uniforme de manière à garantir une certaine cohérence dans l'élaboration des politiques. En conséquence, le présent rapport est spécifiquement centré sur les questions méthodologiques concernant l'AIR. Toutefois, les aspects méthodologiques de l'AIR ne sauraient être strictement dissociés de certains des aspects systémiques. Un certain nombre des aspects méthodologiques évoqués dans le présent document ont des conséquences sur l'application systématique de l'AIR. Si le présent document est axé sur une analyse détaillée des aspects méthodologiques de l'AIR, il est impossible d'améliorer les méthodologies en matière d'AIR sans prendre en compte les considérations systémiques.

Les aspects méthodologiques développés ici ont été sélectionnés du fait de leur impact non négligeable sur la qualité d'ensemble de l'AIR – et, de fait, sur les propositions de réglementation qui en résultent – et, dans bien des cas, en raison des complexités et des controverses auxquelles ils donnent lieu.

Le présent document a donc pour objectif de :

- Résumer les similitudes et les différences dans les démarches méthodologiques actuelles et recenser les pratiques et les tendances communes.
- Plus particulièrement, dresser la liste des différences dans la manière d'aborder l'analyse coûts-avantages.
- Mettre en exergue les aspects théoriques fondamentaux à l'origine des différences constatées dans les pratiques nationales.

- Faire ressortir les aspects les plus importants de la formulation d'orientations méthodologiques devant faire office de pratiques exemplaires.
- Et dresser la liste des points méthodologiques devant figurer dans ces orientations.

C'est ainsi que l'on trouvera à l'annexe 3.A1 un ensemble de lignes directrices provisoires concernant les orientations méthodologiques sur l'AIR qui devront être examinées.

Le présent document a été rédigé à la suite d'un examen et d'une analyse détaillés des documents pertinents disponibles émanant d'un groupe de pays de l'OCDE. Il s'agit principalement de documents d'orientation sur l'AIR et de documents d'orientation relatifs à l'analyse coûts-avantages (ACA) publiés par certaines administrations de pays de l'OCDE. Pour des raisons linguistiques, les documents d'orientation sur l'AIR provenant de l'Australie, du Canada, des États-Unis, de l'Irlande, de la Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni ont été examinés. En outre, on a examiné les documents d'orientation sur l'utilisation de l'ACA dans le contexte du secteur public qui sont établis par les ministères des Finances dans un certain nombre de ces pays. Enfin, on a étudié un récent document énonçant la politique française d'utilisation des taux d'actualisation dans le contexte du secteur public. Une liste complète des textes examinés figure dans la bibliographie. Il est possible que ces documents d'orientation sur l'AIR contiennent également des indications pertinentes, mais ces documents n'ont pas pu être pleinement mis à profit du fait de ces obstacles linguistiques.

Encadré 3.1. **Actualisation des références aux documents d'orientation analysés**

Des versions mises à jour des guides australien et néo-zélandais sur l'AIR ont été publiées depuis la rédaction de la première version de ce document*. En outre, on a trouvé un guide de l'ACA établi par le Trésor néo-zélandais. Les références au guide australien sur l'AIR ont donc été actualisées dans la présente version de ce document tandis qu'une référence appropriée a été ajoutée au guide de l'ACA néo-zélandais.

Toutefois, les références à la précédente édition du guide néo-zélandais ont été maintenues à la suite d'une consultation avec des fonctionnaires chargés de la réforme de la réglementation. Cela traduit la nature des modifications spécifiques apportées au document d'orientation de la Nouvelle-Zélande. Plus précisément, le nouveau guide renonce délibérément à donner des orientations méthodologiques détaillées afin d'aboutir à un guide plus accessible aux autorités de réglementation et donc plus susceptible d'être consulté systématiquement. Le guide sur l'AIR s'attache donc désormais plus aux processus et à l'action des pouvoirs publics, tandis que les orientations méthodologiques sont données directement aux autorités de réglementation par le ministère du Développement économique et par l'intermédiaire du guide de l'ACA publié par le Trésor néo-zélandais.

Comme le présent document vise à mettre en évidence les pratiques des pays et à les comparer pour mettre en évidence les pratiques exemplaires, il a paru utile de conserver les références aux commentaires méthodologiques contenus dans le guide néo-zélandais de 1999. Cette édition du guide reste disponible auprès du ministère du Développement économique en tant que document d'archive.

* Le guide de l'Union européenne sur l'AIR est aussi en cours de révision. Toutefois, la nouvelle édition n'était pas disponible au moment de la rédaction du présent document, à savoir novembre 2007.

Des demandes d'information ont également été adressées à une série d'autres pays membres ayant fait part de leur intérêt pour la question. En réponse à ces demandes, les éléments relatifs à la méthodologie de l'AIR adressés par l'Allemagne, la Belgique, le Danemark et la Norvège ont été référencés dans la mesure du possible¹. Si l'analyse effectuée repose sur l'étude d'une minorité de pays, un grand nombre de ces pays ont mis en œuvre des analyses d'impact de la réglementation depuis longtemps et possèdent, par conséquent, une expérience non négligeable des aspects méthodologiques de l'AIR.

L'analyse réalisée dans le présent document pourrait constituer, pour certains pays, une source d'indications spécifiques quant à la manière d'affiner leurs démarches méthodologiques dans certains domaines déterminants. Ce travail peut également servir à mettre en exergue les aspects méthodologiques qui devront faire l'objet d'une attention particulière au fur et à mesure que les pays vont continuer de préciser leurs exigences en matière d'AIR. De manière plus générale, le présent document évoque la nécessité d'une amélioration des démarches méthodologiques dans les domaines les plus susceptibles de contribuer à une amélioration de l'efficacité de l'action publique : de meilleures méthodes supposent une meilleure analyse et, partant, une réglementation de meilleure qualité.

Il pourrait également être judicieux d'encourager davantage de cohérence des méthodes et des démarches analytiques en matière d'AIR entre les différents pays. Dans la mesure où les pays visent une coopération transfrontalière en matière de réglementation, une plus grande uniformité des démarches analytiques devrait pour le moins tendre à réduire les différences de réglementation, et ce même si les pays adoptent des priorités et des démarches stratégiques différentes.

Les quatre sections ci-dessous abordent différents aspects des méthodologies de l'AIR et des orientations fournies par les pays membres. La section sur les questions de seuil s'intéresse aux exigences et aux orientations s'agissant de la « question des seuils » à partir desquels il faudrait réglementer. La section sur les principales exigences méthodologiques passe en revue les exigences méthodologiques générales applicables à la conduite d'une AIR. La section sur les éléments méthodologiques de l'analyse coûts-avantages porte plus sur une série de points méthodologiques relatifs à l'analyse coûts-avantages. Enfin, la section sur le rôle des analyses partielles spécifiques concerne l'utilisation de l'analyse d'impact partielle et le lien entre cette analyse et l'exigence globale de procéder à une analyse.

Les questions de seuil

Aperçu

La décision sur la question de savoir s'il faut adopter une réglementation relève à proprement parler du niveau politique, l'AIR constituant un moyen de donner les informations pertinentes aux décideurs sous une forme systématique. La Recommandation de l'OCDE de 1995 sur la qualité de la réglementation² et, plus spécifiquement, la Liste de critères de référence en dix points qui en fait partie, couvre une série de questions en vue de garantir le respect de bons principes en matière de prise de décision et de processus judiciaires de réglementation de nature à fournir des informations de grande qualité aux décideurs.

Les questions 2 et 3 de la Liste de critères demandent « L'intervention des pouvoirs publics est-elle justifiée? » et « La réglementation représente-t-elle la meilleure forme d'intervention gouvernementale? » Ces questions, qui reflètent une approche judicieuse

de la prise de décisions à la lumière des résultats de l'AIR, sont aussi reprises dans de nombreux documents d'orientation sur l'AIR à titre de « tests de seuil » qui peuvent aussi s'appliquer à des propositions de réglementation à un stade précoce de façon à vérifier s'il existe un motif plausible d'intervention de la réglementation et quelle forme revêt ce motif. Cette démarche permet de définir clairement et précisément les problèmes que l'action de la réglementation ou des pouvoirs publics en général cherche à régler et accroît les chances d'avoir identifié toutes les réactions possibles de la part des pouvoirs publics et de les soumettre à une AIR. En revanche, si les autorités de réglementation ne sont pas à même de formuler la logique générale qui préside à leur proposition d'intervention dans un cas précis (à savoir le problème vient-il d'une défaillance du marché, de la nécessité d'améliorer l'équité de la répartition ou la nécessité de remédier à un risque inacceptable, etc.), il est peu probable que l'on puisse déployer une AIR de qualité pour étayer le processus de décision politique.

Parmi les documents d'orientation sur l'AIR qui donnent des orientations substantielles dans ce domaine, les critères proposés ou prescrits varient considérablement. Sur le plan des pratiques exemplaires, les orientations données en matière de tests de seuil devraient dresser la liste complète des raisons susceptibles d'amener les pouvoirs publics à intervenir et fournir des indications sur chacune de ces raisons. Telle est, par exemple, la démarche que tente d'adopter le guide australien sur l'AIR :

Définir clairement le problème, par exemple :

- Une défaillance du marché (comme l'absence d'informations ou la fourniture d'informations mensongères, la présence d'externalités ou de biens publics ou l'exercice d'une puissance de marché excessive).
- Un échec de la réglementation (comme une restriction de la concurrence imposée par l'État et qui n'est pas dans l'intérêt général).
- Un danger ou un risque inacceptable (comme des dangers pour la santé ou la sécurité de l'homme, un risque supporté par une personne ou par une entité mal équipée pour le faire ou une menace d'atteinte à l'environnement physique).
- Ou des considérations d'objectifs sociaux ou d'équité (des individus ou des groupes ne pouvant pas accéder à l'information, aux biens ou aux services disponibles sur le marché – OBPR, 2007, p. 58).

L'ensemble des raisons recensées susceptibles d'amener l'État à réglementer sont beaucoup plus diversifiées que de simples démarches économiques (« défaillance du marché »). Il convient de noter, en particulier, que l'éventualité d'une nouvelle intervention réglementaire en réponse à l'échec d'une réglementation passée est explicitement citée parmi les raisons susceptibles de justifier une intervention.

Le texte d'accompagnement que l'on peut trouver dans le document australien sur l'AIR exige des autorités de réglementation qu'elles évaluent l'importance du problème, notamment en appréciant l'ampleur de tout risque censé justifier une réglementation. Il propose également un test permettant de savoir s'il existe vraiment des raisons fondées de réglementer, ou si le problème relève d'un « intérêt purement privé ». De manière plus inhabituelle, le texte indique qu'il convient d'apprécier la mesure dans laquelle le problème ne peut être réglé par un aménagement de la réglementation existante, voire par la mise en œuvre de certaines modifications, la préférence étant donnée à une révision de certains aspects de la structure de la réglementation en vigueur plutôt qu'à l'adoption d'une nouvelle réglementation. Cette recommandation semble avoir été formulée à

l'origine en vue de limiter l'inflation réglementaire et d'améliorer la cohérence de la réglementation en privilégiant le recours aux démarches réglementaires généralistes par opposition à une réglementation adaptée à des circonstances très spécifiques.

Comme on l'a montré, le guide australien fait ressortir un large éventail de raisons générales pouvant amener l'État à réglementer. Certains documents d'orientation vont même plus loin, comme celui de la Commission européenne (2005) par exemple. Ce guide propose à la fois des approches d'ordre économique (défaillance du marché) pour ce qui est du test de seuil et une évaluation de la question de savoir s'il existe un « déséquilibre entre les objectifs fondamentaux de l'Union et la situation existante » (annexes). Le texte recense 11 « objectifs fondamentaux », la plupart provenant directement des traités de l'UE. Ils comportent à la fois des objectifs économiques généraux (promouvoir un développement économique durable, la compétitivité, un niveau d'emploi élevé, une croissance non inflationniste), des objectifs sociaux (promouvoir la convergence économique et les droits des citoyens, réduire les discriminations, renforcer la cohésion sociale), des objectifs au chapitre de l'environnement (protéger l'environnement, prendre en considération le bien-être animal) et des objectifs de politique étrangère (promouvoir paix et sécurité internationales).

Le nombre et la diversité des « objectifs fondamentaux » cités dans le document de la Commission européenne témoignent d'une approche de la question des raisons susceptibles de justifier une réglementation beaucoup plus globale que celle que la formulation australienne semble proposer. De ce fait, la mesure dans laquelle ce texte sera susceptible de servir de filtre aux propositions de réglementation sera réduite.

L'Irlande a adopté, à l'égard de la question du seuil, une démarche à mi-chemin entre l'approche économique et l'approche reposant sur des principes. Le texte même du document d'orientation sur l'AIR ne fait aucune référence à la question du seuil. Toutefois le Livre blanc de 2004 intitulé *Regulating Better* (Pour une amélioration de la réglementation) recense six principes devant favoriser une meilleure réglementation : nécessité, efficacité, proportionnalité, transparence, responsabilité et cohérence. Parmi ces principes, ce sont les principes de nécessité et de proportionnalité qui sont les plus directement liés à la question du seuil. Les commentaires du guide sur le principe de nécessité soulignent à quel point il est important d'aborder l'élaboration des politiques en adoptant une démarche fondée sur les faits, ainsi que d'introduire des principes visant à maximiser la concurrence et à réduire la bureaucratie. Dans la mesure où la partie du texte consacrée au principe de proportionnalité aborde effectivement la question en évoquant la nécessité de veiller à ce que les avantages soient supérieurs aux coûts, on peut estimer qu'il s'agit-là d'une sorte de test de seuil économique.

Certains documents d'orientation sur l'AIR rédigés il y a quelque temps déjà reconnaissent l'importance de la question du seuil, mais ne fournissent guère d'indications concrètes sur la manière dont il convient de l'apprécier. Par exemple, le document d'orientation du Canada (qui date de 1992) pose la question de savoir s'il existe un problème ou un risque, ainsi que celle de savoir si l'intervention de l'État est ou non justifiée, mais il n'en dit pas plus sur la manière dont il convient de procéder pour répondre à ces questions.

Le guide sur l'AIR du Royaume-Uni ne fait pas explicitement mention de la question du test de seuil, mais il souligne la nécessité d'une prise de position claire sur la question de savoir si les préoccupations d'ordre social ou économique, de même que les problèmes liés à l'environnement ou à l'équité, sont pris en compte, ainsi que d'une quantification du problème lorsque cela est possible, afin de contribuer à déterminer si les réponses

proposées sont ou non proportionnées (gouvernement du Royaume-Uni, sans date). Notamment, alors que l'édition précédente du guide (2003) mentionnait une « évaluation du risque », cette expression a été supprimée et remplacée dans la nouvelle édition par une référence à la « justification d'une intervention de l'État ».

Le guide sur l'AIR des États-Unis (citant le Décret 12 866) relève :

Les organismes fédéraux devraient se limiter à promulguer les règlements rendus obligatoires par la loi, nécessaires à l'interprétation de la loi ou indispensables du fait de la survenue d'un besoin impératif, tels que des défaillances importantes des marchés privés à protéger ou à améliorer la santé et la sécurité du public, l'environnement ou le bien-être de la population américaine [...] (Gouvernement des États-Unis, 2003, pp. 3-4).

Cette conception semble mettre en exergue la justification économique de la réglementation, dans la mesure où elle souligne les « défaillances importantes des marchés privés ». Toutefois, le guide précise également que :

La volonté de remédier aux défaillances des marchés constitue une raison de réglementer, mais elle n'est pas la seule. Au nombre des autres justifications possibles, il faut également mentionner la volonté d'améliorer le fonctionnement de l'administration, de lutter contre les inégalités en matière de répartition des revenus ou de défendre la vie privée et les libertés individuelles (p. 4).

Toutefois, l'obligation faite aux organismes responsables de ne promulguer que les règlements « rendus obligatoires par la loi » ou « nécessaires à l'interprétation de la loi » permet de comprendre que les lignes directrices ne s'appliquent que de façon limitée aux dispositions réglementaires, et non aux dispositions législatives.

Le guide sur l'AIR de la Nouvelle-Zélande (ministère du Commerce, 1999) exige expressément la réalisation d'un test de seuil, même s'il ne fournit que peu d'indications quant aux critères de décision qu'il convient de respecter s'agissant de l'interprétation des résultats de ce test. Le guide fait de la défaillance du marché le principal motif susceptible de justifier une intervention réglementaire de la part de l'État, disposant dans une « liste de critères de références » que le document sur l'AIR doit évoquer la « question de savoir pourquoi le seul jeu des forces du marché ne donnera pas de résultat satisfaisant (dès lors que la réponse à cette question n'est pas évidente) » (p. 5).

En résumé, les documents d'orientation en matière de réglementation semblent généralement reconnaître la grande diversité de raisons valables que les pouvoirs publics peuvent avoir de réglementer; par conséquent, la plupart recensent une palette de justifications potentielles, sans se concentrer exclusivement ou principalement sur la défaillance du marché. Toutefois, tous sont loin d'accorder la même place à chacune de ces raisons. Par ailleurs, les conseils prodigués à chacun de ces chapitres varient nettement d'un document d'orientation à l'autre. Cela dit, la plupart des guides sur l'AIR analysés mettent l'accent sur les questions économiques ou de défaillance du marché et sur les questions de risque, réputées essentielles pour répondre à la « question du seuil ». Par conséquent, nous allons à présent examiner cette question des tests de seuil plus en détail.

Les tests économiques

De nombreux documents d'orientation mentionnent l'application de concepts économiques pour déterminer s'il existe ou non, pour les pouvoirs publics, des raisons d'intervenir. Inévitablement, la gamme de motivations économiques, que l'État peut avoir

d'intervenir, varie relativement peu d'un document d'orientation à l'autre. Par exemple, le document d'orientation australien sur l'AIR énumère les tests suivants (OBPR, 2007) et indique que « toute défaillance sous-jacente du marché [...] doit être identifiée » (*ibid.*, p. 57) :

- Monopole et exploitation abusive d'une position de force sur le marché.
- Information insuffisante ou inadéquate.
- Biens publics.
- Externalités et répercussions.

Le document d'orientation australien n'impose pas l'application de ces tests au moment d'établir la justification de la réglementation, mais il les présente en notant que :

L'action des pouvoirs publics a souvent été justifiée en cas de défaillance du marché (p. 60).

Comme on l'a indiqué, le document d'orientation de la Commission européenne propose à la fois des approches économiques de la question du seuil et une autre solution consistant à déterminer s'il existe un « déséquilibre entre les objectifs fondamentaux de l'Union et la situation existante ». La section du document consacrée aux « défaillances du marché » relève que « les forces du marché peuvent, pour diverses raisons, donner lieu à des situations qui ne correspondent pas aux idéaux de la société », citant des prix de marché ne reflétant pas les coûts réels pour la société (du fait d'externalités), une offre insuffisante de biens publics, une concurrence absente ou trop peu importante, des marchés inexistantes ou incomplets et une information imparfaite au nombre des sources possibles de défaillances du marché.

Comme on l'a indiqué, le guide de la Nouvelle-Zélande fait de la défaillance du marché le principal motif pouvant amener la puissance publique à réglementer. On trouve en annexe au document les causes courantes de défaillance du marché (externalités, concurrence imparfaite, problèmes d'information, biens publics). Toutefois, le guide comporte également une section consacrée à plusieurs sources de « défaillance de l'administration » (c'est-à-dire, de la réglementation). Le texte indique clairement que le simple fait de constater une défaillance du marché ne suffit pas à justifier une réglementation, puisqu'il faut déterminer également s'il existe un risque de défaillance de l'administration.

Au moment de déterminer les différents modes d'intervention qui s'offrent à l'administration, il est également important d'envisager la probabilité et la nature d'une éventuelle défaillance de l'État [...] (Gouvernement néo-zélandais, 1999, p. 24).

Dans une certaine mesure, le guide australien fait valoir le même argument de manière indirecte en soulignant que « la défaillance de la réglementation » peut elle-même justifier une nouvelle modification de la réglementation (laquelle inclut implicitement une déréglementation).

Le guide des États-Unis cite les externalités, les ressources naturelles partagées et les biens publics, la puissance de marché et l'information inadéquate ou asymétrique au nombre des sources importantes de défaillance du marché. Lorsqu'une défaillance du marché est réputée constituée la raison principale d'une réglementation, les documents d'AIR sont tenus de préciser la nature de cette défaillance et de la décrire en termes qualitatifs et, si possible, quantitatifs. Par ailleurs, ils doivent montrer que « l'intervention gouvernementale fera plus de bien que de mal ». Ceci revient, bien entendu, à faire l'hypothèse d'une règle de « l'avantage net positif » dans le cadre de l'analyse coûts-avantages. Son rôle en l'occurrence est celui d'un élément indiquant que le test de seuil consiste à déterminer non seulement s'il existe une raison éventuelle de réglementer, mais aussi si la

réglementation peut effectivement contribuer à régler le problème constaté. Le guide fait par ailleurs état de la nécessité de montrer qu'une réglementation au niveau fédéral par opposition à une réglementation à l'échelon de l'État constitue le meilleur moyen de résoudre le problème, ce qui introduit, pourrait-on dire, dans le contexte européen, un élément comparable au « principe de subsidiarité ».

Au Canada, aucune mention n'est faite, que ce soit dans la politique de réglementation, dans les normes applicables au processus de réglementation ou dans le guide sur l'AIR, de la question de la défaillance du marché et de la manière dont ce test économique peut ou doit être employé en vue de répondre aux critères de seuil généraux (énoncés dans les normes générales relatives à la gestion du processus de réglementation) permettant de déterminer s'il existe un élément tendant à prouver « qu'un problème existe, que l'intervention du gouvernement est justifiée et qu'un règlement ou une modification de règlement s'impose ». Même le guide concernant la conduite de l'analyse coûts-avantages dans le contexte de la réglementation (Gouvernement canadien, 1995) ne renferme aucune discussion générale de la notion de défaillance du marché et de son rôle dans la justification d'une réglementation.

L'analyse de risque

L'analyse de risque fait naturellement partie des « tests de seuil » qu'il convient d'effectuer pour répondre à la question de savoir si une intervention de l'État et, plus particulièrement, une réglementation, peut être justifiée. Toutefois, l'analyse de risque joue manifestement un rôle plus large dans la méthodologie de l'AIR, dans la mesure où elle constitue aussi un moyen déterminant d'évaluer les solutions de rechange et où elle intervient dans une large mesure dans l'analyse du degré de rigueur qu'il faut donner à la réglementation. C'est la raison pour laquelle, la section ci-après consacrée à l'analyse de risque est axée spécifiquement sur la question du recours à l'analyse de risque dans le cadre du test de seuil. La section sur l'évaluation des risques ci-dessous passe en revue une gamme plus étendue d'aspects techniques liés à l'utilisation de l'analyse de risque dans le contexte de l'AIR.

Le seuil de risque acceptable

Au moment de la réalisation d'un test de seuil, l'idée essentielle s'agissant du risque consiste à faire la distinction entre un risque acceptable et un risque inacceptable. Comme on l'a vu, le guide sur l'AIR de l'Australie fait du « danger ou du risque inacceptable » l'un des motifs courants de l'intervention réglementaire. De même, le guide sur l'AIR de la Nouvelle-Zélande (p. 5) précise que les risques doivent être recensés et quantifiés si possible, dans le cadre d'une démonstration tendant à prouver que l'intervention de l'État est justifiée. Toutefois, aucun de ces deux textes n'aborde explicitement la question de savoir comment déterminer si un risque donné relève ou non de la catégorie du risque « acceptable », pas plus, bien entendu, qu'ils ne définissent un (ou plusieurs) niveau(x) de risque comme étant acceptable(s).

On peut faire valoir que l'obligation de procéder à une analyse de risque joue elle-même le rôle d'une sorte d'assurance destinée à faire en sorte que les pouvoirs publics n'opteront pas pour la réglementation si les risques sont à ce point limités qu'on peut parler de risques « acceptables ». À cet égard, l'obligation de procéder à une évaluation objective du risque doit contribuer à éviter le recours à la réglementation face à des perceptions du risque largement faussées. Toutefois, en l'absence d'un ensemble clairement défini d'indications quant à la manière dont il convient de juger de

l'acceptabilité de divers niveaux de risque, il semble inévitable que l'on n'aboutisse qu'à des jugements subjectifs – ou, du moins, incohérents.

Cela étant, très peu de documents d'orientation sur l'AIR ou de publications des pouvoirs publics sur le risque contiennent des indications claires sur la limite entre risques acceptables et risques inacceptables (OCDE, 2006). Les seuils proposés par la Direction centrale de la santé et de la sécurité (*Health and Safety Executive*³) du Royaume-Uni constituent à cet égard une rare exception. Ces seuils sont les suivants :

- Le risque de voir survenir un accident mortel en un million d'années doit être considéré comme largement acceptable.
- Le risque de voir survenir un accident mortel en 10 000 ans doit être considéré comme la limite entre risque tolérable et risque inacceptable pour les membres du public qui se voient imposer un risque dans l'intérêt plus général de la société.
- Le risque de voir survenir un accident mortel en 1 000 ans doit être considéré comme la limite entre risque tolérable et risque inacceptable pour les travailleurs assumant volontairement un risque.

Il semblerait que l'adoption de ces seuils par la HSE revête une importance particulière sur le plan pratique, étant donné le vaste mandat de cet organisme eu égard à une réglementation axée sur la gestion des risques. En d'autres termes, la publication de ces lignes directrices devrait se traduire par l'adoption de démarches uniformes en matière d'évaluation du risque, et ce dans le vaste ensemble des domaines dans lesquels la HSE est appelée à réglementer au Royaume-Uni.

Cependant, on peut s'interroger sur la mesure dans laquelle ces seuils sont effectivement utilisés dans la pratique du processus de décision en matière de réglementation au Royaume-Uni. Il convient de noter que le principal rapport sur la gestion par l'administration des problèmes de risque (Gouvernement du Royaume-Uni, 2006) ne mentionne pas les seuils de risque acceptables de la HSE, recommandant plutôt que :

[...] d'ici la fin 2007, chaque ministère et organisme public investi de responsabilités en matière de réglementation devra collaborer avec le *Better Regulation Executive* (Direction de l'amélioration de la réglementation) et avec la *Better Regulation Commission* (Commission de l'amélioration de la réglementation) afin de cerner les principaux risques contre lesquels ils se prémunissent et définir les objectifs à court et à plus long terme visés par leurs interventions (p. 43).

En l'occurrence, il semble exister un certain manque d'uniformité entre les documents d'orientation de l'administration sur certains points méthodologiques importants. Ce problème d'hétérogénéité entre les textes a été mentionné ailleurs dans le présent document, et il semble constituer un défi non négligeable s'agissant des orientations méthodologiques sur l'AIR, alors qu'une démarche pluridisciplinaire serait de nature à améliorer la cohérence et l'homogénéité dans l'élaboration des politiques.

Autre exemple de seuil explicite de risque acceptable, celui qu'a adopté l'*Occupational Health and Safety Authority* (OHSA) des États-Unis. L'OHSA qualifie de « risque significatif » tout péril qui implique un risque de mortalité supérieur à 1 sur 1 000 sur une vie professionnelle de 45 ans (en d'autres termes un risque de 1 sur 45 000 ans). La Cour suprême des États-Unis a estimé que l'OHSA n'est pas tenue de procéder à une ACA pour justifier sa proposition de réglementation et qu'elle est habilitée à s'en remettre à ce

concept de risque significatif. On notera que ce seuil est sensiblement plus bas que celui qui est fixé par la HSE en ce qui concerne les travailleurs ou le grand public.

La relative rareté des seuils de « risque acceptable » publiés traduit sans doute le fait que les responsables de la politique de la réglementation de la plupart des pays préfèrent aborder ce risque en se fondant explicitement sur une analyse coûts-avantages, au lieu de fixer un seuil. Ainsi, le guide australien sur l'AIR fait valoir que :

Les principes d'administration publique inscrits dans la loi appellent fréquemment les ministères et organismes publics à « réduire le risque global » ou à « prévenir les risques déraisonnables ». En revanche, parvenir à une réduction quelconque du niveau d'un risque est coûteux et, dans la réalité, les personnes prennent tous les jours des décisions sur le niveau des risques (par rapport au coût) qu'elles sont disposées à accepter. Vouloir parvenir à un « risque nul » ne constitue pas un objectif approprié, ni techniquement réalisable de l'intervention des pouvoirs publics.

L'objectif d'une Déclaration d'impact de la réglementation (*Regulatory Impact Statement* ou RIS) est de « quantifier » le risque acceptable pour la société et le coût que la société est disposée à payer à cet effet. En dernière analyse, la transparence et les consultations sont les meilleurs moyens de définir ce compromis (OBPR, 2007).

Cela semble constituer une formulation moins explicite de la règle figurant dans la précédente édition du guide australien selon laquelle la rigueur de la réglementation fondée sur les risques devait correspondre au point où les coûts et les avantages marginaux d'une réduction supplémentaire du risque s'égalisent. Cette stratégie se distingue d'une politique fondée sur le recours à un seuil de risque acceptable, en ceci qu'elle suppose effectivement qu'un exercice de réduction du risque soit néanmoins entrepris, indépendamment de tout seuil de « risque acceptable », dans la mesure où il existe de solides éléments tendant à prouver qu'il en résultera un avantage net positif.

Étant donné les seuils de risque acceptable comparables à ceux susmentionnés, on peut penser que, sur le plan pratique, tout conflit entre ces deux démarches sera rare : en d'autres termes, les cas dans lesquels il existerait un avantage positif net à entreprendre une réduction du risque en deçà d'un seuil donné de risque acceptable seraient extrêmement rares. Toutefois, sur le plan des principes, la stricte règle des « coûts-avantages » préconisée dans le guide australien sur l'AIR peut être considérée comme directement contraire à la notion de risque acceptable et à son utilisation en tant qu'élément clé des tests de seuil. En d'autres termes, l'approche fondée sur l'analyse des avantages et des coûts adopte une conception purement utilitaire du risque, en disposant que des efforts de réduction des risques doivent toujours être consentis lorsque l'avantage attendu de ces efforts dépasse le coût attendu, indépendamment de la gravité du risque *ex ante*.

En revanche, les démarches fondées sur le « risque acceptable » partent d'une conception qui, implicitement, considère que le champ d'intervention des pouvoirs publics est plus limité, avec une préférence philosophique sous-jacente pour l'idée que les citoyens doivent être responsables de la gestion de leurs propres risques dans toute la mesure du possible. Dans cette optique, les pouvoirs publics n'interviennent que dans la mesure où le risque dépasse un certain seuil et, du moins peut-on le penser, lorsque les citoyens ne sont pas à même de prendre des initiatives privées efficaces pour atténuer les risques.

On trouve une illustration claire de ce point de vue dans le récent rapport de la *Better Regulation Commission* (BRC, 2006), où les auteurs soutiennent que les politiques qui ne montrent pas clairement que les populations doivent assumer la responsabilité première de

leurs propres décisions sur les questions comportant un élément de risque auront, pour la société, des coûts plus généraux dont il est probable qu'ils seront extrêmement importants. Ce point de vue repose sur l'intérêt, sous un angle social plus général, de mettre en relief la responsabilité individuelle ainsi que sur la conscience aiguë des limites de la capacité des autorités à prendre des initiatives de réglementation (ou d'autres formes d'intervention).

Lorsque l'on compare ces deux points de vue, on peut noter premièrement que l'approche purement fondée sur l'analyse des avantages et des coûts est manifestement conforme avec la conception générale de l'OCDE qui fait de l'ACA une composante essentielle de la méthodologie de l'AIR. Cela étant, les travaux sur la gestion et le programme de réforme de la réglementation soulignent depuis longtemps le problème de l'inflation de la réglementation et la question des limites pratiques de la capacité des autorités à réglementer – deux facteurs qui sous-tendent manifestement l'approche fondée sur le « risque acceptable ».

Comme l'indiquent les commentaires précédents, on peut observer une divergence philosophique implicite dans le contraste entre les approches du risque qui soulignent l'existence d'une dichotomie entre un risque acceptable et un risque inacceptable et les approches purement centrées sur une analyse des avantages et des coûts. Dans ces conditions, il est manifestement normal que l'AIR et les orientations politiques générales adoptent des approches différentes selon les pays. Néanmoins, il est aussi probable que le recours au concept du risque acceptable soit, en partie, utilisé comme un moyen commode de distinguer entre les risques qui sont propices ou non à une intervention économiquement efficace des pouvoirs publics, sans nécessairement entreprendre une analyse plus détaillée.

Conclusions sur les questions de seuil

Comme on l'a vu dans la section précédente, les orientations sur l'AIR fournies sur la question des « tests de seuil » recensent une gamme extrêmement étendue de raisons pouvant amener l'État à intervenir d'une manière générale et, plus particulièrement, à réglementer. Il ressort de l'étude des textes un certain nombre de variations importantes entre les pays sur le plan de l'exhaustivité et de l'importance accordée à différents aspects. Il semblerait que ces variations traduisent plutôt des différences de contextes et de démarches en matière législative, de même que des contraintes institutionnelles imposées aux organismes responsables des documents d'orientation, que des divergences sous-jacentes d'opinion quant aux circonstances dans lesquelles il peut être justifié de réglementer.

Par ailleurs, en dépit de cet élément de différences internationales quant aux motifs d'intervention présentés dans leurs documents d'orientation, la plupart des documents examinés font état d'un très large éventail de raisons susceptibles de justifier une réglementation. En fait, l'éventail des motifs théoriques d'intervention est, dans bien des cas, si étendu qu'il est possible que ceux-ci ne soient guère utiles aux responsables qui voudraient les utiliser pour déterminer si une réglementation est ou non justifiée dans un cas particulier.

Cette situation donne à penser que, si le traitement de la question du « test de seuil » doit constituer une partie utile des documents d'orientation sur l'AIR, il conviendrait de remanier assez profondément les démarches actuelles. Plus particulièrement, il semblerait qu'il faille intégrer la discussion des tests de seuil à une discussion des caractéristiques des différents outils de l'action des pouvoirs publics et de leurs mérites respectifs pour résoudre différents types de problèmes se posant à la puissance publique.

On pourrait notamment envisager que les documents d'orientation indiquent clairement les circonstances précises dans lesquelles une réglementation est, ou n'est pas, susceptible de constituer la forme la plus appropriée d'intervention de l'État. Dans ces conditions, il pourrait être possible de fournir des indications plus précises, s'agissant à la fois de la question générale des seuils à partir desquels une intervention de l'État est justifiée et la formulation plus spécifique de cette question : une réglementation est-elle susceptible de constituer la forme d'intervention la plus appropriée.

Principales exigences méthodologiques

En 2002, l'OCDE indiquait que :

La meilleure pratique est la suivante : un système d'AIR devrait exiger l'application du principe coûts-avantages pour toutes les décisions concernant les réglementations, mais la forme d'analyse utilisée devrait être fondée sur des jugements d'ordre pratique concernant la faisabilité et les coûts (p. 129).

L'OCDE faisait également remarquer que d'autres méthodologies de l'AIR concernent essentiellement les analyses coûts-avantages (ACA) partielles. L'application de l'ACA dans les systèmes d'AIR des pays membres de l'OCDE s'est régulièrement développée, pour atteindre aujourd'hui le stade où, officiellement du moins, elle joue le rôle principal, puisqu'elle a été adoptée par une majorité de pays de l'OCDE effectuant des AIR. En fait, les sept guides sur l'AIR minutieusement examinés à l'occasion de la rédaction du présent document font de l'ACA la méthodologie à privilégier dans le cadre d'une AIR. La Norvège exige par ailleurs une ACA dans le cadre des AIR lorsque cela est possible, même s'il convient de privilégier l'analyse coût-efficacité (ACE) lorsqu'il s'avère impossible de chiffrer les avantages (Gouvernement norvégien, 2005). L'Allemagne indique que l'application de l'ACA peut être indiquée dans certains cas (Gouvernement allemand, 2005, p. 15).

Toutefois, l'OCDE (2006) a noté qu'une grande partie – probablement une majorité – d'ACA ne chiffrant toujours pas l'ensemble des principaux coûts et avantages en termes monétaires, principalement du fait de contraintes sur le plan des données ou de limites analytiques. Par conséquent, dans la pratique, une série d'autres méthodes continue d'être régulièrement utilisée dans le cadre des AIR, ce qui traduit l'existence d'un fossé entre les orientations théoriques et leur mise en œuvre pratique en raison de contraintes empiriques. Dans la section suivante, nous passerons brièvement en revue le traitement de différentes méthodologies dans les documents d'orientation sur l'AIR.

Fondamentalement, il convient de souligner que l'adoption du « principe coûts-avantages » implique que l'AIR doit être de caractère complet. En d'autres termes, tous les impacts significatifs doivent entrer dans le champ de l'analyse, qu'ils soient économiques, financiers, sociaux ou environnementaux. On peut penser qu'il existe une conception répandue, mais erronée qui veut que l'AIR, en particulier lorsqu'elle repose sur l'ACA, se préoccupe principalement des impacts économiques et financiers et n'accorde pas le poids qu'il convient aux autres facteurs. Or on peut faire une distinction entre une analyse « financière », qui mesure des impacts en valeurs monétaires, et une analyse « économique » qui, à proprement parler, couvre tous les facteurs importants aux yeux de la population – facteurs qui intègrent nécessairement des considérations concernant l'environnement, les questions sociales, la redistribution, etc.

Naturellement, on se heurte à des difficultés importantes lorsque l'on essaie d'exprimer ces valeurs en termes monétaires et de les intégrer dans le cadre d'une ACA

formelle. C'est pour cette raison que le concept d'analyse coûts-avantages « douce », qui vise à une intégration fine des impacts chiffrés et non chiffrés tend à prendre une place prépondérante dans le débat sur l'AIR. Toutefois, il est essentiel d'admettre que même si une bonne partie de l'examen méthodologique contenu dans ce document met l'accent sur les questions touchant à l'ACA, cela ne veut pas dire pour autant que la pratique en matière d'AIR dans les pays étudiés privilégie les impacts qui peuvent être exprimés en valeur monétaire par rapport à ceux qui, souvent, ne peuvent pas être chiffrés, comme les impacts environnementaux ou sociaux. De même, les pratiques exemplaires définies par l'OCDE en relation avec l'AIR continuent de souligner la nécessité de tenir compte de tous les impacts importants de l'action des pouvoirs publics et non pas seulement ceux que l'on peut exprimer en valeur monétaire.

L'analyse coûts-avantages (ACA)

Les résultats des enquêtes successives de l'OCDE sur les indicateurs en matière de réglementation montrent que l'ACA est de plus en plus souvent la méthodologie officielle obligatoire qui sous-tend l'AIR au sein des pays de l'OCDE, venant progressivement remplacer des règles analytiques plus étroites⁴. Cette évolution est conforme à la recommandation de l'OCDE en vertu de laquelle le principe de l'ACA doit être appliqué lorsque cela est réalisable dans le cadre des AIR. Il convient de noter que l'ACA, lorsqu'elle est convenablement appliquée, s'efforce de tenir compte de tout l'éventail des impacts, y compris environnementaux et sociaux, au même titre que les impacts financiers (ou « économiques »).

Dans le contexte décrit précédemment, il n'est pas surprenant de constater que l'ensemble des sept guides sur l'AIR longuement examinés dans le cadre de la rédaction du présent document fassent de l'ACA la méthodologie privilégiée de l'AIR, étant donné notamment qu'il existe une longue tradition de mise en œuvre de l'AIR dans la quasi-totalité de ces pays.

Sur le plan pratique, cependant, la mesure dans laquelle on peut effectivement réaliser une ACA et guider ainsi la réalité du processus de décision en matière réglementaire dépend de manière décisive, non seulement des compétences techniques disponibles au sein des organismes de réglementation, mais aussi de l'assistance fournie par les organismes de réforme de réglementation. L'ACA est la seule méthodologie théoriquement capable de répondre à la question fondamentale posée par l'économie du bien-être (une intervention donnée aura-t-elle des avantages nets du point de vue de la société dans son ensemble?). Quant à savoir si elle peut le faire en pratique, cela dépend de l'existence de solides estimations quantitatives des coûts et des avantages.

Comme l'OCDE (2006) le souligne, l'adoption officielle de l'ACA contribue effectivement à faire en sorte que les autorités aient une conception aussi large que possible de l'AIR et, par conséquent, à maximiser la contribution de l'AIR au processus d'élaboration des politiques. Toutefois, du fait d'incertitudes et d'un manque d'information, l'ACA se doit d'explicitement les hypothèses sous-jacentes et de faire usage d'outils tels que des analyses de sensibilité s'agissant des principales variables. Elle doit également veiller à ce que les aspects quantitatifs et qualitatifs de l'analyse soient correctement intégrés, afin que les facteurs non quantifiables ne soient pas, au bout du compte, exclus de l'analyse. La section sur les éléments méthodologiques de l'analyse coûts-avantages du présent chapitre comporte une discussion de la question des techniques d'évaluation indirecte qui peuvent être utilisées pour augmenter le degré de quantification atteint dans le cadre de l'ACA. La section sur l'analyse multicritère ci-après évoque les méthodes susceptibles de contribuer à favoriser

une meilleure intégration de l'analyse qualitative et quantitative et d'améliorer ainsi la capacité de l'AIR à fournir des orientations pertinentes et utiles aux décideurs dès lors que les principales variables n'ont pas pu être exprimées en termes monétaires.

L'analyse du point d'équilibre (APE)

On peut soutenir que l'analyse du point d'équilibre ne constitue pas une méthodologie à part entière. D'un côté, elle forme un sous-ensemble de l'ACA, la démarche fondamentale consistant à fournir des estimations monétaires des coûts et à déterminer ensuite à quel degré d'efficacité la réglementation envisagée doit parvenir pour que l'on puisse atteindre un avantage net positif. On peut distinguer l'analyse du point d'équilibre de l'analyse coût-efficacité (voir plus loin), dans la mesure où, dans le cas de l'APE, la principale zone d'incertitude tient à l'efficacité de la réglementation, alors que l'on privilégiera vraisemblablement l'ACE dès lors que la principale source d'incertitude est liée à la manière dont il convient d'évaluer l'avantage identifié.

Il est donc plus vraisemblable que l'on effectuera une APE dès lors qu'une nouvelle démarche en matière de réglementation est mise en œuvre et que l'on ne dispose que peu ou pas d'expérience sur laquelle on puisse fonder des estimations d'efficacité probable; il peut aussi arriver que l'expérience passée donne à penser que les niveaux d'efficacité varient fortement dans des proportions qui ne sont pas aisément prévisibles.

Il est étonnant de constater à quel point les guides d'orientation sur l'AIR ne consacrent que peu d'attention à l'APE, étant donné que le problème consistant à prédire l'efficacité d'une réglementation est largement reconnu. On peut soutenir que le recours à l'APE pour faire face à cette incertitude constitue une solution de rechange à (ou un complément de) l'analyse de sensibilité, et le peu d'intérêt porté à l'APE traduit peut-être une certaine préférence pour la démarche fondée sur l'analyse de sensibilité.

Cependant, ces deux démarches diffèrent l'une de l'autre dans la mesure où l'APE ne permet l'analyse d'efficacité que par rapport à une seule variable, tandis que l'analyse de sensibilité peut être réalisée sur un ensemble de variables déterminantes.

L'analyse coût-efficacité (ACE)

L'analyse coût-efficacité consiste à comparer un ensemble de mesures économiques du point de vue du coût que chacune d'entre elle suppose pour produire un résultat (ou des avantages) donné(s). Dans la mesure où les pays dont les documents d'orientation sur l'AIR adhèrent tous à la position de l'OCDE selon laquelle l'ACA représente « l'étalon-or » de l'AIR, il n'est pas étonnant de constater que l'ACE fait principalement figure dans nombre de documents d'orientation de méthodologie complémentaire ou de rechange réservée à des circonstances particulières. Par exemple, on peut lire dans le document d'orientation australien (Gouvernement australien, 2006a, C-6) :

L'analyse coût-efficacité [...] constitue une solution de rechange largement utilisée à l'ACA lorsque les agents publics responsables ne sont pas en mesure de chiffrer les principaux impacts de l'action des pouvoirs publics. Elle permet de comparer différentes solutions en fonction du rapport entre leurs coûts et un indicateur effectif unique, quantifié, mais pas exprimé en valeur monétaire, comme le nombre de vies sauvées. Il peut être judicieux de recourir à l'analyse coût-efficacité si l'indicateur d'efficacité rend compte de la plupart des avantages de l'intervention des pouvoirs publics.

Contrairement à la précédente édition de ce guide, les principaux inconvénients de l'ACE ne sont pas identifiés. L'édition de 2006 du guide australien sur l'AIR affirmait :

L'analyse coût-efficacité ne donne pas de critère absolu permettant d'accepter ou de rejeter une option, et elle ne doit pas servir à fonder la décision de savoir quelle somme d'argent ou quelle quantité de moyens un État doit consacrer à un problème donné.

On ne sait pas pourquoi cette indication supplémentaire a été supprimée lors de la nouvelle rédaction du guide.

Le document d'orientation sur l'AIR de l'Irlande présente les avantages et les inconvénients de l'ACE en termes comparables :

Elle a notamment pour inconvénients de ne fournir aucune indication quant au niveau d'avantages qu'il convient de rechercher, pas plus qu'elle ne permet de savoir si les avantages recherchés sont valables. Enfin, elle ne fournit pas de liste des impacts imprévus ou secondaires (p. 78).

Se démarquant des approches précédentes, le guide des États-Unis sur l'AIR place l'ACE et l'ACA à peu près sur un pied d'égalité. Depuis 2005, tous les grands règlements doivent, chaque fois que possible, être étayés à la fois par une ACE et une ACA. Cela étant, l'*Office of Management and Budget* indique qu'il continue de penser que le recours à l'ACA s'appuyant sur des valorisations fondées sur le consentement à payer, est en théorie supérieur à l'utilisation de l'ACE⁵. Le guide des États-Unis sur l'AIR précise :

[...] il convient de préparer une ACE pour toutes les réglementations dont les principaux avantages sont d'améliorer la santé et la sécurité du public dès lors que l'on peut élaborer un indicateur valable d'efficacité pour représenter les résultats attendus en termes de santé et de sécurité (Gouvernement des États-Unis, 2003, p. 9).

Le guide des États-Unis donne beaucoup plus de précisions que les autres guides sous revue sur l'utilisation convenable de l'ACE. Il évoque notamment la prudence nécessaire quant à l'utilisation des résultats de l'ACE lorsqu'ils reposent sur des moyennes, affirmant que ces résultats souffrent des mêmes inconvénients que les ratios avantages/coûts [« la solution qui affiche le plus faible rapport coût/efficacité n'est pas nécessairement la meilleure option, de même que la solution présentant le rapport avantages/coûts le plus élevé n'est pas toujours celle qui maximise les avantages » (p. 11)] et il recommande de recourir à des ratios coût-efficacité marginaux pour parer à ces problèmes, les options étant analysées dans l'ordre croissant de leur rigueur, afin de faciliter la mise en évidence de l'option préférée.

Le guide des États-Unis note en outre que l'ACA et l'ACE ne sont pas des instruments d'analyse incompatibles entre eux. Par exemple, il indique que lorsque l'on peut chiffrer certains avantages en termes monétaires alors que ce n'est pas possible pour d'autres, la valeur des avantages chiffrés doit être soustraite des coûts bruts estimés pour obtenir un coût exprimé en chiffres nets, ce qui peut servir à évaluer le rapport coût-efficacité de la proposition en lien avec la ou les dimensions non chiffrables en valeur monétaire de l'avantage (p. 12).

On admet, semble-t-il, que l'ACE occupe une place importante dans l'AIR aux États-Unis et qu'elle peut apporter des éléments analytiques utiles. L'OMB note que l'on peut adopter une règle empirique lorsqu'il s'agit de décider si l'on doit recourir à l'ACE, par exemple en fixant un chiffre de référence en matière de rapport coût-efficacité de X USD par vie sauvée ou par année d'espérance de vie corrigée en fonction du bien-être⁶. Cela

étant, il semble aussi que la prééminence accordée à l'ACE provient en partie de restrictions légales à l'encontre de l'utilisation de l'ACE dans certains cas. Le guide relève :

Lors de la réalisation de ces analyses, il est important de garder à l'esprit l'objectif plus global de cohérence analytique dans l'estimation des avantages et des coûts pour l'ensemble des règlements et des organismes, sous réserve des restrictions légales. En l'absence d'une telle cohérence, on risque de ne pas atteindre le degré maximal de réduction du risque pour un niveau donné de ressources engagées (Gouvernement des États-Unis, 2003, pp. 9-10).

La référence à la nécessité de parvenir à une cohérence analytique « sous réserve de l'existence de restrictions légales » paraît refléter le fait que les mandats en matière de réglementation prévus par certaines lois empêchent en fait les autorités de fonder leurs décisions sur l'analyse coûts-avantages, mais les autorisent à recourir à une ACE.

Le document d'orientation de la Commission européenne (p. 42) indique que l'ACE « offre une approche plus souple de la mesure des bénéfices que l'analyse coût-bénéfices », et souligne les insuffisances de cette méthodologie en des termes très similaires à ceux du document d'orientation de l'Australie (2006). On notera que le document de la Nouvelle-Zélande propose une explication légèrement différente des circonstances dans lesquelles il convient de recourir à l'ACE :

L'analyse coût-efficacité peut servir dès lors que les pouvoirs publics fixent un seuil en deçà duquel ils ne sont pas disposés à faire de compromis sur d'autres objectifs. Par exemple, au moment de l'ouverture à la concurrence du « Compte » des employeurs dans le cadre du dispositif d'indemnisation de l'ACC, il a été convenu que l'accès des bénéficiaires aux prestations ne devait pas être remis en cause par une insolvabilité de l'assureur. Le mécanisme d'évaluation des différentes options susceptibles de contribuer à la réalisation de cet objectif devient alors une analyse coût-efficacité. En d'autres termes, il s'agit de trouver la solution dont on pense qu'elle permettra d'atteindre l'objectif fixé au moindre coût. Dans ce cas, l'analyse des avantages n'est pas nécessaire (p. 19).

Enfin, le manuel d'analyse socio-économique de la Norvège (publié par le ministère des Finances) qualifie « l'analyse coût-effet » d'instrument méthodologique approprié. Cette approche constitue, semble-t-il, une variante de l'analyse coût-efficacité qui vise explicitement à tenir compte du fait que les solutions offertes aux pouvoirs publics ou à la réglementation présenteront rarement exactement la même efficacité pour régler les problèmes posés aux autorités, comme l'exige l'ACE pure :

Parfois, diverses interventions visant à régler le même problème n'ont pas des effets identiques. [...] En pareil cas, on ne peut pas se contenter de choisir la solution la moins coûteuse. Le fait de mesurer les coûts en lien avec une description des effets des diverses interventions peut toujours apporter des éléments d'information utiles aux décideurs⁷.

On peut aussi considérer que cette approche revient à une ACE partielle au sens où il s'agit de procéder à une évaluation qualitative des avantages attribuables aux différentes solutions et de les comparer avec les coûts mis en évidence. La reconnaissance explicite de cette démarche par le guide de la Norvège tend à montrer que ce pays a en général adopté une approche souple des questions méthodologiques qui prend en compte les contraintes en matière de faisabilité.

En résumé, l'analyse des documents d'orientation examinés semblerait montrer l'existence d'un vaste consensus tendant à prouver que l'on préfère l'ACA à l'ACE lorsque

l'on peut réaliser une ACA. Néanmoins, l'ACE peut apporter des éléments analytiques importants et elle est utilisée à bon escient dans toute une série de situations, notamment lorsque la démarche de l'ACA ne paraît pas praticable. Ainsi, l'ACE aurait certes un rôle légitime et important à jouer dans le cadre de l'AIR, mais un rôle essentiellement subordonné à celui de l'ACA.

L'analyse multicritère (AMC)

L'analyse multicritère peut présenter un certain nombre d'avantages importants à titre de méthode complémentaire de l'ACA, voire à titre de solution de rechange. Certains pays membres ont souligné que les facteurs de redistribution et autres facteurs éthiques revêtent souvent une telle importance dans l'évaluation de solutions de réglementation que les résultats de l'ACA en deviennent secondaires lors du choix entre plusieurs solutions. En pareil cas, l'AMC peut apporter d'autres moyens de parvenir à une analyse systématique et objective qui permet de mieux rendre compte de facteurs de redistribution.

L'AMC peut aussi constituer une solution de rechange intéressante dès lors que le chiffrage comporte des difficultés importantes. Comme on l'a vu, le chiffrage et l'expression en termes monétaires de tous les principaux impacts de la réglementation continuent de poser un problème d'envergure pour l'ACA, et pour l'AIR, de manière générale, et ce malgré des années d'expérience. Si l'on continue de faire des progrès dans la mise au point de démarches de plus en plus élaborées s'agissant du chiffrage et de l'estimation des valeurs de marché, il subsiste d'importants impacts de la réglementation qu'il est raisonnablement impossible de quantifier et de chiffrer. Dans ce contexte, de précédentes publications de l'OCDE (par exemple, OCDE, 2002; OCDE, 2006), ainsi que d'autres analystes de l'AIR (ainsi, Jacobs, 2006) ont insisté sur le fait qu'il est important de veiller à ce que certains impacts importants ne soient pas exclus *de facto* de l'analyse, du simple fait que l'on ne parvient pas à les quantifier. Au sujet de ce concept, la Commission européenne évoque le concept « d'analyse intégrée » dans ses orientations sur l'AIR, tandis que Jacobs parle d'analyse coûts-avantages « douce » (Jacobs, 2006).

Toutefois, si les débats concernant l'AIR font de plus en plus ressortir la nécessité d'intégrer analyse qualitative et analyse quantitative, les pouvoirs publics semblent ne fournir que peu d'indications sur la manière dont il est possible d'atteindre cet objectif dans la pratique, étant donné qu'aucune démarche méthodologique généralement acceptée ne paraît se dégager. L'analyse multicritère (AMC) semble constituer la seule exception, bien que partielle, à cet égard. Si elle n'est apparemment pas encore largement débattue, quatre documents d'orientation sur l'AIR soulignent son utilité potentielle et fournissent quelques indications sur la question de savoir quand et comment elle doit être employée dans le contexte de l'AIR. L'ensemble de ces quatre documents ont été adoptés au cours des quelques dernières années.

L'OCDE (2006) a fait remarquer qu'au moins un des documents d'orientation sur l'AIR de l'Australie (Gouvernement de l'État de Victoria, 2005, révisé en 2007) exige le recours à l'analyse multicritère dès lors que certains impacts importants ne peuvent pas être quantifiés en termes monétaires. Les guides de l'Irlande et de la Commission européenne sur l'AIR évoquent également l'AMC et en préconisent l'usage, au moins dans certaines conditions, même si, contrairement au guide de l'État de Victoria sur l'AIR, ils n'obligent pas à recourir à cette forme d'analyse dès lors que tous les principaux impacts ne peuvent pas être quantifiés en termes monétaires. Le guide sur l'AIR de la Nouvelle-Zélande ne mentionne l'AMC que brièvement, notant simplement qu'elle constitue « une technique

systématique qui peut être utilisée pour engager une analyse de ce type dans le cadre global de l'ACA » (Gouvernement néo-zélandais, 1999, p. 12).

L'un des avantages déterminants de l'AMC habituellement cité tient au fait qu'elle constitue un mécanisme permettant de comparer systématiquement l'impact de différentes solutions envisagées dès lors que les principaux impacts identifiés ne peuvent pas être quantifiés. Le guide sur l'AIR de l'Irlande décrit la méthodologie de manière assez détaillée, la présentant comme une méthode relativement peu technique à privilégier dès lors que l'on rencontre des difficultés non négligeables à chiffrer les avantages ou les coûts. Il indique par ailleurs que la méthodologie doit être utilisée « si possible » dans le cadre du processus de sélection initiale de l'AIR. Le texte présente les éléments fondamentaux de la démarche dans les termes suivants :

L'une des techniques fréquemment utilisée est l'analyse multicritère (AMC). Elle consiste à définir les objectifs qui sous-tendent une politique proposée ainsi que les critères permettant de mesurer la réalisation de ces objectifs. Les diverses solutions possibles sont alors comparées afin de déterminer celle qui satisfait le mieux aux critères recensés et qui est, par conséquent, la plus à même de contribuer à la réalisation des objectifs d'ensemble (pp. 45-46).

L'étude de l'analyse multicritères dans le document irlandais souligne que cette méthode peut intégrer simultanément des éléments qualitatifs et quantitatifs. Le gouvernement irlandais assure en outre des formations à l'utilisation de l'AMC à l'intention des agents responsables de l'AIR.

Le guide de l'UE fait également ressortir le fait que l'analyse multicritère peut être utilisée en même temps que l'ACA ou l'ACE, permettant ainsi d'associer analyse quantitative et analyse qualitative. Cette recommandation s'inscrit dans la logique de « l'analyse intégrée » préconisée par l'UE, comme en témoigne le fait que le guide compte au nombre des principaux avantages de cette méthode le fait qu'elle « tient compte de des nombreuses dimensions du développement durable » et « met en lumière les effets de distribution et les corrélations négatives » (p. 43).

Le guide de l'UE souligne également le fait qu'il existe un certain nombre de variantes de l'AMC et précise que cette technique introduit un élément de subjectivité dans l'analyse, en particulier lorsque les différents critères sont assortis de pondérations. Il examine l'utilisation de l'AMC de manière assez détaillée et il en présente un exemple précis (pp. 40-43).

Même si ces différents exemples donnent à penser que plusieurs pays ont souscrit à cette méthodologie, plusieurs autres documents d'orientation sur l'AIR adoptés récemment sont muets sur la question. Il s'agit notamment du nouveau document d'orientation de l'Australie (2007) et du document d'orientation des États-Unis (2003). Le document d'orientation sur l'AIR du Royaume-Uni (non daté) ne mentionne pas l'AMC non plus. Toutefois, le Livre vert du ministère des Finances du Royaume-Uni évoque brièvement la méthodologie. De plus, c'est le seul document à renvoyer le lecteur à un autre document qui traite longuement de la question de l'AMC et la situe dans le contexte d'autres méthodes d'AIR⁸. Ce document contient une description beaucoup plus détaillée et technique de l'AMC que celles que l'on peut trouver dans tous les autres documents d'orientation sur l'AIR, ce qui pose implicitement la question du degré de complexité à exiger dès lors que l'AMC est utilisée dans le contexte d'une AIR.

Si l'AMC doit devenir une partie essentielle de la méthodologie de l'AIR, il est probable qu'il faudra engager un processus à moyen terme consistant à développer progressivement les compétences en la matière et à les diffuser auprès des responsables concernés, un processus analogue à celui qui a été entrepris au sujet d'autres méthodologies de l'AIR dans la plupart des pays membres. En revanche, il se pourrait que le simple fait de présenter l'AMC comme étant une méthodologie de rechange plus facile à utiliser dans le contexte de l'AIR risque de saper les efforts déployés afin d'accroître la rigueur de l'ACA en développant la quantification des impacts.

La question de la solidité de l'AMC est parfois abordée dans les documents d'orientation. Le Livre vert du ministère des Finances du Royaume-Uni en parle comme d'un processus de « pondération et de notation » et souligne le risque que certains critères au chapitre desquels des options relativement onéreuses obtiennent de bons scores soient affectés d'une pondération élevée par les parties prenantes les plus susceptibles d'en bénéficier. Le document recommande que ce risque soit « compensé par une partie prenante au minimum représentant les occasions auxquelles on aura renoncé ailleurs dans le cadre d'une solution moins onéreuse ».

Plus généralement, le risque que la manipulation des coefficients appliqués aux différents critères ne fausse l'issue de l'AMC en lui faisant privilégier une solution qui ne serait pas retenue autrement est largement reconnu. Toutefois, l'expérience en la matière de l'État de Victoria (Australie) permet de penser que ce risque pourrait, dans la pratique, ne pas être particulièrement important : toutes les AIR élaborées par l'État de Victoria depuis la mi-2004 ont dû utiliser une AMC dès lorsqu'une ACA entièrement quantifiée n'avait pas été préparée. Les responsables de l'État de Victoria⁹ ont indiqué que les pondérations employées dans le cadre de l'AMC ont rarement été, dans la pratique, déterminantes pour les notes relatives attribuées aux différentes solutions de rechange examinées au titre de l'AIR. Dans certains cas pour lesquels il a été fait usage de pondérations, des analyses de sensibilité ont été menées en fonction de différentes pondérations (ou non-pondérations) afin de démontrer explicitement ce fait. Au vu de ces résultats, ces responsables ont relativement confiance en la solidité de l'AMC telle qu'elle est utilisée en pratique dans leur pays¹⁰. De plus, ils font valoir que l'utilisation de l'AMC a permis de garantir une démarche méthodologique cohérente dans le cadre de l'étude d'un large éventail de propositions de réglementation.

L'un des avantages les plus importants de la démarche fondée sur l'AMC tient à sa transparence. En effet, l'AMC permet au lecteur de connaître les critères spécifiques à l'aune desquels les propositions de réglementation et les solutions de rechange ont été évaluées et comparées, le poids accordé à chacune d'entre elles et les mérites supposés de chaque option quant à chaque critère. À cet égard, la méthode comporte un certain nombre d'avantages non négligeables par opposition à une évaluation purement textuelle et qualitative des solutions de rechange :

- Elle favorise un solide processus de consultation, permettant aux parties prenantes de remettre en cause chacune des positions adoptées par les organismes de réglementation afin de parvenir à leurs conclusions.
- Elle favorise cohérence et rigueur dans le processus analytique en exigeant que les objectifs, les pondérations et les résultats soient recensés et évalués de manière désagrégée.
- Elle peut apporter des informations de meilleure qualité aux décideurs politiques, en raison des deux effets susmentionnés.

De plus, ainsi que l'a fait remarquer un responsable de la politique de réglementation de l'État de Victoria, l'AMC constitue la méthodologie fondamentale utilisée pour la plupart des principales évaluations d'appels d'offres et la majorité des processus de recrutement. En d'autres termes, il s'agit d'une méthodologie largement utilisée à des fins d'évaluation au sein de l'administration et dans l'économie en général. Cette constatation permet de penser que, *a priori*, l'AMC est probablement adaptée au contexte de l'AIR, du moins dès lors que les avantages ne sont pas aisément quantifiés et que les objectifs visés sont multiples.

Comme l'indique le document OCDE (2006), la démarche de l'AMC tire son origine du contexte de la littérature en matière de gestion; elle n'est donc pas du tout propre à l'action des pouvoirs publics. Toutefois, il semblerait que la démarche ne comporte aucun élément de fond susceptible de limiter son utilisation dans le cadre d'applications liées à l'action des pouvoirs publics. Assurément, le guide en matière d'AMC du Royaume-Uni, évoqué plus haut, ne fait état d'aucune préoccupation importante à ce chapitre, insistant plutôt sur la nécessité de choisir les méthodes particulières d'AMC en fonction des types de problèmes en cause. De plus, une lecture de ces documents indique la complexité et la technicité de certaines démarches de l'AMC et montre que cette méthode pourrait constituer un puissant outil de décision dans des secteurs où des impacts importants ne se prêtent pas à une analyse quantitative.

Cela dit, il est clair que l'AMC reste essentiellement complémentaire de l'ACA et d'autres méthodes plus quantitatives. Comme on peut le lire dans le guide du Royaume-Uni en matière d'AMC :

[L'AMC est], à bien des égards, une « solution de rechange » au chiffrage monétaire de tous les principaux coûts et avantages lorsque celui-ci est irréalisable. Toutefois, l'AMC ne doit pas être considérée comme un raccourci ou comme une technique plus facile destinée à des personnes moins expérimentées. En effet, le recours à cette technique exige, à d'importants égards, davantage d'expérience et de formation que l'application de l'ACE [...] ou de l'ACA [...] (p. 8).

En résumé, si un grand nombre ou la plupart des documents d'orientation sur l'AIR insistent sur le fait qu'il est important de fournir une analyse qualitative détaillée et de qualité des impacts impossibles à quantifier, ils ne donnent que peu d'indications utiles sur la manière dont il convient d'atteindre cet objectif, hormis les textes susmentionnés relatifs à l'AMC. Il s'agit-là d'une lacune importante des orientations actuellement disponibles à laquelle il conviendrait de remédier en priorité.

Une question importante consiste à savoir si l'absence d'indications utiles à ce chapitre reflète le fait que les responsables de la réforme de la réglementation n'ont pas d'opinions précises quant à la manière dont il convient d'aborder la conduite de l'analyse qualitative et d'intégrer cette analyse à des éléments d'analyse quantitative. La question de savoir s'il convient ou non de promouvoir activement l'AMC dans le contexte de l'AIR doit être envisagée dans ce contexte plus large consistant à savoir quelles autres solutions permettraient de réaliser des analyses qualitatives complexes et systématiques et de les associer à des éléments quantitatifs.

Conclusions sur les méthodologies

L'OCDE a déjà indiqué que, dans le cadre des pratiques exemplaires, toutes les décisions en matière de réglementation devaient être fondées sur le principe de l'analyse coûts-avantages. Les sept documents d'orientation sur l'AIR étudiés aux fins de la rédaction

du présent document recommandent de faire de l'ACA la méthodologie de prédilection dans le cadre d'une AIR; ils sont donc conformes à cette pratique exemplaire.

De la même façon, la manière dont les pays étudiés ont choisi d'aborder la discussion des contextes dans lesquels l'analyse coût-efficacité peut constituer une méthodologie de rechange semble le plus souvent convenable, mettant assez fortement l'accent, dans la plupart des cas, sur les inconvénients que présentent ces méthodologies et sur la nécessité, par conséquent, de veiller à ne les utiliser que s'il a été clairement établi que le recours à une ACA est impossible.

Toutefois, les différents documents analysés ne donnent pour ainsi dire aucune indication sur l'utilisation de l'analyse du point d'équilibre, peut-être en raison du fait que cette analyse peut être considérée comme une forme d'analyse coût-efficacité. Il serait certainement très intéressant de faire de l'analyse du point d'équilibre une démarche méthodologique à part entière et d'attirer l'attention des autorités de réglementation sur ses utilisations potentielles.

La deuxième grande lacune dans le traitement actuel réservé aux démarches méthodologiques dans les documents d'orientation sur l'AIR concerne l'absence de conseils pratiques sur la manière de mener une analyse qualitative de façon systématique et objective et d'intégrer éléments qualitatifs et quantitatifs dans le processus analytique. Dans ce contexte, l'analyse multicritère (AMC) semble constituer une méthode appropriée. La question de savoir si son utilisation devrait être rendue obligatoire dès lors que les coûts et les avantages ne sont pas intégralement quantifiés (comme dans l'État de Victoria, en Australie) devrait également être examinée.

Dès lors que l'on décide de promouvoir l'AMC, il convient également d'envisager les orientations spécifiques à fournir au sujet de cette méthodologie : étant donné ses utilisations diverses, il faudrait également étudier la question de savoir quelle forme elle doit prendre pour être adaptée au mieux au contexte spécifique du processus décisionnel en matière de réglementation. Enfin, si les responsables de la réforme de la réglementation possèdent souvent des compétences solides dans le domaine de l'ACA et des méthodes annexes, il n'est pas certain qu'ils soient nombreux à détenir des compétences équivalentes s'agissant des aspects techniques de l'AMC. Ainsi, si l'on envisage de promouvoir l'AMC comme on l'a envisagé plus haut, il conviendrait de veiller à ce que les responsables de la réforme aient suffisamment de compétences pertinentes, à la fois pour dispenser une formation adaptée aux organismes de réglementation et pour procéder à un contrôle de qualité suffisant.

Les éléments méthodologiques de l'ACA

Aperçu

L'analyse coûts-avantages est un outil méthodologique désormais bien développé et largement accepté. Dans ces conditions, il ne devrait y avoir, *a priori*, que peu de raisons de constater de grandes divergences méthodologiques entre les documents d'orientation sur l'AIR des différents pays, dans leurs documents généraux en matière d'ACA ou, plus généralement, dans leur pratique de l'AIR.

Toutefois, un examen des documents d'orientation des sept pays fait état de variations importantes dans certains domaines. On peut trouver à cela au moins trois explications différentes. Premièrement, si l'ACA constitue une méthodologie généralement bien développée, son application au contexte de la réglementation présente certaines

spécificités (par exemple, eu égard aux questions relatives au taux d'actualisation ou au risque acceptable), et son emploi dans ce contexte précis est moins bien établi.

Deuxièmement, les orientations relatives à l'ACA que l'on peut trouver dans les documents sur l'AIR sont souvent assez superficielles (l'objectif étant que le document reste accessible au plus grand nombre); il est rare qu'elles fassent référence à d'autres sources, faisant davantage autorité. De la même façon, il n'existe le plus souvent aucune source officiellement reconnue d'orientations détaillées en matière d'ACA. Par conséquent, le problème tient dans certains cas au fait que les documents d'orientation ne traitent pas des aspects méthodologiques importants ou, alors, ne les traitent que de manière trop superficielle.

Troisième point, qui est peut-être d'ailleurs le plus évident, les différences dans les orientations méthodologiques peuvent traduire de véritables différences de préférences ou de valeurs entre les pays. Dans la mesure où les différences sont dues à cette troisième raison, il n'existe manifestement aucune raison de penser qu'il y aura ou qu'il devrait y avoir convergence avec le temps.

La section suivante, consacrée à certains éléments méthodologiques de l'ACA, est axée sur les indications relatives à l'ACA trouvées dans les documents d'orientation sur l'AIR et dans les documents publiés par les pouvoirs publics, qui contiennent des indications sur la manière d'utiliser l'ACA dans des contextes plus larges. Les différences entre les documents d'orientation sur l'AIR et l'ACA sont parfois soulignées, de même que les cas dans lesquels les documents d'orientation sur l'AIR ne renvoient pas le lecteur aux orientations plus détaillées contenues dans les guides généraux d'ACA.

Les méthodes d'évaluation

Les difficultés inhérentes à la quantification et au chiffrage des avantages et des coûts des différentes propositions de réglementation sont communément admises dans la littérature consacrée à l'AIR. On peut penser que c'est la raison pour laquelle, du moins en partie, les orientations sur l'AIR de nombreux pays de l'OCDE n'exigent pas explicitement une quantification des coûts et avantages des réglementations. Toutefois, comme semble l'indiquer l'OCDE (2006), la contribution de l'AIR au processus d'élaboration des politiques sera d'autant plus importante que l'on s'efforcera de quantifier dans toute la mesure du possible – même en présence d'une incertitude importante – pour autant que les hypothèses et l'évaluation sous-jacentes soient explicitées et que l'analyse de sensibilité appropriée soit également intégrée.

Si les organismes de réglementation chargés de l'AIR doivent être encouragés à quantifier les impacts de la réglementation lorsque cela leur est possible, les documents d'orientation sur l'AIR doivent, à l'évidence, contenir une quantité importante d'informations quant à l'éventail des méthodes d'évaluation disponibles. Elles sont, pour la plupart, assez bien établies dans la littérature économique, une réalité que l'on retrouve dans l'ensemble généralement analogue de méthodes discutées dès lors que la question est abordée dans les documents d'orientation sur l'AIR. Voici une liste (non exhaustive) des méthodes d'évaluation susceptibles d'être utilisées, du moins dans certains cas, dans le contexte d'une AIR :

Les méthodes fondées sur les préférences exprimées :

- La valorisation contingente.
- La modélisation des choix.

Les méthodes fondées sur les préférences déclarées :

- Les études des frais de déplacement.
- Les études du prix hédonique.
- Les dépenses défensives.

Une lecture des différents documents disponibles sur l'AIR montre qu'un nombre relativement réduit d'entre eux comportent des informations importantes sur les méthodes d'évaluation. Toutefois, dans les pays qui publient des guides plus spécialisés relatifs à la conduite d'une ACA dans le cadre de l'action des pouvoirs publics, la plupart des manuels renferment des indications détaillées sur ces points. Les documents d'AIR font parfois explicitement référence aux guides spécialisés en matière d'ACA. Dans d'autres cas, enfin, il est plus généralement conseillé au lecteur de rechercher un avis économique spécialisé.

Par exemple, le document d'orientation sur l'AIR du Royaume-Uni présente une liste de techniques d'évaluation en termes généraux, mais sans en fournir les modalités d'emploi ou les mérites respectifs. Il recommande au lecteur, en l'absence de prix, après avoir consulté les économistes de l'administration, de se poser la question de savoir si une quantification monétaire est possible à l'aide de techniques d'évaluation économique. Il cite également le Livre vert du ministère des Finances (Gouvernement du Royaume-Uni, 2003), qui développe longuement la question des méthodes d'évaluation. Toutefois, les auteurs précisent au sujet du Livre vert qu'il ne s'agit que d'une source parmi « un large éventail d'autres sources d'information » disponibles, au lieu d'indiquer que tout laisse à présumer qu'il convient d'adopter des démarches cohérentes.

Le guide australien sur l'AIR évoque brièvement les méthodes d'évaluation dans le corps du document, de même qu'il consacre l'essentiel d'une de ses annexes à la question (pp. 79-80, appendice B-2). Le *Handbook of Cost-Benefit Analysis* du ministère des Finances et de l'Administration contient des détails complémentaires importants, mais à l'instar du Royaume-Uni susmentionné, il n'est cité qu'à titre de source de « lecture complémentaire », sans se voir conférer une quelconque autorité.

Le guide des États-Unis en matière d'orientation évoque de manière relativement détaillée la question des méthodes d'évaluation (pp. 20-26), lesquelles font l'objet de plusieurs catégories : les méthodes fondées sur les préférences révélées, sur les préférences exprimées et sur le transfert d'avantages. Le guide ne renvoie pas explicitement à une autre source, plus spécialisée, d'informations complémentaires. Le guide sur l'AIR de l'Irlande ne mentionne pas les techniques d'évaluation et ne renvoie à aucune autre source irlandaise de conseils spécialisés en matière d'ACA. Il donne un certain nombre de références générales aux guides d'orientation en matière d'ACA d'autres pays (notamment le Livre vert du ministère des Finances du Royaume-Uni), mais sans préciser qu'ils abordent les techniques d'évaluation.

Dans le guide 1999 sur l'AIR de la Nouvelle-Zélande, seule une page en annexe dresse la liste d'un certain nombre de techniques d'évaluation et explique brièvement les objectifs de chacune d'entre elles. Toutefois, aucune référence spécifique n'est faite à des sources d'informations complémentaires sur ces questions. La bibliographie générale mentionne le guide australien en matière d'ACA parmi les sources d'orientation sur les questions d'ACA en général¹¹.

On trouve dans le guide sur l'AIR de la Commission européenne une courte section sur l'évaluation et le chiffrage des effets non liés aux marchés (pp. 37-38) et, comme le guide

d'orientation sur l'AIR des États-Unis et le guide australien relatif à l'ACA, il est surtout axé sur la distinction fondamentale entre les méthodes faisant appel aux préférences révélées et celles qui se fondent sur les préférences exprimées. Contrairement au guide australien, ce document n'exprime aucun avis général en faveur de la première démarche. Le guide de la Commission européenne ne contient par ailleurs aucune référence à des orientations plus détaillées.

Conclusions

Étant donné qu'il est fondamental, pour la qualité de l'ACA, de pouvoir quantifier et chiffrer le plus possible les effets de la réglementation, les documents d'orientation sur l'AIR seront plus utiles s'ils attirent l'attention de leurs lecteurs sur le fait qu'il existe une palette de méthodes d'évaluation propres à les assister dans cette tâche. Or un certain nombre des documents d'orientation examinés ne mentionnent pas cette information. De toute évidence, il s'agit d'une lacune à laquelle il serait relativement aisé de remédier, notamment au vu du fait que les différentes méthodes sont bien établies et que leurs mérites respectifs font l'objet d'un large degré de consensus.

Un deuxième impératif à cet égard concerne le fait que le guide sur l'AIR doit préciser clairement les résultats attendus de l'utilisation de ces méthodes d'évaluation. On peut soutenir que les orientations sur l'AIR pourraient indiquer qu'il convient d'envisager le recours aux méthodes d'évaluation disponibles pour évaluer les effets non liés aux marchés, et d'exposer dans l'AIR en tant que telles les raisons pour lesquelles on a choisi telle ou telle méthode (ou, au contraire, décidé de ne pas en retenir certaines autres)¹².

Ainsi que le montrent un certain nombre des documents d'orientation sur l'AIR susmentionnés, il est possible de faire une présentation de quelques-unes de ces méthodes et de leurs principales caractéristiques, et ce même lorsque l'on s'adresse essentiellement à un public de généralistes. Il n'est pour ainsi dire pas possible, par contre, de discuter en détail de ces différentes méthodes dans les guides sur l'AIR. Toutefois, lorsqu'il existe des documents d'orientation plus spécialisés en matière d'ACA, comme c'est le cas dans une minorité de pays étudiés ici, ceux-ci devraient être clairement cités dans les guides sur l'AIR. Actuellement, les pratiques des différents pays à ce chapitre sont variables, l'un des problèmes étant que, même si de tels guides spécialisés existent, ils ne sont souvent cités qu'en termes généraux (alors qu'il conviendrait de souligner que ces documents portent sur des questions spécifiques telles que les méthodes d'évaluation), et ils ne sont pas présentés comme faisant autorité ou comme étant obligatoires.

Par contre, un élément positif concerne le fait que, dès lors qu'aucun guide spécialisé en matière d'ACA n'a été rédigé, certains pays se montrent disposés à citer ceux de pays voisins (par exemple, l'Irlande et le Royaume-Uni, la Nouvelle-Zélande et l'Australie)¹³. Une autre constatation positive tient au fait que des travaux ayant une vision plus générale sont par ailleurs parfois cités, ainsi les travaux universitaires sur l'ACA qui ne portent pas spécifiquement sur leur utilisation dans le contexte de l'action des pouvoirs publics.

Les taux d'actualisation

L'actualisation constitue un élément fondamental de la méthodologie de l'ACA. Cependant, l'OCDE (2006) a démontré qu'il existe des divergences considérables entre les pays membres s'agissant des orientations fournies à ce chapitre. Ces différences sont manifestes, tant s'agissant des taux spécifiques recommandés (ou l'absence de taux recommandés) que des raisonnements proposés pour justifier le choix d'un taux d'actualisation particulier.

Les taux d'actualisation recommandés

Les taux d'actualisation recommandés par les différents documents d'orientation nationaux sur l'AIR ou dans des textes connexes sont notamment les suivants :

- La France impose l'utilisation d'un taux d'actualisation réel de 4 %¹⁴. Avant 2005, le taux imposé était de 8 %.
- Le Danemark exige un taux d'actualisation réel de 6 %¹⁵.
- L'État de Victoria (Australie) recommande d'utiliser le taux réel des obligations d'État à dix ans (actuellement 3.5 %). Auparavant, un taux réel de 5 % était recommandé.
- La Commission européenne recommande un taux d'actualisation réel de 4 %.
- La Norvège recommande un taux d'actualisation réel de 4 % dans la plupart des cas, des taux supérieurs devant être utilisés en cas de « risque systématique » important.
- Avant 2005, l'Irlande recommandait un taux de base réel de 5 % et recommande à présent un « taux d'actualisation officiel » égal au coût des emprunts d'État.
- Les États-Unis recommandent un taux d'actualisation réel de 7 %, mais ils imposent dans le même temps la réalisation d'une analyse de sensibilité utilisant un taux d'actualisation de 3 %¹⁶.
- L'Australie « suggère » de recourir à un taux d'actualisation réel de 7 %, avec un test de sensibilité à 3 % et 11 %.
- Le guide du Canada en matière d'ACA dans le domaine de la réglementation recommande d'appliquer un taux d'actualisation social (réel) de 10 % (citant un guide en matière d'ACA publié en 1976 par le Conseil du Trésor), des analyses de sensibilité devant être menées à 5 % et à 15 %.
- Le guide 1999 d'AIR de la Nouvelle-Zélande recommande différentes démarches pour fixer les taux d'actualisation en fonction de l'objectif visé. Le texte indique que, s'agissant des dépenses publiques, il convient de retenir le taux des emprunts d'État à long terme, citant une enquête montrant que les préférences exprimées de la population reflètent un taux d'actualisation de 5 à 7 % pour ce qui est d'éviter la mort et les blessures et fait valoir enfin que des taux largement inférieurs pourraient être justifiés en ce qui concerne les questions environnementales de long terme. Le guide ne précise aucune démarche à privilégier en particulier aux fins de la réglementation.
- En revanche, le guide 2007 d'AIR de la Nouvelle-Zélande n'aborde pas la question du taux d'actualisation approprié. Cette question est en revanche traitée dans le *Treasury BCA Primer* (2005), qui affirme que des taux différents sont adaptés à des projets différents (ou, par extension, à des réglementations), en fonction du risque évalué. Toutefois, le guide relève aussi que le Trésor utilise un taux de référence de 10 % « chaque fois que l'on ne dispose pas d'autre taux d'actualisation sectoriel applicable pour chiffrer des propositions d'intervention » (Gouvernement néo-zélandais, p. 27).
- Le guide sur l'AIR du Royaume-Uni conseille simplement de contacter les économistes de l'administration afin de leur demander leur avis sur la détermination du taux d'actualisation et de l'horizon temporel. Il ne cite pas le Livre vert du ministère des Finances, bien que celui-ci contienne des taux recommandés précis, notamment un taux d'actualisation réel de 3.5 % pour les échéances allant de 1 à 30 ans (voir ci-après).

Ces exemples montrent, premièrement, que le degré d'uniformité exigé varie considérablement selon les pays membres (c'est-à-dire, entre les différentes AIR) s'agissant

du taux d'actualisation utilisé. Si certains exigent ou recommandent fortement un taux unique, d'autres acceptent des taux se situant à l'intérieur d'une fourchette donnée, et quelques-uns donnent des orientations théoriques, mais sans préciser de fourchette à l'intérieur de laquelle ce taux doit demeurer. D'autres enfin précisent que des taux différents peuvent et doivent être utilisés en fonction des différentes propositions de réglementation.

Il convient de noter le nombre de documents d'orientation sur l'AIR qui renvoient les organismes de réglementation au ministère des Finances ou à d'autres sources d'information. Cette situation reflète un transfert de responsabilité. Il semblerait plus efficace que les responsables de la politique de la réglementation se familiarisent avec les orientations générales de l'administration en matière d'évaluation des projets, y compris le ou les taux d'actualisation à utiliser, en consultation avec le ministère des Finances et les intègrent au contexte des orientations sur l'AIR.

Deuxièmement, l'amplitude des différents taux d'actualisation recommandés par les pays membres est importante, avec une fourchette de 3.5 % à 10 % (en termes réels) apparente au sein de cet échantillon relativement réduit. Ces différences de taux risquent d'avoir une incidence non négligeable s'agissant de leur effet sur une proposition de réglementation à long terme pour laquelle on aura des écarts importants entre le moment auquel interviendront les avantages et le moment auquel interviendront les coûts. Comme l'OCDE en a discuté en 2006, des taux d'actualisation plus élevés vont avoir tendance à réduire le nombre de propositions de réglementation susceptibles d'afficher une valeur actualisée nette (VAN) positive, vu que les réglementations sont le plus souvent caractérisées par une prépondérance de coûts dans les premières années suivant la mise en œuvre, alors que les avantages se font davantage sentir au cours des années suivantes.

Les variations d'un pays à l'autre des taux d'actualisation recommandés ne sont pas nécessairement problématiques – dans la mesure où le taux vise à refléter le taux de préférence collective pour le présent (voir plus loin), les variations réelles de ce taux selon les pays doivent se retrouver dans les recommandations en matière de taux d'actualisation dans les guides sur l'AIR. L'ampleur des différences constatées peut davantage refléter des divergences d'opinions quant au fondement théorique à retenir pour fixer les taux d'actualisation que de réelles différences de taux de préférence collective pour le présent.

Problèmes conceptuels

La littérature en matière d'ACA propose généralement deux notions conceptuelles susceptibles de servir de point de départ à la détermination des taux d'actualisation : le taux de préférence collective pour le présent et le coût d'opportunité du capital. Dans certains pays, les guides d'orientation sur l'AIR ne donnent aucune justification théorique du taux d'actualisation recommandé; il est donc impossible d'analyser les raisons pour lesquelles différents taux sont recommandés. En revanche, d'autres expriment un point de vue différent sur la question. Le document d'orientation des États-Unis propose un cadre théorique général pouvant servir de point de départ à la fixation des taux d'actualisation :

La méthode analytique à privilégier pour résoudre la question des écarts temporels entre les coûts et les avantages consiste à ajuster l'ensemble des avantages et des coûts en fonction de leur valeur en unités équivalentes de consommation et à les actualiser au taux que consommateurs et épargnants utiliseraient normalement pour actualiser des avantages de consommation futurs. C'est une méthode que l'on qualifie parfois de méthode d'actualisation fondée sur le « prix fictif », dans la mesure où la

réalisation de ces calculs oblige à évaluer coûts et avantages à un prix fictif, surtout les biens d'équipement, pour tenir compte des distorsions de marché (p. 33).

Le guide poursuit en soulignant que cette tâche comporte des difficultés pratiques, avant de recommander « d'utiliser un taux d'actualisation réel de 7 % comme hypothèse de base dans le cadre de l'analyse de la réglementation » et d'affirmer que « le taux de 7 % est une estimation du taux de rendement moyen avant impôts du capital privé dans l'économie des États-Unis » (*ibid.*) Le guide note par ailleurs que :

Les effets de la réglementation ne s'exercent pas toujours exclusivement ni principalement sur l'allocation de capital. Lorsque la réglementation affecte principalement et directement la consommation privée (par exemple, à travers la hausse des prix à la consommation pour des biens et des services), il convient de recourir à un taux d'actualisation plus faible. La solution de rechange la plus courante est parfois appelée le taux de préférence collective pour le présent.

Selon le guide, un taux d'actualisation de 3 % constitue un indicateur de substitution convenable pour le taux de préférence collective pour le présent. Le guide affirme ensuite que l'AIR doit être menée en recourant à la fois aux taux d'actualisation de 3 % et de 7 %, bien qu'il considère le taux de 7 % comme « l'hypothèse de base » à retenir. Ainsi, le guide des États-Unis semble faire valoir qu'il est généralement préférable d'adopter la démarche reposant sur le concept de coût d'opportunité du capital, tout en recommandant aussi d'appliquer une solution de rechange (ou une analyse de sensibilité) reposant sur le taux de préférence collective pour le présent.

La Norvège indique de même que le taux d'actualisation doit être égal au taux de rendement dont un investisseur privé aurait besoin pour s'engager dans un projet ayant les mêmes caractéristiques de risque. Elle estime que son taux d'actualisation « standard » recommandé de 4 % inclut un taux de rendement sans risque de 2 % et une prime de risque égale à 2 %¹⁷.

Le nouveau guide sur l'AIR de l'Australie affirme que le taux d'actualisation approprié est le coût d'opportunité social du capital et que ce coût est conceptuellement égal au rendement moyen pondéré des différentes sources de capital, les pondérations étant données par « la proportion des financements obtenus auprès de chaque source » pour couvrir les dépenses de mise en conformité avec la réglementation (OBPR, 2007). Le taux de rendement réel de 7 % est calculé de la façon suivante :

Les estimations du rendement réel de marché avant impôt sur des investissements en Australie sont de 8 % au moins, le rendement réel après impôts pour les consommateurs est de 6 % au moins et le coût marginal des financements étrangers est de 5 % au moins. Si l'on utilise ces chiffres qui se situent dans le bas des fourchettes d'estimation, l'application de pondérations plausibles aux sources de capital aboutissent à un taux d'actualisation moyen pondéré de l'ordre de 6.5 à 7.5 % (*ibid.*).

Le guide actuel de l'Australie adopte donc une démarche conceptuelle analogue à celle des États-Unis et, on le notera avec intérêt, il recommande aussi la même hypothèse de base sur le taux d'actualisation. Cela marque un changement significatif par rapport à l'approche adoptée dans l'édition de 2006 du guide australien. Cette précédente édition formulait une recommandation sur la question de savoir s'il convenait de privilégier les approches du taux de préférence collective pour le présent ou du coût d'opportunité du capital et, dans le même temps, ne recommandait pas de valeur pour le taux d'actualisation. Cela constitue une avancée importante quant à la fourniture d'orientations méthodologiques

claires aux autorités de réglementation en assurant une cohérence de la méthodologie entre les AIR.

On peut affirmer que les mesures reposant sur le coût du capital sont elles-mêmes des substituts du taux d'actualisation social. Toutefois, la question de savoir si la prime de risque implicite doit s'appliquer à des dépenses en matière de réglementation (de préférence à un taux d'actualisation social « sans risque » fondé sur le taux obligataire à long terme), de même que celle qui consiste à savoir s'il faut préférer le taux de rendement après impôt au taux de rendement avant impôt¹⁸.

La démarche adoptée par les guides américain et australien sur l'AIR tient inévitablement compte du risque de marché dans le calcul du taux d'actualisation retenu comme hypothèse de base. En revanche, les nouvelles orientations sur l'AIR publiées par l'État de Victoria (Australie) disposent que le taux d'actualisation utilisé doit correspondre au coût réel d'opportunité du capital sans risque, tel qu'estimé par le ministère des Finances et devant servir dans le cadre des partenariats publics/privés (Gouvernement de l'État de Victoria, 2007, pp. 5-16; ainsi que nous l'avons indiqué précédemment, ce taux est actuellement de 3.5 %). La question conceptuelle qui sous-tend le choix sur l'utilité de tenir compte du risque de marché dans la détermination du taux d'actualisation n'est pas traitée explicitement dans ces guides. Néanmoins, un autre document au moins publié par l'administration australienne aborde la question de manière assez détaillée. Le texte en question (BTRE, 1999) conclut en les termes suivants :

Les ACA devraient tenir compte du risque¹⁹, dans la mesure où la population tend à craindre le risque. Toutefois, le relèvement du taux d'actualisation constitue une technique grossière qui peut introduire d'autres distorsions dans l'analyse. Les chercheurs devraient s'efforcer de mettre au point de meilleures méthodes qui soient également pratiques.

Toutefois, cette injonction ne traite manifestement pas de la question d'indications pratiques plus utiles que le manuel sur l'AIR, étant donné que l'on attend vraisemblablement du décideur qu'il se contente d'intégrer une prime pour le risque de marché, faute de meilleures solutions proposées par les « chercheurs ». Cette démarche semble avoir été retenue pour la formulation du conseil figurant dans l'actuel guide sur l'AIR de l'Australie.

Le guide de l'ACA de la Nouvelle-Zélande indique que le taux d'actualisation correspond à la somme du taux collectif de préférence pour le présent et d'un facteur prenant en compte le risque de « ne pas percevoir un dollar dans le futur » (p. 27). De même, le guide 1999 sur l'AIR de la Nouvelle-Zélande (p. 16) fait valoir que le taux d'actualisation doit correspondre à la somme du taux de préférence collective pour le présent, de l'incertitude et de l'inflation (il va sans dire que ce dernier élément n'entre pas en ligne de compte s'agissant des taux d'actualisation réels). Toutefois, le guide semble préconiser l'adoption d'un taux d'actualisation « sectoriel » dans certains cas du moins, notant que des taux d'actualisation effectifs de 5 à 7 % ont été estimés à partir de réponses à des enquêtes menées auprès de la population sur des questions liées à la santé et à la sécurité.

Pour l'essentiel, l'UE est muette sur le problème conceptuel sous-jacent au choix du taux d'actualisation, même si ses directives sur l'AIR évoquent un taux d'actualisation « social » – ce qui donne à penser que ses recommandations reposent peut-être sur un taux de préférence collective pour le présent.

L'intégration de primes de risque

Les commentaires précédents donnent à penser qu'un facteur important qui pourrait expliquer la différence entre les taux d'actualisation recommandés les plus faibles (c'est-à-dire de 3.5 à 5 %) et les taux recommandés les plus élevés (c'est-à-dire de 7 à 10 %) tient à la question de savoir si une prime de risque a été ou non intégrée au calcul du taux. Lorsque le taux est fondé sur la notion d'un taux de préférence collective pour le temps présent, il est évident qu'aucune prime de risque n'est appliquée. Il semble exister une certaine divergence d'opinions sur la question de savoir s'il faut ou non inclure une prime de risque dans le calcul d'un taux d'actualisation effectué sur la base d'un coût notionnel d'opportunité du capital : par exemple, le guide de l'État de Victoria ne tient aucunement compte du risque, alors que les guides en matière d'ACA de l'Australie, des États-Unis et de la Norvège tient implicitement compte du risque de marché.

Dans ce contexte, il est important de faire la distinction entre le risque de « marché » et le risque ne relevant pas du risque de marché. Un autre guide australien en matière d'ACA définit la différence entre les deux concepts de la manière suivante :

Le risque de marché découle des fluctuations imprévues de la conjoncture économique. Ces fluctuations retentissent sur les rendements des investissements en général, y compris les infrastructures de transport. Le risque qui n'est pas un risque de marché, par contre, résulte de facteurs plus spécifiques à des investissements particuliers (BTRE, 1999).

Comme on l'a vu, le guide soutient qu'il peut être indiqué de tenir compte des risques de marché, mais que les autres catégories de risques doivent être prises en considération par le recours à une analyse de sensibilité, étant donné que l'application du taux d'actualisation à ces catégories comporte le risque de voir apparaître dans l'analyse des distorsions non négligeables²⁰.

Théoriquement, on peut dire que les propositions de dépenses liées à la réglementation sont « en lice » avec des investissements privés compte tenu de ressources et de moyens limités. Dans tous les cas, la décision consistant à savoir si l'on va ou non effectuer un investissement privé comporte en réalité une prime de risque. Il semblerait que l'on trouve dans la littérature des points de vue différents sur la question de savoir si les dépenses en matière de réglementation comportent moins de risques, en moyenne, que les investissements privés. Toutefois, il est presque certain que la plupart des réglementations comportent un degré de risque important.

On pourrait paraphraser le point de vue du BTRE, cité plus haut, en disant que ces risques doivent être pris en compte d'une manière ou d'une autre dans l'ACA et que, faute de meilleure solution, il convient d'ajuster le taux d'actualisation pour tenir compte du risque.

Dans la mesure où il n'existe pas d'argument clair démontrant que la réglementation comporte moins de risques qu'un investissement privé, on peut penser que la prime de risque de référence doit être égale à la notion de « risque de marché général », abordée dans le guide australien en matière d'ACA mentionné précédemment.

Un taux d'actualisation collectif ou sectoriel

Les documents d'orientation sur l'AIR étudiés aux fins de l'élaboration du présent rapport sont, le plus souvent, muets sur la question théorique de savoir s'il faut utiliser un taux d'actualisation unique ou des taux d'actualisation variables. Le cas particulier consistant à savoir s'il faut recourir à des taux d'actualisation inférieurs pour les

Encadré 3.2. L'approche théorique du taux d'actualisation en France

L'approche française de la détermination du taux d'actualisation à appliquer à l'évaluation des investissements publics repose sur une démarche conceptuelle distincte. On détermine le taux à partir de l'addition des valeurs de trois variables : le « taux pur » de préférence pour le présent^{*}, l'élasticité de l'utilité marginale de la consommation et le taux de croissance de la consommation par habitant. D'après les estimations réalisées, ces valeurs s'établissent à 1 %, 2 % et 2 % respectivement.

Cela étant, même si cela laisse entrevoir un taux d'actualisation réel de 5 %, d'autres facteurs ont aussi été pris en compte. Il s'agit notamment de l'incertitude quant au taux de croissance de la consommation par habitant et la nécessité de s'assurer que le taux d'actualisation utilisé à des fins concernant le secteur public ne s'écarte pas sensiblement de celui qu'a adopté le marché (et qui est estimé à 3-4 % en termes réels). Compte tenu de ces facteurs, on a abouti à un taux de 4 %.

Ce taux est sensiblement inférieur à celui de 8 % utilisé à partir de 1985 jusqu'en 2005. On a mis en évidence plusieurs facteurs justifiant le recours à un taux sensiblement moindre. En termes généraux, les grands facteurs contextuels mis en évidence ont été l'intégration européenne, la mondialisation et la libéralisation des mouvements internationaux de capitaux. Parmi les facteurs spécifiques, on retiendra la forte baisse des taux d'intérêt réels, l'accroissement des incertitudes quant aux rythmes de croissance économique à l'avenir, une réduction du taux « pur » de préférence pour le présent et une diminution substantielle de l'ampleur de « l'effet d'éviction » de l'investissement privé par l'investissement public, dû à la libéralisation des mouvements internationaux de capitaux.

* Le document français considère que l'on peut débattre de l'utilité de la prise en compte de ce facteur.

Source : CGdP (2005), p. 37, pp. 77-81.

propositions à plus longue échéance est examiné ci-dessous. Toutefois, dans le cas le plus courant, la question se pose de savoir s'il est préférable de choisir un taux qui reflète l'estimation par « l'ensemble de la société » du taux de préférence pour le présent ou du coût d'opportunité du capital, ou s'il ne faudrait pas tenter de déterminer une valeur « sectorielle » pour l'une ou l'autre de ces variables.

Ce dernier point de vue semble supposer que les taux utilisés devraient être alignés sur les taux pratiqués par la ou les parties supportant l'essentiel du coût de la réglementation, ou alors par la partie bénéficiant de l'essentiel des avantages de la réglementation. On pourrait penser qu'une telle démarche va donner un résultat plus satisfaisant sur le plan théorique. Toutefois, sur le plan pratique, il serait impossible de procéder de la sorte. De plus, il est assez probable qu'une telle initiative soulève énormément de controverses. On pourrait également, pour justifier l'adoption de taux différentiels, soutenir que les propositions de réglementation comportant un risque plus important doivent se voir appliquer des taux d'actualisation plus élevés.

Toutefois, l'opinion du BTRE, susmentionnée, semble fortement indiquer que d'autres méthodes de prise en compte de ces catégories de risques sont susceptibles d'introduire moins de distorsions dans l'analyse. De même, on a fait valoir dans OCDE (2006) que la meilleure solution à ce problème consiste à appliquer une analyse de sensibilité aux principales variables d'incertitude. Cette position correspond à celles des différents guides sur l'AIR qui, d'un côté, ne proposent pas de taux différentiels en fonction des réglementations, mais de l'autre, soulignent fréquemment la nécessité de procéder à une analyse de sensibilité.

L'utilisation d'un taux d'actualisation unique peut donc être défendue pour des raisons pratiques aussi bien que théoriques. Sur le plan pratique, on peut soutenir que cette solution constitue la seule démarche réalisable. Sur le plan théorique, le taux d'actualisation unique représente la moyenne de tous les taux d'actualisation privés. Si le taux unique appliqué à certains contextes de réglementation spécifiques ne correspond pas nécessairement aux taux d'actualisation pratiqués par les diverses parties concernées, ces « erreurs » sont supposées être ensuite réparties de manière aléatoire lorsque l'on envisage la gamme des interventions réglementaires dans son ensemble.

Un document qui traite spécifiquement de la question de savoir s'il convient d'adopter des taux d'actualisation différenciés est le guide français sur les taux d'actualisation (CGdP, 2005). Ce document préconise l'adoption d'un taux d'actualisation unique, estimant que :

Le taux d'actualisation, qui traduit l'effort que la collectivité est prête à consentir pour préparer l'avenir, ne peut pas varier d'un secteur à l'autre. Accepter des taux différents détruirait toute la transparence et la cohérence globale qu'offre cette méthode. Les investissements publics doivent être évalués selon les mêmes règles. Si certains secteurs particuliers semblent devoir nécessiter une approche spécifique, celle-ci doit être effectuée directement en valorisant les effets positifs ou négatifs liés au projet et non au travers d'une manipulation du taux d'actualisation (CGdP, 2005).

Des taux d'actualisation variables selon l'horizon temporel

Il semblerait qu'un nombre croissant de documents d'orientation sur l'AIR et d'ACA préconisent l'adoption de taux d'actualisation inférieurs pour les projets de très long terme. On pourrait penser que cette démarche répond en partie à la critique formulée à l'encontre de l'ACA par des défenseurs de l'environnement notamment, qui prétendent qu'elle favorise systématiquement les perspectives de court terme dans le cadre de l'élaboration des politiques. Toutefois, un certain nombre de points de vue théoriques différents s'expriment en faveur de cette proposition – dont certains sont plus généraux, alors que d'autres semblent porter spécifiquement sur le contexte de l'environnement.

Le guide de 1999 de la Nouvelle-Zélande sur l'AIR, qui soutient que l'on pourrait raisonnablement appliquer des taux d'actualisation inférieurs à des projets de long terme dans le contexte de l'environnement, précise :

[...] on pourrait éventuellement justifier l'application de taux d'actualisation bien inférieurs à des valeurs environnementales étant donné que : 1) au fur et à mesure que la population va s'enrichir; et 2) que l'étendue et la nature de l'environnement vont être atteints, la population devrait à l'avenir attacher davantage de valeur à l'environnement naturel (p. 17).

Même si ces deux propositions paraissent plausibles en tant que telles, leur utilisation pour justifier l'adoption d'un taux d'actualisation inférieur semble revenir, sur le plan théorique, à estimer les fonctions d'utilité sociale futures et à postuler des prix relatifs futurs en conséquence. En d'autres termes, cette démarche ne consiste pas simplement à supposer que le prix réel des biens environnementaux risque d'augmenter à l'avenir, mais que leur prix relatif risque également de progresser. Toutefois, si une situation de rareté relative accrue (laquelle est plausible, mais non inévitable) corroborerait une telle hypothèse, tel ne serait pas le cas d'un accroissement de la prospérité.

On remarquera que les orientations actuelles de la Nouvelle-Zélande sont moins favorables au recours à des taux d'actualisations moindres pour les projets de très long

terme. Même si le guide de l'ACA relève que certaines sources recommandent le recours à des taux inférieurs si l'évaluation du projet dépend pour une part importante de la valorisation d'effets à très long terme, citant le Livre vert du ministère des Finances du Royaume-Uni à cet égard, il conclut que « l'on peut s'attendre à ce que, en Nouvelle-Zélande, l'on n'aura recours à des taux d'actualisation inférieurs que dans des circonstances exceptionnelles » (Gouvernement néo-zélandais, 2005, pp. 28-29).

De la même manière, le document d'orientation sur l'AIR de l'UE fait valoir (annexes) que, lorsque les échéances temporelles sont très lointaines, l'application de taux d'actualisation plus faible « pourrait se justifier par les conséquences à plus long terme du développement durable et, notamment, la nécessité de tenir dûment compte des préférences des générations futures ». Il est intéressant de constater qu'aucun taux d'actualisation inférieur n'est proposé ou recommandé dans l'un ou l'autre des deux cas précités.

Les orientations françaises sur le taux d'actualisation applicable au secteur public préconisent aussi le recours à un taux d'actualisation décroissant pour les analyses portant sur des horizons temporels au-delà de 30 ans. Le document français préconise des taux décroissants partant de 4 % à 30 ans jusqu'à un plancher de 2 %, sans pour autant recommander un barème spécifique de taux pour des horizons temporels particuliers. Comme le guide néo-zélandais, le document français fait valoir que le prix relatif des biens environnementaux risque d'augmenter au fil du temps avec l'accroissement de leur rareté. Toutefois, contrairement au point de vue adopté par la Nouvelle-Zélande, le guide français fait explicitement valoir que cela ne constitue pas une justification du recours à un taux d'actualisation décroissant – il convient plutôt de tenir compte de cet effet en intégrant directement des valeurs supérieures pour les biens environnementaux dans les calculs de la valeur actualisée.

La démarche française de justification du recours à un taux d'actualisation décroissant procède plutôt de la prise en compte des variables utilisées pour déterminer le taux d'actualisation. Comme on l'a vu, il s'agit du taux pur de préférence pour le présent, l'élasticité de l'utilité marginale de la consommation et le taux de croissance du revenu par habitant. En ce qui concerne cette dernière variable, le guide observe qu'il y a des raisons de penser que les taux actuels de croissance de la consommation par habitant risquent de ne pas se maintenir à l'avenir et qu'il faut faire preuve de prudence en tenant compte de cette incertitude :

La formule précédente suppose que le taux de croissance moyen sur le long terme est connu et constant. Cette vision optimiste de l'avenir apparaît peu réaliste et les débats sur le développement durable illustrent le degré d'incertitude dans lequel nos sociétés se trouvent aujourd'hui lorsqu'il s'agit d'imaginer l'avenir. Il paraît plus pertinent d'introduire un effet précaution qui porte justement sur les incertitudes sur la croissance, ce qui tend à réduire le taux d'actualisation (CGdP, 2005).

En d'autres termes, dans la mesure où le taux de croissance de la consommation par habitant diminue dans des périodes futures par rapport aux rythmes actuels, il est justifié d'appliquer une réduction du taux d'actualisation à ces périodes futures dans la formule de calcul. Néanmoins, le document français précise que « cette décroissance ne peut être que très progressive dans le temps en raison des hypothèses mêmes de construction » (CGdP, 2005). La justification du recours à un taux d'actualisation décroissant pour des horizons à très long terme qu'a retenu le guide français repose donc sur une hypothèse spécifique sur les taux de croissance de long terme probables et semble inévitablement reposer sur des

jugements estimant que cette hypothèse est plausible. En revanche, d'autres publications préconisent le recours à un taux décroissant en invoquant des motifs plus généraux²¹.

Le document d'orientation des États-Unis fait état d'un cas général, dans lequel il est recommandé de différencier les taux d'actualisation en fonction de l'échéance. Sur le plan théorique, cette théorie, attribuée à l'origine à Weitzman²², se distingue radicalement des motifs précités, puisqu'elle repose sur l'argument selon lequel la valeur *appropriée* du taux d'actualisation devient de plus en plus incertaine au fur et à mesure que l'échéance s'éloigne. Cette constatation semble déboucher sur une conclusion diamétralement opposée à celle du document d'orientation de l'UE (voir plus haut) : en d'autres termes, il ne nous est pas possible de connaître le taux d'actualisation effectif des générations futures. Le document d'orientation des États-Unis fait alors valoir que :

La moyenne correctement calculée du facteur d'actualisation équivalent sur le plan des certitudes [soit $1/(1+r)^t$] correspond au taux d'actualisation minimum caractérisé par un degré quelconque de probabilité positive importante. Du point de vue actuel, le seul scénario limitatif pertinent est celui affichant le taux d'actualisation le plus bas – tous les autres états à une échéance éloignée sont relativement beaucoup moins importants étant donné que leur valeur présente attendue est très fortement limitée par la capacité de calculer à un taux supérieur (p. 36).

Le Livre vert du Royaume-Uni préconise également en termes généraux le recours à des taux d'actualisation inférieurs dès lors que l'horizon temporel est supérieur à 30 ans, citant également Weitzman. Le Livre vert propose un tableau donnant des chiffres précis de taux d'actualisation pour une série d'échéances différentes :

Tableau 3.1. Taux d'actualisation réels recommandés (Livre vert du Royaume-Uni)

Horizon temporel	1-30 ans	31-75 ans	76-125 ans	126-200 ans	201-300 ans	301+ ans
Taux d'actualisation	3.5 %	3.0 %	2.5 %	2.0 %	1.5 %	1.0 %

Il convient de noter cependant que, si le Livre vert cite Weitzman comme principale source justifiant la baisse de taux d'actualisation sur le long terme, les valeurs reproduites ci-dessus s'écartent nettement des chiffres proposés par l'auteur et figurant ci-après. Les auteurs du Livre vert ne donnent pas les raisons pour lesquelles leurs chiffres sont différents des conclusions de Weitzman, s'agissant des taux d'actualisation à retenir.

Tableau 3.2. Taux d'actualisation réels recommandés (Weitzman, 2001)

Horizon temporel	1-5 ans	6-25 ans	26-75 ans	75-300 ans	301+ ans
Taux d'actualisation	4.0 %	3.0 %	2.0 %	1.0 %	0 %

Si les guides des États-Unis et du Royaume-Uni reprennent tous les deux l'opinion de Weitzman sur cette question, certains éléments tendent à prouver que ce point de vue est minoritaire. Portney et Weyant (1999)²³, résumant les contributions à un ouvrage traitant précisément de l'actualisation des projets à très long terme, ont fait remarquer que seules quatre des 16 contributions avaient mis en avant cette proposition (p. 7). Par

ailleurs, les auteurs renvoient le lecteur à plusieurs études relatives au comportement des individus qui paraissent :

[...] montrer de manière assez systématique que, si les individus semblent effectivement accorder moins de poids à des avantages éloignés dans le temps, ils n'utilisent pas un taux d'actualisation exponentiel constant. En fait, il semblerait plutôt que, plus il doit s'écouler de temps avant que les effets ne se fassent sentir, plus le taux d'actualisation implicite utilisé est faible²⁴ (p. 7).

Quelles que soient les positions adoptées au sujet de plusieurs aspects de projets à très long terme, Portney et Weyant indiquent que la quasi-totalité des auteurs des contributions préconisent l'application d'un taux d'actualisation positif, alors qu'ils sont unanimes à confirmer qu'il faut un taux d'actualisation reflétant le coût d'opportunité du capital pour tous les projets ayant un horizon temporel de quarante ans ou moins (p. 7).

En résumé, s'il existe un certain nombre d'éléments empiriques et théoriques en faveur de l'application de taux d'actualisation inférieurs pour les échéances très éloignées dans le temps, ce point de vue fait également l'objet d'un certain nombre d'objections non négligeables. Il convient par ailleurs de signaler un point peut-être plus important, à savoir que cette question ne se pose que pour les horizons temporels de plus de quarante ans, ce qui indique que le problème ne concernera pas la réalisation d'ACA pour la grande majorité des propositions de réglementation.

Les questions d'incitations

Une autre question à envisager au moment de déterminer le taux d'actualisation recommandé dans le cadre d'une AIR consiste à savoir s'il faut ou non s'efforcer de contrer le parti pris naturel en faveur de la réglementation des organismes de réglementation par un taux d'actualisation supérieur à celui qui serait par ailleurs défendable.

L'AIR est réalisée par des organismes de réglementation, qui sont soumis à de fortes incitations à réglementer, tant du fait de leurs responsabilités spécifiques en matière de réglementation (et du lobbying de groupes d'intérêts) que du fait de pressions politiques. Dans ces conditions, on peut s'attendre qu'ils intègrent à leur AIR, consciemment ou non, un certain biais systématique favorable à la réglementation, surestimant ses avantages ou sous-estimant son coût, voire les deux.

Si les autorités de réforme de la réglementation peuvent avoir une certaine capacité à faire échec à de tels partis pris, dans la mesure où elles jouent un rôle d'assurance-qualité et de filtrage eu égard aux AIR, ce mécanisme risque, dans la pratique, de ne fonctionner qu'imparfaitement. Dans ce cas, on peut soutenir que l'adoption d'un taux d'actualisation supérieur pourrait constituer un moyen de contrer ce parti pris en faveur de la réglementation, étant donné que, pour la plupart des réglementations, la plus grande partie des coûts concernent le court terme, alors que les avantages se font sentir sur une plus longue période.

Conclusions sur les taux d'actualisation

Nombreux sont ceux qui estiment que les documents d'orientation sur l'AIR devraient recommander un taux d'actualisation précis ou un taux susceptible de garantir la cohérence des politiques, au lieu que cette question soit déterminée de manière décentralisée par les différents organismes de réglementation. Or, la question du taux reflète un aspect plus vaste de la politique de l'administration ou son interprétation des préférences sociales, et indique par ailleurs que les orientations sur l'AIR devraient

Encadré 3.3. Un biais systématique ?

On peut soutenir que le biais systématique en faveur d'une sur-réglementation du risque identifié par la *Better Regulation Commission* (2006) est confirmé, même en présence d'une ACA rigoureuse, entreprise par une dynamique séparée, décrite dans le guide australien de l'analyse coûts-avantages.

« On parle de biais d'optimisme dès lors que des estimations positives des avantages nets sont présentées comme étant les estimations les plus probables ou moyennes. Il s'agit-là d'un problème endémique de l'analyse coûts-avantages, qui peut traduire une surestimation des avantages futurs ou une sous-estimation des coûts à venir » (DoFA, 2006).

Ce biais d'optimisme est décrit par le DoFA dans le contexte de l'utilisation de l'ACA pour l'évaluation de projets en général, et non dans le contexte spécifique de la réglementation. Le guide de l'ACA de la Nouvelle-Zélande met lui aussi en évidence un problème de biais d'optimisme (p. 36), tout comme le Livre vert du ministère des Finances du Royaume-Uni. Ce dernier fait valoir qu'il s'agit d'un « phénomène mondial affectant les secteurs tant public que privé »¹ et préconise des ajustements explicites pour en tenir compte, en relevant les estimations de coûts et en réduisant ou en différant les avantages. Toutefois, le guide de la Nouvelle-Zélande fait valoir que l'analyse de sensibilité constitue l'instrument approprié à utiliser à cet égard.

D'autres ont fait valoir que les incitations pesant sur les organismes de réglementation (qui sont principalement responsables des ACA) sont tout particulièrement de nature à favoriser ce parti pris. Cependant, ce point de vue n'est certainement pas unanime, puisque certains détracteurs de l'utilisation de l'ACA en matière de réglementation² font état d'un prétendu « biais de pessimisme » en vertu duquel les coûts des réglementations proposées seraient systématiquement surestimés.

Harrington *et al.* (2001), après avoir effectué des recherches empiriques sur la question, ont conclu que ces deux biais, s'ils sont tous deux fréquemment présents, ont tendance à s'annuler l'un l'autre, d'où un biais « net » nul dans l'estimation des coûts unitaires des avantages de la réglementation.

1. Gouvernement du Royaume-Uni (2002, p. 29). Cette affirmation est attribuée à Flyvbjerg, B., M.S. Holm et S. Buhl, « Underestimating Costs in Public Works Projects – Error or Lie », *Journal of the American Planning Association*, vol. 68, n° 3, pp. 279-296, 2002.
2. Voir, par exemple, OMBWatch : www.ombwatch.org/article/articleview/2749/1/134. Cet article comporte des liens avec un certain nombre de citations.

énoncer explicitement le raisonnement théorique qui sous-tend le choix du taux d'actualisation recommandé.

De plus, une certaine uniformité des taux d'actualisation favoriserait une optimisation des dépenses en matière de réglementation. Il ne s'agit pas nécessairement d'avoir un taux unique à utiliser à toutes les fins réglementaires, mais il faut par contre des démarches uniformes, afin que les dépenses analogues en matière de réglementation soient évaluées au moyen de taux d'actualisation comparables.

Il ne semble y avoir que peu d'unanimité sur la question théorique de savoir si les taux d'actualisation doivent ou non refléter le taux de préférence collective pour le présent ou le coût d'opportunité du capital. Étant donné la nécessité d'inclure un coefficient de risque de marché dans le dernier cas, les répercussions pratiques de cette question ne sont pas négligeables. En effet, le très large spectre de taux d'actualisation recommandés dans les documents actuels d'orientation sur l'AIR semblerait refléter des points de vue très

divergents sur la question. S'il n'existe à l'évidence aucune « pratique exemplaire » à définir sur cette question de fond, nombreux sont ceux qui prétendent que le raisonnement théorique sous-tendant la détermination du taux d'actualisation recommandé doit être explicité et expliqué en détail. Les parties prenantes pourraient ainsi comprendre le raisonnement utilisé par l'administration, ce qui faciliterait le débat sur la démarche à suivre.

Il ressort clairement de la littérature qu'un grand nombre d'auteurs sont favorables à l'application de taux d'actualisation inférieurs aux horizons temporels très éloignés, ainsi que nous en avons discuté ci-dessus. Il semble subsister à cet égard un certain nombre de questions théoriques en suspens, ce qui donne à penser que les pouvoirs publics devraient faire preuve de prudence lorsqu'ils envisagent d'adopter des taux d'actualisation inférieurs pour les horizons temporels plus éloignés. Seule une petite proportion des décisions en matière de réglementation sont susceptibles de concerner des échéances de plus de 30 à 40 ans pour lesquelles il existe un consensus général en faveur de l'application d'un taux unique.

Les taux d'actualisation recommandés peuvent varier avec le temps, dans la mesure où les avis quant à la valeur du taux sous-jacent de préférence collective pour le présent évoluent eux aussi. Toutefois, ils ne devraient pas changer dans le court terme parallèlement aux mesures de substitution telles que le taux des emprunts d'État, et ce pour deux raisons au moins. Premièrement, ces facteurs sont en partie le reflet d'autres variables transitoires et non pertinentes sur le plan conceptuel. Deuxièmement, la stabilité du taux dans le long terme est également propice à une répartition optimale des ressources en matière de réglementation à plus long terme. En revanche, une révision des taux effectivement recommandés dans divers pays membres indique, dans certains cas, que ces taux sont restés inchangés pendant plusieurs décennies. Il semblerait judicieux de veiller à ce que le bien-fondé du taux d'actualisation soit examiné de temps en temps – par exemple, tous les cinq, voire tous les dix ans. Dans ce contexte, on peut noter que le guide français sur les taux d'actualisation fait explicitement valoir que le taux à utiliser doit être révisé tous les cinq ans (CGdP, 2005). Ce document semble être le seul guide à plaider actuellement spécifiquement pour une révision régulière du taux selon une périodicité fixe.

Enfin, si les écarts entre les différents taux d'actualisation à l'intérieur de la fourchette précitée de taux recommandés sembleraient pouvoir jouer un rôle déterminant dans la question de savoir si les propositions de réglementation sont ou non susceptibles d'afficher une VAN positive, les recherches de Hahn (2005) donnent à penser que, dans la pratique, cet effet ne serait vraisemblablement pas très sensible²⁵.

La valorisation d'une vie statistique

La question de la valorisation d'une vie statistique (VVS) est abordée dans la majorité des documents d'orientation sur l'AIR et des guides d'ACA examinés dans le cadre de la rédaction du présent rapport. La plupart des documents analysés font ressortir la nécessité d'adopter une VVS pour permettre la réalisation d'une ACA quantifiée s'agissant des réglementations comportant un élément de risque.

Paradoxalement peut-être, seul l'un des guides recommande l'utilisation d'une VVS donnée. Il s'agit du document d'orientation de la Commission européenne, qui préconise une VVS de 1 million EUR, des analyses de sensibilité devant être effectuées pour les valeurs de 2.5 millions et 0.65 million EUR. En Norvège, le manuel du ministère des Finances sur l'analyse socio-économique fait référence à une série d'études nationales et

internationales et, sur cette base, suggère un chiffre standard de VVS de 15 millions NOK (environ 1.9 million EUR) pour tous les projets et réglementations publics²⁶.

D'autres documents d'orientation citent des valeurs chiffrées de vie statistique, mais sans en recommander l'usage. Par exemple,

- Le guide canadien en matière d'ACA relève que la plupart des valeurs citées dans la littérature de recherche se situe entre 1 et 10 millions CAD.
- Le guide des États-Unis en matière d'ACA contient une indication analogue.
- Le guide 1999 d'AIR de la Nouvelle-Zélande n'aborde pas directement la question de la VVS, mais note au passage (p. 26) qu'une VVS de 2 millions NZD a été calculée pour le secteur des transports en 1991.
- Le Livre vert du ministère des Finances du Royaume-Uni indique que le ministère des Transports évalue la réduction du risque d'accident mortel dans le cadre du transport routier à quelque 1.145 milliard GBP par accident mortel évité (en prix de 2000).

Dans les autres cas, le débat sur cette question ne fournit aucune valeur spécifique pour une vie statistique.

Plusieurs des VVS citées dans les documents d'orientation ont été calculées par des ministères du Transport, notamment les évaluations précitées de Nouvelle-Zélande et du Royaume-Uni. En outre, le Bureau australien des transports et de l'économie régionale (BTRE) a également publié des documents proposant un chiffre pour la VVS²⁷. Cette situation donne à penser que, du moins dans ce domaine particulier de l'action publique, les organismes de réglementation n'hésitent pas à utiliser des chiffres précis de VVS dans le contexte de l'analyse des projets.

Plus généralement, un certain nombre de guides sur l'AIR précisent que plusieurs administrations publiques ont adopté des VVS spécifiques et normalisées. Par exemple, le guide canadien en matière d'ACA indique « qu'un certain nombre d'administrations fédérales ont attribué un chiffre explicite à la valeur d'une vie ». Ainsi, il semble désormais assez reconnu que la pratique consistant à adopter des VVS normalisées est relativement répandue. Dans ce contexte, il est difficile de comprendre la raison pour laquelle les guides sur l'AIR ou l'ACA semblent hésiter à recommander des chiffres spécifiques. Dans le cas de l'Australie, le guide sur l'AIR dispose qu'il convient de contacter l'OBPR (Bureau des pratiques exemplaires en matière de réglementation) afin de demander son avis sur la VVS à adopter pour analyser une quelconque option donnée en matière de réglementation. Les responsables de l'OBPR déclarent que, à ce jour, les personnes qui sollicitent des informations ont été renvoyées à la littérature générale sur le sujet et que la pratique de l'OBPR consiste actuellement à accepter toute valeur proposée dont on considère qu'elle peut être défendue en ces termes²⁸. La nouvelle édition du guide sur l'AIR, publiée en août 2007, s'inscrit dans la logique de l'édition précédente et ne recommande pas de chiffre spécifique de VVS. Néanmoins, les responsables australiens ont indiqué qu'il était prévu de publier prochainement des orientations supplémentaires assorties d'une ou plusieurs valeurs recommandées pour la VVS sur le site Internet de l'OBPR. Cela témoigne d'un changement d'attitude apparemment sensible sur la question.

Quelques documents d'orientation abordent plus ou moins explicitement la question de savoir s'il faut utiliser une seule et unique VVS, quel que soit l'objectif visé, ou s'il est préférable de se fonder sur une fourchette de chiffres. On peut soutenir que l'Australie, dont le cas a été cité plus haut, préconise cette seconde démarche, en évoquant « la VVS à

utiliser qui convient à l'analyse de toute option particulière en matière de réglementation ». Le guide des États-Unis aborde la question de manière plus explicite :

Il subsiste une controverse chez les analystes de la politique économique et l'action des pouvoirs publics quant au bien-fondé de l'utilisation d'une seule et unique VVS dans toutes les situations, la question étant de savoir s'il ne faudrait pas plutôt adapter les estimations de VVS au contexte spécifique de réglementation envisagé. Une série de facteurs ont été recensés, notamment la question de savoir si le risque de mortalité inclut la mort subite, la peur du cancer et le fait de savoir si le risque encouru est assumé volontairement. Le consensus qui s'est dégagé de l'examen de cette question par le *Science Advisory Board* (SAP) de l'EPA a consisté à dire que la littérature disponible ne permet pas de justifier des adaptations de la VVS à la plupart de ces facteurs. Le groupe de spécialistes a conclu, par contre, qu'il convenait d'ajuster la VVS en fonction des évolutions de revenu et de tout décalage dans le temps dans la survenue d'effets néfastes sur la santé.

L'âge de la population touchée a également été reconnu comme un facteur important dans la littérature théorique. Toutefois, les éléments empiriques dont on dispose sur l'âge et la VVS sont mitigés. Au vu des questions qui continuent de se poser quant à l'effet de l'âge sur les estimations de VVS, il est déconseillé d'utiliser un facteur d'ajustement en fonction de l'âge pour une analyse reposant sur des estimations de VVS.

Cette prise de position semble indiquer qu'il faudrait utiliser une seule et unique VVS pour la plupart ou dans la totalité des objectifs visés. Par conséquent, il apparaît inévitablement quelque peu paradoxal que, dans ces conditions, le guide ne propose pas de chiffre à donner à la VVS.

Fondements théoriques de la VVS

Un petit nombre de documents d'orientation étudiés abordent la question du fondement théorique à retenir pour le calcul de la VVS. Comme le relève le document OCDE (2006), le guide australien développe aussi bien la démarche du capital humain que celle des préférences révélées (ou le consentement à payer) et recommande vivement cette dernière démarche. De même, le Livre vert du ministère des Finances du Royaume-Uni préconise la démarche fondée sur la notion de consentement à payer. Le guide canadien en matière d'ACA cite un certain nombre de démarches fondées sur les préférences révélées, mais ne mentionne pas la démarche fondée sur le capital humain, ce qui traduit vraisemblablement une nette préférence pour la première (p. 80).

La brève évocation de cette question dans le document d'orientation de la Commission européenne semble également traduire une préférence pour les modèles reposant sur les préférences révélées ou exprimées. Toutefois, le chiffre remarquablement faible de VVS utilisé dans le document d'orientation de la Commission européenne sur l'AIR autorise à penser qu'il a dû être calculé grâce à la démarche du capital humain²⁹. Cela dit, la réserve figurant dans le texte à cet endroit (p. 38) précise que cette valeur est applicable :

[...] aux décès survenus au sein d'une population majoritairement âgée où la réduction d'espérance de vie devrait vraisemblablement être limitée – peut-être d'un an ou moins.

Il est intéressant de noter que les récents travaux de Aldy et Viscusi (2007) indiquent que la relation entre âge et VVS serait plus complexe qu'on ne le pensait jusqu'à présent. Les auteurs affirment :

[...] Il est clair que la VVS varie effectivement avec l'âge. La VVS sur le marché du travail progresse avec l'âge, culmine vers le milieu de la vie, pour décliner ensuite (p. 19).

Si cette question pourrait faire, à l'avenir, l'objet de recherches utiles, le degré de complexité du débat sur les questions de VVS dans les documents actuels d'orientation sur l'AIR est loin d'avoir atteint le même niveau. Il semblerait que le principal défi à l'heure actuelle consiste à convenir d'une valeur unique de VVS susceptible d'être retenue dans la plupart ou dans la totalité des contextes d'AIR. Ainsi que Viscusi l'a déjà fait remarquer, si l'on veut que l'analyse coût-efficacité de la réglementation soit aussi efficace que possible, il convient d'égaliser l'efficacité par rapport au coût des différents règlements. C'est la raison pour laquelle la VVS utilisée pour l'ensemble des réglementations comportant un élément de risque doit également être la même.

Hahn (2005) soutient que le fait d'adopter des valeurs de VVS différentes selon les cas pourrait n'avoir dans la pratique qu'une incidence relativement limitée. Après avoir étudié un échantillon de plus de 100 ensembles de règlements aux États-Unis, il conclut que :

Le pourcentage de règlements qui satisfont au [test coûts-avantages] passe de 47 % lorsque la VVS est très faible et le taux d'actualisation très élevé, à 62 % lorsque la VVS est très élevée et le taux d'actualisation très bas (pp. 26-27).

Hahn a fixé une valeur de base de la VVS à 5 millions USD, après avoir « passé en revue la littérature et discuté avec des experts économiques à l'intérieur et à l'extérieur de l'administration ». Il note « qu'une méta-analyse de plusieurs études de Viscusi et Aldy fixe la valeur médiane de la VVS à 7 millions USD (en dollars de 2000) pour un salarié aux États-Unis ».

L'analyse de Hahn donne à penser que la valeur spécifique de VVS retenue est relativement peu importante, mais que la démarche consistant à choisir une VVS et à l'utiliser systématiquement dans le cadre des AIR risque de jouer un rôle déterminant dans l'amélioration de l'analyse coût-efficacité de la réglementation. On peut donc soutenir qu'il faudrait retenir une VVS relativement élevée au sein de la fourchette de chiffres proposés dans la littérature, afin de bien faire état du choix d'une VVS et d'éviter au maximum la controverse (c'est-à-dire, en limitant les risques de se voir reprocher d'avoir fixé une VVS trop faible).

Conclusions sur la valorisation d'une vie statistique

Malgré les éléments de preuve fournis par Hahn (ci-dessus), qui jette un certain doute sur l'étendue probable des conséquences qu'aurait sur les questions de réglementation l'adoption de VVS différentes, il semblerait que le fait de fournir des orientations plus claires au sujet de la VVS constitue un domaine des plus prioritaires, aux chapitres desquels il conviendrait notamment d'apporter en priorité des améliorations aux documents d'orientation d'AIR et d'ACA. Cette situation résulte du fait, évoqué plus haut, qu'il n'est pas possible d'effectuer une ACA chiffrée eu égard aux règlements en matière de santé et de sécurité, sans adopter implicitement ou explicitement une VVS. Étant donné l'importance centrale de la VVS dans la conduite d'une ACA, les orientations sur l'AIR devraient aborder cette question de manière claire et régulière, et fournir des avis sans équivoque aux organismes de réglementation.

De plus, le fait qu'il existe sur cette question une abondante littérature, qui traduit un degré important de consensus ou, du moins, de convergences, tant sur les questions

théoriques que sur les valorisations pratiques, constitue un point de départ solide à partir duquel on peut élaborer et adopter des orientations appropriées dans le contexte de l'AIR.

Règles de décision

On peut faire appel à un certain nombre de règles de décision différentes, dès lors que l'on décide d'adopter l'analyse coûts-avantages dans le cadre d'une AIR. On trouvera ci-après quelques-unes des règles couramment évoquées dans les guides d'orientation sur l'AIR ou dans la littérature relative à l'analyse coûts-avantages :

La valeur actuelle nette

Une règle de décision d'une VAN > 0 consiste en réalité à dire que les avantages de la réglementation doivent être supérieurs à ses coûts dès lors que ceux-ci sont actualisés. C'est la condition fondamentale pour qu'une réglementation contribue à l'amélioration du bien-être et la règle de décision la plus communément citée.

Le rapport coûts-avantages

Un rapport coûts-avantages de 1:1 équivaut à une VAN égale à zéro. Toutefois, la caractéristique importante d'une règle fondée sur un rapport coûts-avantages tient au fait qu'elle permet de classer différentes solutions de rechange en fonction de leur efficacité (c'est-à-dire en dollars d'avantage produit pour chaque dollar de coût engagé), plutôt qu'en fonction de leur efficacité, comme avec la règle de la VAN.

Le taux de rendement interne

Équivalant sur le plan conceptuel à celle du rapport coûts-avantages, cette règle exprime simplement les résultats obtenus sous forme d'un taux de rendement annuel des coûts engagés (c'est-à-dire, l'investissement consenti). L'équivalent de la règle d'une VAN > 0 est celle d'un TRI > 0.

La pratique actuelle

Si les documents d'orientation sur l'AIR abordent presque tous la question des règles de décision, ils ne sont que quelques-uns à faire état de l'obligation de recourir à une règle en particulier. Dans les cas où le document précise un critère de décision à privilégier, il indique que, dans la plupart des cas, les solutions de rechange doivent être classées selon leur VAN, tandis qu'une VAN > 0 est plus ou moins explicitement présentée, dans plusieurs cas, comme la règle de décision à employer.

Par exemple, le guide d'orientation des États-Unis sur l'AIR précise clairement qu'il convient de privilégier la règle de la VAN :

L'importance des avantages nets, soit la différence absolue entre les avantages et les coûts projetés, permet de savoir si une politique est plus efficace qu'une autre. Le rapport des avantages aux coûts n'est pas un indicateur significatif des avantages nets, et il ne doit pas être utilisé à cette fin. Il est bien connu que l'utilisation de tels rapports peut produire des résultats trompeurs (Gouvernement des États-Unis, 2003, p. 10).

Cette utilisation du concept « d'efficacité » semble quelque peu inhabituelle, dans la mesure où une meilleure façon de la déterminer, ainsi que nous l'avons indiqué précédemment, consiste à passer par l'application du rapport coûts-avantages. Il est par ailleurs difficile de comprendre la raison pour laquelle il faut explicitement recommander

au lecteur d'éviter de faire du rapport coûts-avantages un « indicateur des avantages nets ». Toutefois, il convient de noter que le guide des États-Unis indique aussi que les organismes officiels doivent s'efforcer de maximiser l'avantage net lié à leurs activités de réglementation, plutôt que de s'assurer simplement que la réglementation a amené des avantages nets positifs.

Le Livre vert de l'administration du Royaume-Uni préconise en termes généraux l'utilisation d'une règle fondée sur la VAN :

La VAN constitue le principal critère à utiliser afin de décider si une mesure envisagée par les pouvoirs publics peut être justifiée [...] Si une analyse coûts-avantages complète a été engagée, la meilleure option sera vraisemblablement celle assortie de la valeur actuelle nette ajustée en fonction du risque la plus élevée (Gouvernement du Royaume-Uni, 2003, pp. 26, 36).

Ce même rapport précise également que :

En cas de plafonnement budgétaire, il convient de retenir l'ensemble de propositions de nature à maximiser la valeur des avantages. Le rapport de la valeur actuelle nette à la dépense s'inscrivant dans le cadre des limites fixées peut constituer un guide utile dont on pourra s'inspirer pour déterminer le meilleur choix de propositions possible (Gouvernement du Royaume-Uni, 2003, p. 37).

La forme exacte du rapport dont il est précisé qu'il peut constituer un « guide utile » n'est pas claire, mais il semblerait qu'il soit en corrélation positive avec le rapport coûts-avantages. En fait, dans l'exemple donné (*ibid.*) d'une contrainte budgétaire, le Livre vert conseille de choisir deux options assorties de rapports coûts-avantages plus élevés, plutôt que celle ayant le rapport le plus faible, même si celle-ci affiche la VAN la plus élevée. Le fait que le rapport coûts-avantages ne soit mentionné nulle part dans le Livre vert apparaît comme une omission surprenante, étant donné qu'il est possible de l'utiliser pour énoncer une règle de décision claire et sans équivoque permettant de trancher entre des projets en cas de contrainte budgétaire et que les conseils effectivement prodigués manquent de clarté.

Le document d'orientation sur l'AIR de l'UE indique que la mise en œuvre d'une ACA suppose l'adoption d'une règle de la $VAN > 0$, mais poursuit en ajoutant que cette règle n'est plus valable dès lors que l'on effectue des comparaisons entre des politiques de durée différente. Le guide précise en fait qu'il convient de calculer la « valeur actualisée » de toutes les politiques concurrentes (VAN/échéance temporelle définie en années) et indique que c'est le projet ayant la « valeur actualisée » la plus élevée qui sera en fait « le plus profitable » (Commission européenne, 2005, annexe 5, p. 6). Le raisonnement utilisé pour parvenir à cette conclusion n'est pas détaillé.

Le nouveau guide 1999 sur l'AIR de la Nouvelle-Zélande soutient également que la VAN est un critère de décision préférable au rapport coûts-avantages :

En l'absence de risque, ou d'incertitude concernant les résultats de l'analyse, il convient de retenir l'option assortie de la VAN la plus élevée [...] car c'est celle qui est le plus susceptible de contribuer au bien-être de la population, dans la mesure où elle comporte un gain attendu de 15 millions USD, contre un gain attendu de 10 millions USD seulement pour l'option numéro deux (Gouvernement néo-zélandais, 1999, p. 18).

Cette règle repose manifestement sur un raisonnement simplifié et ne tient pas compte de la nécessité d'arbitrages entre différentes initiatives en matière de réglementation. En revanche, le BCA Primer de 2005 de la Nouvelle-Zélande met en exergue

l'intérêt du rapport coûts-avantages pour guider la répartition de dépenses limitées lorsqu'il existe un grand nombre d'initiatives potentielles présentant toutes une VAN > 0. On notera également que ce guide souligne qu'il sera souvent impossible de parvenir à une VAN définitive, intégrant des valeurs chiffrées pour l'ensemble des principaux avantages et coûts et tenant convenablement compte des objectifs de redistribution, dans un processus de formulation de l'action des pouvoirs publics.

Dans un contexte commercial, il est classique de retenir le projet présentant la plus forte VAN, mais dans un contexte administratif dans lequel de nombreux coûts et avantages risquent d'être difficiles à quantifier, la VAN peut n'être qu'un critère de décision parmi d'autres. En d'autres termes, une proposition présentant une forte VAN se classe devant une autre solution, en partant de l'hypothèse que les propositions sont par ailleurs équivalentes. Si les propositions ne sont pas les mêmes sur tous les autres plans, une VAN supérieure n'est pas déterminante. Par exemple, une proposition peut produire des avantages nets immatériels bien supérieurs. Une VAN négative n'exclut pas d'étudier plus avant une proposition. Il peut y avoir d'autres influences qualitatives pesant sur la décision d'avancer et ces considérations peuvent être importantes (Gouvernement néo-zélandais, 2005, p. 29).

Les guides canadiens sur l'AIR ne traitent pas explicitement de la question du choix entre les différentes règles de décision, mais soulignent la nécessité de démontrer généralement l'existence d'un avantage net. Cette déclaration pourrait également être interprétée comme signifiant l'adoption d'une règle de VAN > 0 ou d'une règle de C/A > 1.

Le guide actuel australien sur l'AIR s'abstient explicitement de traiter la question du choix entre des règles de décision en fonction de la VAN et en fonction du rapport C/A, bien que ses avis privilégient clairement une démarche de maximisation de la VAN. Le guide souligne en outre, apparemment en l'approuvant, la possibilité d'adopter une utilisation par aversion au risque de l'analyse de sensibilité comme une composante de la règle de décision.

Le responsable doit préciser quelle est l'option la plus efficiente. En général, ce sera celle qui présente la VAN la plus forte. Comme les VAN sont des prédictions de valeurs (moyennes), l'analyse de sensibilité peut indiquer que la solution présentant la plus forte VAN n'est pas nécessairement la meilleure dans toutes les circonstances. Par exemple, le responsable peut recommander avec plus de confiance la solution présentant une plus faible valeur attendue des avantages nette, mais risquant moins d'imposer un coût net à la collectivité (moindre « risques en aval » – OBPR, 2007, p. 123).

On notera que le précédent document d'orientation de l'Australie n'abordait pas explicitement l'utilisation d'une règle de décision fondée sur le rapport C/A :

Il est possible de classer les différentes options, sur la base de leur incidence économique, en fonction de leur VAN. Une autre solution consiste à estimer les rapports coûts-avantages de chaque option [...] L'utilisation de rapports coûts-avantages peut modifier le classement des options, et elle peut s'avérer utile au décideur qui doit trancher entre différents projets en cas de contrainte financière (OBPR, 2006, p. C-11).

On ne sait pas pourquoi le document actuel ne traite plus cette question.

Le document d'orientation de l'Australie sur l'AIR traite des règles de décision tout en étant favorable à l'approche VAN > 0. Il indique en effet que, « sous réserve des contraintes budgétaires et autres considérations, et en supposant qu'il n'existe aucun autre projet à l'étude » (DoFA, 2006), on peut appliquer la règle d'une VAN > 0; par ailleurs, en présence de

contraintes budgétaires, il convient d'opter pour le sous-ensemble de projets maximisant la VAN totale. Au sujet du rapport coûts-avantages, le document précise :

[...] Le rapport coûts-avantages peut faciliter la sélection des projets dès lors que les organismes font face à des contraintes financières (davantage de projets pouvant être financés au taux d'actualisation retenu), mais il ne supprime pas l'objectif consistant à maximiser la valeur actuelle nette. Toutefois, dans les cas plus généraux, le rapport coûts-avantages a tendance à favoriser les petits projets, et il doit être manié avec prudence (DoFA, 2006).

Ainsi, les deux documents d'orientation de l'Australie affichent une tendance à privilégier la règle fondée sur la VAN par rapport aux règles fondées sur le rapport coûts-avantages. On notera que l'affirmation figurant dans le document DOFA (2006) selon laquelle celui-ci a tendance à favoriser les petits projets n'est ni expliquée, ni justifiée.

Le guide irlandais est le seul document d'orientation sur l'AIR parmi les textes passés en revue qui énonce une nette préférence en faveur de l'utilisation du rapport coûts-avantages, faisant valoir : « Il existe un certain nombre de règles de décision qui peuvent peser sur le choix de l'option mais, en général, il est toujours préférable d'avoir un rapport avantages-coûts aussi élevé que possible » (Gouvernement irlandais, 2004, p. 77). Toutefois, la justification de cette préférence n'est pas indiquée. De plus, les directives irlandaises en matière d'évaluation des projets de dépenses d'équipement dans le secteur public semblent aller dans le sens contraire :

Pour choisir entre une option A et une option B, la méthode de la VAN peut donner à penser que l'option A est préférable, alors que la méthode du TRI peut indiquer que c'est l'option B qui est préférable. Dans ces conditions, les résultats obtenus par l'application de la méthode de la VAN sont plus fiables (Gouvernement irlandais, 2005, pp. 35-36).

Aucune raison n'est fournie pour expliquer que l'analyse fondée sur la VAN serait plus fiable. Toutefois, le fait qu'il existe des points de vue contradictoires quant à la règle de décision à privilégier fait ressortir de manière aiguë un problème plus général d'absence de coordination entre les orientations sur l'AIR et les orientations plus générales sur l'ACA ou d'évaluation de projets publiées par les pouvoirs publics.

Discussion

On s'est précédemment attaché spécifiquement aux diverses règles formelles de décision traditionnellement associées à l'analyse coûts-avantages. Les difficultés que comporte l'application de cette analyse au contexte de l'action publique et, plus particulièrement, au contexte de la réglementation sont admises depuis longtemps. Comme le souligne le document OCDE (2006), on observe actuellement une tendance à admettre explicitement dans les documents d'orientation sur l'AIR les limites de la capacité à quantifier tous les avantages et coûts pertinents s'agissant de nombre de propositions de réglementation. En conséquence, on s'intéresse de plus en plus à la nécessité d'intégrer les éléments qualitatifs et quantitatifs de l'analyse afin que tous les grands impacts économiques, sociaux et environnementaux d'une proposition de réglementation soient convenablement pris en compte.

Par exemple, le guide d'analyse socio-économique norvégien souligne qu'une simple règle de décision fondée sur une VAN > 0 n'est pas suffisante dans toute une série de situations, notamment :

- lorsque tous les effets de l'intervention ne peuvent pas être mesurés de façon satisfaisante ;
- lorsque les effets redistributifs sont importants pour l'évaluation des différentes solutions ; et
- lorsque l'on pense que les mesures du consentement à payer ne rendent pas pleinement compte des effets de la réglementation sur l'utilité pour les individus.

Le guide fait valoir qu'il faut souvent apprécier jusqu'à quel point il faut s'efforcer de quantifier les impacts en termes monétaires :

[...] Il est difficile de décrire en termes généraux jusqu'où l'analyste doit aller pour quantifier les effets en termes monétaires. À cet égard, il faut garder à l'esprit l'objet de l'analyse qui est d'identifier les effets de l'initiative envisageable et de donner des informations sur ces effets. Attribuer une valeur monétaire à un effet est parfois manifestement problématique, par exemple si cet effet est étroitement lié à des questions éthiques controversées. Pour savoir quand il faut quantifier, un critère peut être de vérifier si une description en termes monétaires donne aux décideurs (c'est-à-dire les responsables politiques) une idée meilleure et plus complète des effets qu'une analyse exprimée en termes purement qualitatifs³⁰.

Jacobs (2006) a qualifié les tentatives d'intégrer les éléments qualitatifs et quantitatifs d'une façon plus systématique d'analyse coûts-avantages « douce ». La section sur l'analyse multicritère, ci-dessus, traite de l'utilisation de l'analyse multicritère qui apparaît comme un moyen prometteur d'intégrer une approche systématique et relativement objective de l'analyse qualitative dans l'AIR. Cette intégration des aspects qualitatifs et quantitatifs de l'AIR semblerait supposer d'appliquer les approches qualitatives optimales, comme l'AMC et d'étudier explicitement les résultats en conjonction avec les informations quantitatives obtenues par l'ACA ou l'ACE dans les – nombreux – cas où les résultats quantifiés de l'ACA ne semblent pas à même de rendre compte de tous les impacts importants d'une proposition de réglementation.

Outre ces mises en garde concernant l'utilisation de règles de décision strictement fondées sur l'ACA dans le contexte de la réglementation, on peut aussi affirmer que, dans la pratique, le choix des règles de décision n'affectera que rarement les choix effectués entre les différentes solutions d'intervention mises en évidence. Néanmoins, il semble justifié que les documents d'orientation sur l'AIR traite explicitement des mérites relatifs de ces règles, ne serait-ce que pour faire la lumière sur les préoccupations conceptuelles dont les décideurs en matière de réglementation doivent tenir compte. La question de savoir si, dans le cadre de la réglementation, les décideurs devraient considérer qu'ils sont nécessairement tenus de « choisir entre différents projets » est manifestement importante lorsqu'il s'agit de prendre position sur les règles de décision. Le fait qu'il existe davantage de points de vue favorables à une maximisation de la VAN donne à penser que les responsables de la réforme de la réglementation estiment implicitement que de tels arbitrages n'ont pas à être effectués par les organismes de réglementation.

On entend souvent dire que les administrations ont tendance à favoriser la réglementation par rapport aux mesures dites « de l'imposition suivie d'une dépense » bien souvent du fait d'un moindre suivi de l'étendue et de l'efficacité des « dépenses en

matière de réglementation ». Cet argument semble dire que les dépenses en matière de réglementation sont considérées comme étant pour l'essentiel illimitées, de telle sorte que les décideurs ne sont pas tenus de choisir entre différents projets.

Bien que la notion de budget de la réglementation n'ait que peu progressé dans les pays de l'OCDE sur le plan officiel, les divers développements du concept reconnaissent, en partie, l'importance de la question du consentement pour déterminer l'efficacité et la légitimité de la réglementation et, partant, donnent à penser que les administrations reconnaissent effectivement de plus en plus souvent l'existence d'une limite sur le nombre de règlements susceptibles d'être mis en œuvre. Plus généralement, les politiques officielles ayant pour objectif déclaré de « réduire la charge de la réglementation » peuvent être interprétées comme étant fondées sur le même constat.

Dans la mesure où tel est bien le cas, il serait donc manifestement judicieux de favoriser les règles de décision maximisant l'efficacité de la réglementation choisie, plutôt que son efficacité. En d'autres termes, il conviendrait de préférer le rapport coûts-avantages à la VAN comme principale mesure à utiliser, bien que les deux mesures doivent nécessairement être appliquées en tandem. C'est-à-dire que s'il existe un budget implicite de la réglementation, la règle de maximisation du bien-être signifie qu'il faut avoir un rapport coûts-avantages aussi élevé que possible : si le coût est fixe au sens global du terme, le fait de maximiser le rapport revient à maximiser les avantages globaux.

Le fait de donner la préférence aux options dont le rapport coûts-avantages est le plus élevé permettra d'atteindre l'objectif fixé dans ce contexte dans le document d'orientation australien en matière d'ACA (voir plus haut), à savoir choisir le sous-ensemble de projets qui vont maximiser la VAN totale; il correspond par ailleurs au conseil donné dans le Livre vert du Royaume-Uni. En fait, on peut pour le moins soutenir que ce sous-ensemble de projets ne peut être défini de manière fiable que si l'on détermine le rapport coûts-avantages de chaque projet (ou réglementation) disponible, puisque la réalisation de cet objectif exige que l'on choisisse tous les projets (règlements) ayant le rapport coûts-avantages le plus élevé.

Dans la pratique, il existe à l'évidence des sources de complexité supplémentaires. Le raisonnement ci-dessus implique en réalité que les choix à opérer sont des choix discrets entre différentes politiques publiques. Il arrive fréquemment que le processus de décision en matière de réglementation fasse également intervenir la nécessité de choisir entre des degrés de rigueur différents dans le cadre d'une même ligne d'action stratégique. Dans ce contexte, si l'objectif consistant à maximiser le rapport coûts-avantages (moyen) subsiste, dans la pratique, il conviendrait de déterminer les évolutions du rapport coûts-avantages marginal selon le degré de rigueur de la réglementation si l'on veut pouvoir déterminer avec fiabilité le stade auquel le rapport coûts-avantages (moyen) est, en fait, maximisé.

Si ces indications donnent une orientation théorique sur la manière de maximiser la contribution de la réglementation au bien-être économique, dès lors que l'offre de réglementation est en fait limitée, cette démarche risque de se heurter à des obstacles pratiques considérables.

Par exemple, lorsque l'on se penche sur les différents niveaux possibles d'une réglementation, le point auquel on obtient un rapport coûts-avantages maximum peut intervenir à un degré de rigueur de la réglementation dont l'analyse du risque indiquerait qu'il est trop bas. En d'autres termes, les risques résiduels, qui surgiraient dès lors dès qu'une réglementation aura été introduite à ce niveau de rigueur, continueront de dépasser les limites du « risque acceptable ».

Deuxièmement, étant donné que les décisions en matière de réglementation ne sont pas toutes prises simultanément, la règle consistant à maximiser le rapport coûts-avantages ne peut être appliquée dans la pratique que si l'on parvient à définir ce qu'est un rapport coûts-avantages « acceptable ». En d'autres termes, il convient de préciser un rapport coûts-avantages spécifique correspondant au seuil entre les réglementations « efficaces » et les réglementations « inefficaces ». En théorie, ce rapport peut être déterminé, pour autant que toutes les interventions possibles en matière de réglementation sont connues. Toutefois, même dans ce cas, la valeur du rapport en question variera en fonction de l'ampleur du « budget de la réglementation ».

Ces difficultés pratiques inhérentes à la formulation d'une règle spécifique fondée sur le rapport coûts-avantages semblent insurmontables. La principale conclusion mise en exergue par la discussion ci-dessus consiste à dire que, étant donné les contraintes implicites pesant sur le nombre de réglementations susceptibles d'être adoptées, une règle de décision de $VAN > 0$ ne suffit pas à garantir une efficacité maximale de la réglementation³¹.

De plus, s'il n'est pas possible de déterminer la valeur optimale du rapport coûts-avantages, il pourrait être possible de déterminer une valeur de seuil générale à partir de l'ensemble des rapports coûts-avantages proposés dans les documents sur l'AIR dont les auteurs ont pu quantifier la plupart ou la totalité des principaux coûts et avantages.

Même en l'absence d'un calcul aussi limité, on peut au moins soutenir que la reconnaissance des limites concrètes pesant sur la quantité globale de réglementations susceptibles d'être élaborées nécessite l'adoption d'une règle plus stricte que $VAN > 0$ dans les orientations sur l'AIR. L'option consistant à fixer une valeur seuil du rapport coûts-avantages – par exemple, un minimum de 2:1 – mériterait, semble-t-il, d'être étudiée, voire de figurer dans les orientations sur l'AIR parmi les règles de décision générales.

Une telle règle comporterait par ailleurs l'avantage d'apporter davantage de certitude quant au fait que la réglementation en question va, dans la pratique, enregistrer une VAN positive. Ainsi que l'ont souligné certains responsables australiens de la réforme de la réglementation³², plus le rapport coûts-avantages est élevé, plus on peut penser que la VAN sera effectivement supérieure à zéro. En d'autres termes, lorsque le rapport coûts-avantages n'est que de 1.2:1, la véritable valeur de la VAN sera inférieure à 0 s'il s'avère que les avantages effectifs ont été surestimés dans l'ACA de 20 % ou plus. Par contre, si le rapport coûts-avantages est de 2:1, la vraie valeur de la VAN ne sera négative que si les avantages effectifs ont été surestimés d'au moins 100 % dans l'ACA. Par conséquent, s'agissant des projets de VAN équivalente, il est judicieux d'accorder nettement la préférence aux projets ayant les rapports coûts-avantages les plus élevés. Toutefois, on peut reprocher à cette démarche de se limiter à introduire un certain biais contre la réglementation dans le processus d'AIR.

Cela dit, on peut soutenir que le meilleur moyen de traiter ce problème consiste à passer par l'analyse de sensibilité et à présenter simultanément les VAN et les rapports coûts-avantages de l'ensemble des solutions examinées dans le cadre d'une AIR, la décision finale devant être prise en tenant compte de la performance au regard des deux règles, plutôt qu'en fonction de l'une ou de l'autre.

Autres questions méthodologiques

Les quelques paragraphes précédents dressent une liste non exhaustive de questions méthodologiques liées à l'analyse coûts-avantages. Comme on l'a indiqué en introduction,

les différents éléments ayant fait l'objet d'une discussion sont ceux qui ont une incidence notable sur la qualité d'ensemble de l'AIR – et, par conséquent, des propositions de réglementation en résultant – et ceux au sujet duquel il existe d'importants points de complexité et de controverses de l'avis des analystes. Dans ce contexte, deux autres points méthodologiques méritent d'être brièvement évoqués.

L'analyse de sensibilité

La totalité des sept documents d'orientation détaillés sur l'AIR étudiés aux fins de la rédaction du présent rapport, de même que celui de la Norvège, évoquent la question de l'analyse de sensibilité. Les descriptions qui en sont faites sont, pour l'essentiel, analogues et en général assez brèves. Les documents recommandent qu'une analyse de sensibilité soit entreprise dès lors qu'il existe un degré important d'incertitude quant à la valeur d'une variable particulière et que cette variable peut avoir une incidence notable sur l'issue prévue de la proposition de réglementation. Dans certains cas, les guides reconnaissent également qu'il existera probablement des limites pratiques quant à l'ampleur des analyses de sensibilité susceptibles d'être engagées et qu'il conviendra de faire preuve de discernement sur la question de savoir quelles variables et quelles valeurs de ces variables devront servir dans le cadre des analyses de sensibilité.

Ainsi, le traitement réservé à cette question donne lieu à un consensus relativement rare entre les différents documents d'orientation sur l'AIR. Sur le plan des pratiques exemplaires, le principal élément consisterait semble-t-il à dire que les textes ne fournissent que peu de détails pratiques sur la manière dont il convient de réaliser l'analyse de sensibilité dans la pratique. Il existe deux éléments en particulier au sujet desquels il pourrait être utile de bénéficier d'orientations complémentaires :

- Comment définir les variables à retenir pour la conduite de l'analyse de sensibilité : la recommandation générale consistant à dire que les variables incertaines qui peuvent avoir un retentissement important sur la VAN pourrait vraisemblablement être complétée par une liste indicative des catégories de variables susceptibles de relever fréquemment de ces critères.
- Et comment sélectionner les valeurs appropriées pour la conduite de l'analyse de sensibilité : on pourrait également envisager de fournir des indications sur la manière de fixer les valeurs limitatives, sous l'angle des facteurs de probabilité et, peut-être, des conséquences.

Enfin, certaines sources³³ font valoir que le recours à d'autres techniques statistiques, notamment l'analyse de Monte Carlo, constitue peut-être un meilleur moyen de gérer l'incertitude que l'analyse de sensibilité, du moins dans certains contextes. Ainsi, il pourrait être judicieux que les orientations sur l'AIR évoquent la possibilité de recourir à cette solution de rechange.

Ajuster les prix pour supprimer les distorsions

Certains des guides spécialisés de l'analyse coûts-avantages examinés dans le cadre de la présente étude évoquent la possibilité d'ajuster les prix de marché pour tenir compte d'une série de distorsions (voir, par exemple, Gouvernement australien, 2006b, pp. 10-11)³⁴. Il s'agit d'ajustements potentiels des prix de marché s'agissant de la valeur de la production finale et des intrants physiques, de l'intérêt sur les capitaux empruntés, des provisions pour dépréciation et des terrains. Cette question est rarement traitée dans les

documents d'orientation sur l'AIR, bien que le manuel norvégien sur l'analyse socio-économique fasse exception à cette règle, puisqu'il contient toute une étude de la nécessité potentielle d'effectuer des ajustements de prix pour tenir compte de facteurs comme la concurrence imparfaite, les monopoles publics, les externalités, les biens communs et le chômage.

Ces ajustements sont susceptibles d'avoir une incidence non négligeable sur l'issue de l'AIR dans certaines circonstances et, dans le cas d'AIR relativement élaborées, on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que de tels ajustements soient intégrés à l'analyse. Dans ces conditions, le fait que la question ne soit pas du tout évoquée dans la plupart des documents d'orientation sur l'AIR pourrait paraître problématique.

Le fait non seulement d'expliquer en profondeur les problématiques théoriques sous-jacentes, mais aussi de fournir des conseils pratiques sur la manière de procéder aux ajustements nécessaires, constitue une tâche des plus techniques. Dans ces conditions et vu le public principalement généraliste de la plupart des orientations sur l'AIR, il serait irréaliste et, vraisemblablement, contre-productif, de s'attendre à trouver une discussion approfondie de la question dans ces documents. Toutefois, on pourrait dire qu'il faudrait au moins que la question soit évoquée dans les documents d'orientation sur l'AIR et que référence soit faite aux sources disponibles d'indications plus détaillées sur le sujet. Si cette question devait être abordée dans les documents d'orientation sur l'AIR, il est probable qu'il conviendrait également d'indiquer les circonstances dans lesquelles la réalisation de tels ajustements de prix peut s'imposer pour garantir la qualité de la réglementation.

Évaluation des effets macroéconomiques des initiatives de réglementation

Le document OCDE (2006) a noté que plusieurs rapports d'orientation sur l'AIR, notamment ceux de l'Irlande, de la Commission européenne et de l'Australie, prescrivent désormais une évaluation des effets d'une proposition de réglementation sur une série d'indicateurs macroéconomiques, comme l'emploi, le PIB, l'innovation, la pauvreté et autres variables importantes de ce type. Cette tendance semble liée à la crainte que les approches microéconomiques traditionnelles de l'AIR, qui reposent sur l'ACA ou des méthodes connexes, ne rendent pas toujours compte de l'intégralité des effets d'une proposition d'intervention de la réglementation.

Certes, pour une petite proportion des propositions de réglementation qui produira des impacts sur de nombreux secteurs de l'économie, il est probable que leur adoption aura un impact discernable sur les variables macroéconomiques. En pareil cas, une AIR uniquement fondée sur des approches microéconomiques ne rendra pas pleinement compte de l'impact de la proposition. En revanche, une analyse macroéconomique, reposant sur une approche par l'équilibre économique général s'imposera. Une telle démarche mobilisera inévitablement des ressources relativement importantes et ne peut se justifier que s'il y a une probabilité raisonnable que la proposition de réglementation ait un effet macroéconomique discernable. Imposer une analyse macroéconomique dans d'autres cas comporte un grave risque de mauvaise allocation des rares ressources affectées à l'AIR, et de remettre en cause le soutien à l'AIR en portant la norme d'analyse requise à un niveau qui ne peut en fait être atteint que par des spécialistes recrutés sous contrat et non plus par le personnel des organismes de réglementation. On ne sait pas vraiment si tous les documents sur l'AIR proposant de prendre en compte des macro-variables spécifiques dans l'AIR le font en sachant et en acceptant que cela

implique de recourir à des approches par l'équilibre général si l'on veut que l'analyse soit réalisée en bonne et due forme.

Une commission *ad hoc* d'experts rendant compte au Parlement norvégien en 1997 a traité cette question, en mettant en exergue à la fois la nécessité de recourir à des méthodes macroéconomiques dans certains cas et la nécessité d'admettre que, même pour de nombreuses propositions de réglementation à très grande échelle, on pouvait obtenir une AIR convenable en s'appuyant uniquement sur la méthode microéconomique de l'ACA :

On ne peut utiliser des prix fixes calculés pour des projets ou des réformes qui n'influencent pas sensiblement les coûts d'opportunité des ressources. Pour analyser des grandes réformes, comme une refonte complète de la politique agricole norvégienne ou une modification substantielle du régime des pensions, il faut recourir à une description plus complète de l'économie. La procédure habituelle en pareil cas consiste à utiliser des modèles dits d'équilibre général pour décrire l'économie [...] [Toutefois], même pour des projets relativement importants, comme les Jeux olympiques d'hiver de Lillehammer et le nouvel aéroport principal d'Oslo, on peut considérer qu'une étude reposant sur des prix fixes calculés constitue une bonne approximation³⁵.

Outre les coûts considérables en termes de ressources de l'adoption de méthodes macroéconomiques dans le cadre de l'AIR, il existe aussi des limites théoriques. Plus précisément, la plupart des modèles d'équilibre général existants ont été conçus pour modéliser des évolutions des variables économiques comme les dépenses publiques, les droits de douane et les impôts et non pas des changements de la réglementation. Ils vont donc souvent présenter une capacité limitée à analyser de tels changements. L'élaboration d'un modèle dédié peut s'imposer pour effectuer une bonne analyse d'équilibre général – comme cela a été récemment le cas en Norvège dans le contexte de réformes éventuelles de la réglementation relative à l'agriculture, la pêche et la transformation des denrées alimentaires et auparavant aux États-Unis³⁶.

En somme, l'analyse macroéconomique peut sensiblement améliorer la précision et l'intérêt de l'AIR dans un nombre relativement limité de cas impliquant des propositions de réglementation de grande portée. Le recours à ces méthodes ne doit pas être imposé de façon générale, compte tenu du coût élevé de ces analyses, des contraintes substantielles en termes de données et d'analyse qu'elles présentent souvent et de la nécessité de s'assurer que les ressources consacrées à l'AIR sont affectées aux travaux les plus utiles³⁷.

La mesure de la charge administrative

Parmi les documents d'orientation sur l'AIR examinés, seul le manuel australien exige expressément une évaluation du coût administratif des propositions de réglementation par une méthodologie normalisée, fondée sur le modèle de coûts standard (MCS). Cette constatation peut sembler surprenante, étant donné que quelque 22 pays européens font désormais partie du réseau MCS, mais elle pourrait aussi traduire le fait que le modèle de coûts standard n'a été mis au point et diffusé qu'assez récemment et que les estimations sont à la fois complexes et encore expérimentales dans certains pays³⁸.

Si l'administration australienne (et celle de l'État de Victoria) n'ont décidé que récemment d'adopter des techniques de mesure de la charge administrative fondées sur le MCS, certaines craintes sont déjà apparues quant à l'application dans la pratique de cette méthodologie. On peut soutenir notamment que l'application du modèle MCS extrêmement désagrégé à des charges administratives suppose que ce sous-ensemble de coûts liés à la

réglementation fasse l'objet d'une évaluation beaucoup plus détaillée et rigoureuse, que les coûts effectifs liés au respect des réglementations, nettement plus élevés.

Dans la mesure où tel est effectivement le cas, il se pose un certain nombre de questions évidentes inhérentes au risque de voir les ressources en matière d'AIR être mal orientées. Dans le même ordre d'idées, cet état de choses pourrait avoir des répercussions sur le degré de crédibilité que les organismes de réglementation accordent au processus d'AIR. Une analyse détaillée de ces problèmes nouveaux ne paraît pas réalisable à ce stade. Ces préoccupations potentielles mériteraient, semble-t-il, de faire l'objet d'un examen et d'un débat complémentaires.

Le rôle des analyses partielles spécifiques

L'OCDE (2006) a constaté l'existence d'une tendance liée au fait que les pouvoirs publics semblent désormais exiger une gamme de plus en plus étendue d'évaluations d'impact partielles dans le cadre de l'exercice global de l'AIR. L'OCDE a analysé cette tendance à la lumière des craintes parfois répandues selon lesquelles l'AIR tend à être trop axée sur quelques impacts « économiques », à savoir ceux qui peuvent être exprimés en termes monétaires, trop peu d'attention étant accordée à des impacts intangibles importants.

Parallèlement, il faut établir une distinction claire entre : i) les pays qui imposent la réalisation d'une AIR complète couvrant tous les impacts et des conditions spécifiques d'analyse d'impact partielle à l'AIR générale; et ii) les pays qui n'imposent pas d'AIR complète, mais prescrivent une évaluation de certains impacts spécifiques. Ce dernier groupe était auparavant le plus nombreux au sein de l'OCDE, mais il s'est réduit car le principe de l'ACA est de plus en plus retenu comme base de l'AIR et des obligations de généralisation de l'AIR ont été définies.

La Belgique constitue un exemple de pays qui impose l'évaluation d'un certain nombre d'impacts partiels, sans imposer d'AIR générale ou le recours à l'ACA. Le gouvernement belge prescrit l'application du « test de Kafka » pour estimer le changement attendu des charges administratives liées à une proposition de réglementation et adopte la méthode du modèle de coûts standard pour effectuer ce test. Il impose en outre une évaluation des impacts budgétaires et a aussi récemment mis en œuvre des obligations d'évaluation des impacts environnementaux (y compris des impacts sur le développement durable) ainsi que des impacts sur l'égalité hommes-femmes. Toutefois, la Belgique a fait part de son intention d'élargir progressivement ces tests pour imposer dans un avenir proche la réalisation d'une AIR complète³⁹.

Le tableau 3.3 donne un aperçu non exhaustif des évaluations d'impact partielles devant figurer dans les AIR des pays dont les documents d'orientation ont été étudiés. Ce tableau met en exergue les pratiques relatives à un échantillon de huit des évaluations d'impact partielles les plus fréquemment exigées. La lecture des documents d'orientation sur l'AIR montre clairement qu'une gamme nettement plus étendue d'évaluations partielles doit être réalisée dans un ou plusieurs pays examinés. Au nombre des thèmes au sujet desquels des évaluations d'impact partielles sont quelque fois obligatoires, on peut citer la pauvreté et l'insertion sociale, l'égalité raciale, les organisations bénévoles et caritatives, les consommateurs, les droits des citoyens, les handicapés, les personnes d'orientation sexuelle différente, les membres de la communauté du voyage, la croissance, la compétitivité et l'emploi, la santé, les individus de religion et de race différentes, les

Tableau 3.3. **Impacts partiels spécifiques devant explicitement être évalués lors de l'AIR (le cas échéant)**

	Concurrence ¹	Échanges	Petites entreprises	Charges administratives	Environnement/développement durable sur le plan écologique	Régions	Égalité hommes/femmes	Populations autochtones ou impacts ethniques
Australie	✓	✓	✓	✓	✓			
Belgique				✓	✓		✓	
Canada					✓	✓		
Union européenne				✓		✓	✓	✓
Irlande	✓				✓		✓	
Nouvelle-Zélande				✓				✓
Norvège			✓	✓	✓	✓	✓	
Royaume-Uni	✓		✓			✓	✓	✓
États-Unis			✓					
Victoria (Australie)	✓		✓	✓				

1. On peut soutenir que les évaluations d'impact sur la concurrence ne doivent pas être assimilées à des « évaluations d'impact partielles » au même titre que les autres éléments figurant dans ce tableau. En fait, la tendance de plus en plus marquée à exiger l'évaluation explicite de ces impacts montre qu'il est de plus en plus admis que des marchés concurrentiels fonctionnant correctement constituent les principaux garants du bien-être économique et qu'il est important d'analyser toutes les interventions en matière de réglementation du point de vue de leurs incidences sur ce principe fondamental de l'organisation économique.

secteurs industriels, voire le secteur public – même si, par définition, ce dernier commande la proposition de réglementation.

Cette énumération d'évaluations d'impact partielles montre clairement, ainsi que l'a également souligné l'OCDE (2006), qu'il existe un risque de voir les exigences en matière d'évaluations d'impact partielles compromettre la cohérence et les grands axes de l'analyse généralisée d'impact de la réglementation, lorsqu'elle est également effectuée. Par ailleurs, en rajoutant des niveaux de complexité, on court un risque non négligeable de menacer sérieusement la qualité de la lisibilité des documents d'orientation sur l'AIR pour les décideurs, en particulier au niveau politique.

On peut souligner ici une nette différence sur le plan de la démarche. Certains documents d'AIR exigent que toutes les AIR prévoient un certain nombre d'évaluations d'impact partielles, alors que d'autres guides (notamment ceux du Canada, de la Commission européenne et de la Norvège) proposent des modèles détaillés ou des listes de critères de référence et demandent aux auteurs de l'AIR d'indiquer si leurs propositions de réglementation pourraient avoir des effets importants eu égard à chacun des points recensés⁴⁰. Cette dernière manière de procéder pourrait comporter des avantages, dans la mesure où elle permet de faire en sorte que seules les évaluations d'impact particulièrement pertinentes soient soulignées dans l'évaluation.

L'OCDE (2006) a donné à entendre que la principale raison poussant les pouvoirs publics à exiger la réalisation d'évaluations partielles dans le cadre de l'AIR est vraisemblablement liée au fait qu'ils redoutent que l'ACA n'ait une tendance systématique à minimiser les aspects relatifs à la répartition des revenus et ne conduise, ce faisant, à ce que ces derniers ne se voient pas accorder le poids qu'ils méritent dans le processus d'élaboration des politiques. Par conséquent, le choix des analyses d'impact partielles devant être réalisées tendrait à indiquer les groupes, au sein de la société, dont les revendications en matière de répartition des revenus sont particulièrement pressantes. Certes, la lecture des divers documents d'orientation sur l'AIR témoigne de l'existence de

très nettes différences d'un pays à l'autre quant à la liste des analyses d'impact partielles obligatoires. Par exemple, le document d'orientation irlandais sur l'AIR insiste sur les thèmes de la pauvreté et de l'exclusion sociale, tandis que le guide australien souligne les impacts sur les petites entreprises et sur la concurrence et que le manuel de la Nouvelle-Zélande fait ressortir l'impact sur la population autochtone.

Parallèlement, on peut penser que les décideurs seraient d'accord pour reconnaître que la quasi-totalité des évaluations partielles précitées pourraient être pertinentes dans le contexte de l'examen des impacts d'une proposition de réglementation sur la répartition des revenus. Par conséquent, on pourrait considérer que le choix des évaluations d'impacts partielles exigées reflète largement les orientations à moyen terme du débat politique au sein d'un pays donné, plutôt que des différences à long terme de valeurs ou de circonstances économiques ou sociales.

Une fois introduites dans le processus d'AIR, les évaluations d'impact partielles ont tendance à se multiplier avec le temps. Par exemple, après avoir exigé vers le milieu des années 90 que les AIR comportent une évaluation d'impact sur la concurrence, les autorités australiennes ont exigé des évaluations d'impact de la réglementation sur l'économie régionale, sur les charges administratives, sur les petites entreprises et sur le développement durable sur le plan écologique, avec bientôt la perspective d'une évaluation des incidences sur la famille.

Dans ces conditions, il pourrait falloir revenir sur la question de savoir quel est le meilleur moyen de faire en sorte que les impacts importants de la réglementation sur la répartition des revenus soient correctement pris en compte dans l'AIR. On pourrait par exemple évoquer assez longuement dans les documents d'AIR l'ensemble des groupes de la société dont les revendications en matière de répartition des revenus pourrait revêtir une importance particulière lors de l'analyse de la réglementation, de même que fournir des indications générales sur les différents types d'influences que les propositions de réglementation peuvent avoir sur différents groupes⁴¹. On pourrait en même temps exiger que l'AIR comporte une section à part entière consacrée aux « impacts sur la répartition des revenus », qui mettrait en exergue les impacts dont on a constaté qu'ils ont joué un rôle important dans tel ou tel cas et indiquerait séparément les impacts sur les différents groupes les plus fortement touchés.

Une deuxième possibilité, qui serait en fait associée à la première, consisterait à exiger de l'autorité de réforme de la réglementation responsable de l'assurance-qualité de l'AIR qu'elle examine les impacts possibles de la réglementation sur la répartition des revenus afin de déterminer ceux dont elle estime qu'ils pourraient être importants et, de ce fait, qui doivent être abordés explicitement dans l'AIR. On disposerait alors de l'ensemble minimum des thèmes afférents à la répartition des revenus à discuter, l'organisme de réglementation responsable ayant la possibilité d'en ajouter s'il le souhaite.

En transférant à l'autorité de réforme de la réglementation une partie de la responsabilité de la détermination des impacts pertinents, on pourrait remédier plus efficacement à l'une des raisons sous-jacentes apparentes pour lesquelles toutes les AIR doivent aborder explicitement certains impacts particuliers (par exemple, sur la concurrence). En effet, il ne serait plus nécessaire de créer l'obligation de procéder à une analyse partielle particulière pour vérifier que les auteurs de la réglementation n'ont pas évité de discuter des impacts partiels importants dans le cadre de l'AIR du fait d'incitations concurrentes.

Que ce soit par l'adoption de l'une de ces propositions, de ces deux propositions ou d'une quelconque autre manière, il semblerait assez évident que les documents d'orientation sur l'AIR doivent reconnaître les risques potentiels pour la cohérence stratégique inhérents à l'obligation de procéder à plusieurs évaluations d'impact partielles dans le cadre de l'AIR en général, et indiquer aux organismes de réglementation la meilleure manière d'éviter ou de minimiser ces risques.

L'évaluation des risques

Le recours à l'évaluation du risque dans le contexte spécifique où l'on a décidé de procéder à une « analyse de seuil » pour savoir si l'intervention de l'État est justifiée a été examiné à la section sur les questions de seuil. La présente section complète cette discussion en abordant un certain nombre de thèmes plus techniques liés à l'utilisation de l'analyse de risque dans le contexte de l'AIR plus généralement.

Risque subjectif ou risque objectif

Le problème de la différence, parfois très marquée, qui peut exister entre une perception subjective du risque et la réalité effective ou objective de ce risque est largement débattu dans la littérature spécialisée. Cette question est également abordée dans plusieurs documents d'orientation sur l'AIR, même si ses répercussions sur l'action des pouvoirs publics, et sur l'AIR, ne semblent pas toujours vraiment développées.

Par exemple, le guide australien sur l'AIR traite de la distinction entre « perception des risques » et « risques effectifs » et fait valoir que les perceptions des risques peuvent soit sous-estimer, soit surestimer les risques effectifs. Il estime que le document relatif à l'AIR doit présenter une analyse de risque objective :

La section de la Déclaration d'impact de la réglementation (*Regulation Impact Statement* ou RIS) exposant le problème doit distinguer entre risques réels (ou effectifs) et perceptions des risques. Les gouvernements mettent fréquemment en œuvre des règlements en réaction à des demandes de protection supplémentaire formulées par l'opinion, en particulier à la suite d'événements particulièrement négatifs. La perception des risques par le grand public est souvent exagérée et repose sur des risques peu courants ou « sinistres » (comme la possibilité de tomber malade après avoir bu de l'eau recyclée), mais elle sous-estime fréquemment des risques plus courants et beaucoup plus susceptibles de se matérialiser (comme la probabilité d'être impliqué dans un accident de la route). Une Déclaration d'impact de la réglementation doit toujours présenter une évaluation des risques étayée par des éléments concrets (OBPR, 2007).

Cette déclaration semble montrer que les auteurs sont convaincus que l'un des rôles clés de l'AIR consiste à séparer les risques objectifs des perceptions subjectives du risque. Toutefois, le guide semble affirmer relativement sans équivoque que l'AIR et le processus de décision politique qui en découle ne doivent reposer que sur des risques objectifs.

En revanche, une récente publication de la *Better Regulation Commission* (BRC) de l'administration du Royaume-Uni (Gouvernement du Royaume-Uni, 2006) traite explicitement des raisons pour lesquelles les perceptions subjectives du risque pèsent sur le processus d'élaboration des politiques publiques. La BRC soutient en fait que les perceptions subjectives du risque ont systématiquement tendance à surestimer les risques objectifs, notant :

D'aucuns estiment que le dilemme des pouvoirs publics, qui est au cœur de la gestion du risque, tient au fait que les politiques, adoptées en réponse aux perceptions que les

profanes peuvent avoir du risque, penchent vers un excès de réglementation, alors que les politiques entièrement fondées sur des preuves scientifiques, seront jugées insuffisantes et ne recueilleront pas l'adhésion du public (Gouvernement du Royaume-Uni, 2006, p. 11).

Ce parti pris systématique est attribué à toute une série de facteurs, notamment l'impact de la promotion d'intérêts particuliers (comme les exigences de la politique d'opposition, la nécessité de vendre des journaux et un « penchant pour les mauvaises nouvelles plutôt que pour les bonnes ») et une mauvaise communication au public des données concernant le risque. Le rapport estime que l'une des principales sources de ce biais perçu vers un excès de réglementation du risque tient à l'apparition d'une « spirale réglementaire », lorsque la propension croissante à réglementer en réponse à des risques perçus renforce le sentiment répandu au sein de la collectivité que le monde est menacé par « des dangers croissants qu'il faut tenir en échec, généralement par un renforcement de la réglementation publique » (*ibid.*). Ce concept de l'aversion croissante au risque qui finit par s'auto-entretenir semblerait sous-tendre en grande partie la conviction de la BRC quant à la nécessité que les pouvoirs publics agissent en réponse à ces préoccupations.

Après avoir passé en revue certaines causes sous-jacentes du fossé entre risque objectif et risque subjectif et ce qu'elle interprète comme étant une tolérance de moins en moins grande au risque, la BRC fait des recommandations visant à modifier les perceptions du risque et le rôle de l'État dans la gestion de ce risque. Il semblerait que cette manière de procéder soit davantage de nature à faire en sorte que le processus de prise de décisions en matière de réglementation réagisse de plus en plus à des évaluations de risque objectives, par opposition à la solution consistant simplement à préconiser une séparation claire entre risques objectifs et perceptions subjectives du risque et à éclipser ces dernières lors de l'élaboration des politiques.

Cependant, cette démarche semble largement contredire l'hypothèse sous-jacente que l'on trouve dans la littérature consacrée au risque, selon laquelle le décideur doit considérer les perceptions subjectives du risque comme étant essentiellement exogènes. Par exemple, Hokstad et Steiro (2006) font valoir :

Il faudrait éviter de définir ou de gérer le risque sans le replacer dans un contexte culturel, sociologique et psychologique [...] C'est l'une des raisons pour lesquelles il est impossible de dire de la démarche RAS comme étant un modèle purement quantitatif/mathématique. Il faut également tenir compte, par exemple, du degré d'acceptation du risque par le public.

Plus particulièrement, dans le contexte du présent document, l'évolution des perceptions sociales du risque et des attentes à l'égard des réactions de l'administration s'agissant des risques identifiés est une vaste question, qu'il n'est probablement pas possible de traiter entièrement dans un document d'orientation sur l'AIR. L'élément le plus pertinent à cet égard tient peut-être au fait qu'il n'est pas réaliste de prétendre que, une fois que l'on a distingué risques objectifs et perceptions subjectives du risque, celles-ci doivent tout simplement être négligées dans le déroulement du processus analytique.

Il s'agit peut-être là d'un domaine où l'intégration des éléments quantitatifs et qualitatifs de l'AIR revêt une importance particulière. D'un point de vue économique, on peut penser que les risques subjectifs sont peut-être au moins aussi importants dans l'analyse de l'action des pouvoirs publics que les risques objectifs. En d'autres termes, dans la mesure où les différences entre évaluations subjectives du risque et évaluations

objectives ne sont pas simplement attribuables au manque d'information, les gains d'utilité résultant d'une réduction de risques subjectivement élevés sont les mêmes, indépendamment de la question de savoir si le risque objectif est élevé ou faible.

Si les perceptions subjectives du risque peuvent évoluer dans le temps en fonction de l'action des pouvoirs publics, comme semblent l'indiquer les conclusions du rapport de la BRC, il s'agit manifestement d'une question à plus long terme, même si, dans le contexte de l'AIR, on peut soutenir que les perceptions subjectives du risque devraient être considérées comme essentiellement exogènes.

Règles en matière de risque (neutralité au risque ou aversion au risque, principe de précaution)

Les populations sont-elles tolérantes, neutres ou hostiles face au risque?

Théoriquement, il n'est pas possible de comparer différentes actions possibles face à des risques considérés comme inacceptables sans faire d'hypothèses quant à la question de savoir si la population dans son ensemble est plutôt tolérante, neutre ou hostile au risque. En effet, les mérites relatifs de différentes solutions à caractère réglementaire ou autre face à un risque vont varier en fonction de cette caractéristique de la population.

Néanmoins, seul un des huit guides sur l'AIR examinés ici traite de cette question. On trouve dans le manuel des États-Unis une brève évocation de ce problème (p. 40), où l'on peut lire que les responsables de l'AIR doivent faire l'hypothèse dans leur analyse d'une neutralité au risque, tout en reconnaissant que cette hypothèse ne se vérifiera pas toujours dans la pratique. Il est important de mentionner que le guide des États-Unis souligne que l'hypothèse d'une neutralité au risque valide le recours à l'analyse de la valeur attendue comme étant l'outil fondamental pour comparer les différentes solutions possibles. Il peut également arriver que les indications à suivre pour procéder à une analyse de risque spécifique ne figurent pas dans le document général, mais restent au sein des différents organismes sectoriels chargés de gérer les risques concernés, sans nécessairement être publiquement disponibles.

Dans la mesure où l'on s'écarte de cette hypothèse, il semblerait falloir préciser les caractéristiques de l'aversion au risque supposée de la population, si l'on veut pouvoir tirer une conclusion analytique définitive fondée sur d'autres démarches. Cet exercice comporte manifestement des difficultés importantes, voire insurmontables. Compte tenu de l'échantillon restreint précité, une hypothèse de neutralité face au risque peut constituer une solution de « repli », dans la mesure où elle est la seule option envisageable d'un point de vue analytique.

Le principe de précaution

L'OCDE (2006) a fait valoir que :

[...] L'adoption de plus en plus répandue du principe de précaution dans le cadre de la réglementation pose obligatoirement la question [de savoir si les populations sont neutres ou hostiles face au risque] au sens profond du terme. En d'autres termes, le principe de précaution revient à intégrer des doses diverses, mais non précisées, d'hostilité au risque dans le processus d'élaboration des politiques publiques.

Trois des huit manuels d'AIR examinés ici abordent le principe de précaution et, dans tous les cas, recommandent son utilisation dans le cadre de l'AIR. Toutefois, on peut regretter un certain manque de précision quant à la question de savoir de quelle manière ce principe doit

être pris en compte. Le guide australien sur l'AIR fait remarquer que le principe a été expressément adopté par les administrations fédérales, étatiques et territoriales aux termes d'un accord intergouvernemental sur le développement durable sur le plan écologique, ce qui donne à penser que son application peut être limitée à ce seul contexte. Aucune indication spécifique n'est fournie quant à la manière dont le principe doit être intégré à l'AIR.

Le guide de l'UE établit, au sujet du principe de précaution : « Il faut donc envisager son application dans le contexte général de l'analyse des risques, les éventuels scénarios les plus extrêmes étant précisés grâce à une analyse normale de sensibilité » (p. 48). Le guide développe brièvement en une demi-page l'utilisation du principe dans l'AIR.

Le guide du Royaume-Uni établit « qu'il peut falloir appliquer le principe de précaution » et que « le Royaume-Uni, à l'instar d'autres pays industrialisés, est déterminé à le faire ». Le guide sur l'AIR du Royaume-Uni est le seul à renvoyer le lecteur à un autre document contenant une discussion détaillée de l'utilisation du principe de précaution (Gouvernement du Royaume-Uni, 2002). Il convient de noter, au sujet de ce document, qu'il indique expressément que les mesures prises dans le cadre de l'application du principe de précaution doivent être conformes aux principes d'une bonne réglementation; plus précisément, qu'elles doivent être « proportionnées, cohérentes, ciblées, transparentes et responsables ».

Le Royaume-Uni serait donc le seul pays, semble-t-il, à avoir publié un document qui vise expressément, non seulement à fournir des indications sur la manière dont il convient d'appliquer le principe de précaution dans les contextes pratiques de l'élaboration des politiques publiques, mais aussi à chercher à concilier le principe avec les principes d'une bonne réglementation. Dans la mesure où le principe de précaution constitue effectivement un élément du processus de décision des pouvoirs publics, du moins dans certains contextes, il semblerait que cette démarche consistant à l'interpréter en fonction du programme de réglementation constitue un important pas en avant. Dans bien d'autres pays, le principe fait partie du processus d'élaboration des politiques publiques, mais il n'est pas envisagé dans le cadre du programme d'assurance qualité et de définition de la politique de la réglementation.

Les risques pour la qualité de la réglementation inhérents à l'adoption d'un principe de précaution mal définis ont été discutés par Majone (2006), qui a fait valoir que le principe de précaution risque de détourner les efforts de réduction des risques vers des risques mal compris et relativement peu importants, aux dépens des efforts engagés pour maîtriser des risques plus graves. Les coûts d'opportunité qui en découlent, dans la mesure où cette dynamique est à l'œuvre, soulignent la nécessité de veiller à ce que l'interprétation du principe de précaution dans la pratique soit conforme à la qualité des concepts de réglementation.

Conclusion

Des orientations exhaustives ou compréhensibles

Il semblerait exister une certaine tension entre exhaustivité et lisibilité des orientations sur l'AIR. Le présent document fait valoir à plusieurs reprises qu'il arrive parfois que les orientations sur l'AIR n'abordent pas suffisamment certains aspects méthodologiques et omettent souvent d'explicitier les fondements théoriques de certains problèmes. Il est probable que ces lacunes résultent, dans bien des cas, des efforts déployés pour rendre les orientations accessibles à des agents non spécialistes en évitant à la fois détails inutiles et complexité technique. Ces considérations sont manifestement importantes si l'on veut veiller à ce que les orientations sur l'AIR soient utilisées par le public qu'elles visent

effectivement et qu'elles puissent, ce faisant, contribuer à améliorer les normes sur le plan analytique.

Toutefois, il existe à l'évidence une certaine tension, dans la mesure où des orientations moins élaborées sont moins à même de favoriser l'adoption de normes d'analyse exigeantes dans les cas où des analyses plus complexes s'avèrent nécessaires. L'un des moyens de régler ce conflit pourrait consister à élaborer un guide sur l'AIR relativement bref et non technique complété par un certain nombre d'annexes techniques fournissant des détails supplémentaires et abordant plus en profondeur les aspects méthodologiques pertinents. Autre solution, le guide sur l'AIR peut être complété par d'autres documents indépendants fournissant ces détails supplémentaires. Il existe déjà plusieurs variantes de cette démarche :

- L'Australie, le Canada, le Royaume-Uni et les États-Unis publient également des guides en matière d'ACA, qui contiennent des orientations méthodologiques nettement plus nombreuses, mais qui abordent essentiellement l'ACA en termes plus généraux, et non spécifiquement dans le contexte de la réglementation.
- En Australie et dans l'État de Victoria, le document d'orientation sur l'AIR lui-même est relativement court, mais comporte un nombre non négligeable d'annexes traitant de manière assez détaillée de thèmes spécifiques.
- Dans plusieurs pays, les autorités de réforme de la réglementation publient sur leurs sites Internet toute une série de documents relatifs à l'AIR.

Il se pose le problème non négligeable de l'absence de renvois entre les divers documents d'orientation disponibles. Par exemple, le document australien d'orientation sur l'AIR ne fait aucune référence au document d'orientation en matière d'ACA du ministère des Finances et de l'Administration. De même, si le guide du Royaume-Uni contient quelques références au Livre vert du ministère des Finances, il ne fait pas mention du guide détaillé sur l'utilisation de l'analyse multicritère de l'ancien ministère des Transports et de l'Administration locale. Fait encore plus remarquable, le guide irlandais sur l'AIR contredit même les directives afférentes à l'évaluation des propositions en matière de dépenses d'équipement dans le secteur public sur la question des règles de décision à respecter lors d'une ACA, comme précédemment indiqué.

Ces constatations montrent que l'un des domaines dans lesquels il serait important de procéder à des améliorations concerne la nécessité de faire en sorte que les efforts en vue de rendre les orientations sur l'AIR plus « conviviales » ne soient pas déployés aux dépens d'un nécessaire degré de détail et de complexité des conseils prodigués. Il est probable qu'il faudra pour cela recourir à plusieurs documents interdépendants visant des objectifs différents, mais liés les uns aux autres; il conviendra aussi que les efforts en vue de garantir l'homogénéité entre tous ces documents, les renvois entre les différents manuels et leur promotion croisée soient considérés comme très importants.

À cet égard, une question connexe porte sur la nécessité pour les systèmes d'AIR d'intégrer le concept de proportionnalité en ce qui concerne les normes analytiques requises. En d'autres termes, les propositions de réglementation présentant des effets relativement limités doivent être soumises à des obligations plus limitées en matière d'AIR, l'engagement des ressources pour l'AIR étant à peu près proportionné à l'ampleur probable de l'impact de la réglementation. Un certain nombre de pays de l'OCDE sont dotés de mécanismes de « triage » qui s'efforcent de veiller au respect de cette proportionnalité dans la pratique. Toutefois, il faut aussi que le document d'orientation sur l'AIR admette l'existence de cette question. Cela

suppose de préciser, si l'on veut que les orientations sur l'AIR soient plus complètes et plus rigoureuses, que ces orientations plus précises sont destinées à s'appliquer en grande partie aux propositions de réglementation plus substantielles.

La perspective qui sous-tend l'étude des orientations méthodologiques en matière d'AIR dans le présent document consiste à dire que des pratiques méthodologiques en matière d'AIR de meilleure qualité devraient systématiquement se traduire par une réglementation de meilleure qualité. Le fait pour les autorités de réforme de la réglementation de fournir aux organismes de réglementation des orientations méthodologiques publiées, complétées par une formation officielle et par des services moins structurés d'assistance et de conseil, devrait avoir une influence décisive sur la qualité de l'AIR réalisée dans la pratique. Ainsi, il convient de porter une attention systématique à la qualité des documents d'orientation publiés sur l'AIR et aux mesures prises pour actualiser régulièrement ces manuels à la lumière des enseignements tirés, des modifications apportées à la politique d'AIR et de l'augmentation avec le temps des connaissances sur l'AIR et des moyens disponibles dans les organismes de réglementation.

Notes

1. Les directives de l'AIR de l'Allemagne ont été fournies traduites en anglais (voir bibliographie). Cependant, le guide plus détaillé n'était pas disponible et comprend probablement l'essentiel des aspects méthodologiques pertinents.
2. *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*, 9 mars 1995.
3. *Reducing Risks, Protecting People: HSE'S Decision-Making Process*, Health and Safety Executive, Royaume-Uni, 2001, pp. 44-45.
4. En 2005, 17 pays membres ont indiqué imposer une quantification des coûts et des avantages dans le cadre de l'AIR et la démonstration que les avantages justifient les coûts *en toutes circonstances, au moins pour toutes les grandes réglementations ou dans certains cas précis*. Jacobzone, S., C.-W. Choi et C. Miguet (2006), « *Quality Indicators of Regulatory Management Systems* », Documents de travail de l'OCDE sur la gouvernance publique, n° 4, Paris.
5. Communication avec M. Dominic Mancini, OMB, 1^{er} novembre 2007.
6. En anglais, QALY = Quality Adjusted Life Year ou « année d'espérance de vie corrigée en fonction du bien-être ». Communication avec M. Dominic Mancini, OMB, 1^{er} novembre 2007.
7. La traduction anglaise a été fournie par M. Aarne Røvik, ministère des Finances, 12 octobre 2007.
8. Department of Transport, Local Government and Regions Multi-Criteria Analysis Manual, (2009). Voir : www.communities.gov.uk/publications/corporate/multicriteriaanalysismanual. À noter qu'en Australie, la BTRE (1999) inclut un chapitre détaillé sur l'AMC.
9. Communications personnelles (diverses) avec l'auteur.
10. Toutes les AIR de l'État de Victoria qui ont été publiées depuis 2004 peuvent être consultées en texte intégral à l'adresse www.vcec.vic.gov.au.
11. Le guide 2007 de la Nouvelle-Zélande sur l'AIR fait explicitement référence au premier livre sur l'ACA du Trésor et inclut des liens à des travaux sur d'autres techniques d'évaluation.
12. Les problèmes de proportionnalité peuvent indiquer qu'il ne faut pas employer de telles méthodes de valorisation indirecte dans certains cas. Dans d'autres, il est éventuellement possible de parvenir à la conclusion qu'aucune des méthodes disponibles n'est sans doute adaptée au cas particulier.
13. Depuis 2005, le Trésor néo-zélandais a publié son propre guide de l'ACA.
14. Ce taux est applicable aux investissements publics en général et n'est pas propre à l'AIR.
15. Taux fixé dans le Manuel danois d'analyse socio-économique cité, OCDE (2004).
16. Voir Gouvernement des États-Unis (2003), p. 33, et Gouvernement des États-Unis (1992), p. 8.

17. Ministère des Finances (2005) « Behanding av kalkulasjonsrente, risiko, kalkulasjonspriser og skattekostnad i samfunnsøkonomiske analyser », stipulation du taux d'actualisation social, risque, prix calculés et coût de financement par l'impôt dans les analyses socio-économiques (en norvégien uniquement).
18. On est en droit d'affirmer que les coûts liés à la réglementation subis par les entreprises constituent des charges avant impôts. Le coût effectif pour les actionnaires de ces charges est donc égal à la charge diminuée de l'impôt qui aurait été appliqué au bénéfice supplémentaire qui aurait été dégagé en l'absence de cette charge liée à la réglementation. Cela implique d'utiliser un taux de rendement après impôts lorsque l'on adopte une approche par le coût du capital. Cela étant, les lignes directrices des États-Unis en matière d'ACA précisent que le taux d'actualisation de 7 % qui est recommandé correspond au coût d'opportunité avant impôts du capital (marginal).
19. La notion de risque ne renvoie ici qu'au risque général de marché, d'autres passages rejetant spécifiquement l'idée de prendre en compte un autre risque que le risque de marché dans le taux d'actualisation (voir plus loin).
20. Le guide relève aussi la difficulté pratique de distinguer entre risques de marché et autres risques.
21. Il convient de noter que le guide français fait aussi référence à l'analyse de Weitzman et à celle de Gollier. Toutefois, ces analyses ne sont pas abordées dans le détail et ne sous-tendent pas la logique du recours à un taux d'actualisation décroissant présentée dans la partie principale du guide.
22. Même si le même auteur est cité, différents articles sont cités par les deux sources. Le guide sur l'AIR des États-Unis cite Weitzman ML, *Just Keep Discounting, But...*, in Portney et Weyant (1999). Le Livre vert du Royaume-Uni cite : Weitzman in *Gamma Discounting, American Economic Review*, vol. 91, n° 1, mars 2001. Est également cité Gollier, C. (2002), *Time Horizon and the Discount Rate*, Institut d'Économie Industrielle, Université de Toulouse, document non publié.
23. Cette publication s'est appuyée sur des documents de commande, examinés lors d'un atelier parrainé par Resources for the Future, Energy Modelling Forum de l'Université Stanford, l'Environmental Protection Agency des États-Unis, le ministère de l'Énergie des États-Unis et l'Electric Power Research Institute.
24. Les auteurs évoquent aussi des problèmes d'utilisation des fonctions de taux d'actualisation dépendantes du temps. Utiliser un taux d'actualisation qui dépend de la période sur laquelle l'analyse est réalisée ne va pas sans problèmes. En effet, cela aboutit à des décisions incohérentes dans le temps : des plans que les gens ne respectent pas s'ils ont l'occasion de reconsidérer leurs actions. Cette propriété des fonctions d'actualisation hyperboliques rend de nombreuses personnes mal à l'aise quant à leur utilisation de l'analyse coûts-avantages (p. 10).
25. Hahn examine un échantillon de 108 règlements aux États-Unis et montre que la substitution de valeurs comprises entre 1 % et 9 % pour le taux d'actualisation ne fait varier la proportion des règlements de l'échantillon présentant des avantages nets que de 1-3 % (en fonction du chiffre de VVS utilisé). Cela traduit la grande diversité de l'efficacité des règlements au sein de l'échantillon (voir en particulier Hahn, 2005).
26. Ministère des Finances, *Handbook on Socio-economic Analysis*. Le chiffre de 15 millions NOK provient pour l'essentiel de la Direction de l'environnement de l'UE.
27. Voir par exemple BTRE (2002).
28. Communication personnelle avec Rod Bogaards, directeur de la section BCA, OBPR, 12 juin 2007.
29. Étant donné l'observation générale que les chiffres de la VVS fondés sur le capital humain tendent à être sensiblement inférieurs aux chiffres fondés sur les préférences révélées, par suite des différences entre ces deux concepts.
30. La traduction en anglais a été fournie par M. Aarne Røvik, ministère des Finances, 12 octobre 2007.
31. On notera que l'utilisation d'une règle $VAN > 0$ a aussi été critiquée pour ne pas tenir compte des tendances alléguées de la part des autorités de réglementation à surestimer les avantages attendus et à sous-estimer les coûts attendus. Toutefois, certains travaux empiriques sur la question (voir OCDE, 2006) ont conclu que l'ACA figurant dans les documents relatifs à l'AIR ne présente pas de biais systématique dans la pratique.
32. Communication personnelle avec des représentants de la Competition and Efficiency Commission de l'État de Victoria.
33. Voir par exemple : *On the Value of Formal Assessment of Uncertainty in Regulatory Analysis*, Judson Jaffe et Robert N. Stavins, *Regulation and Governance* (2007) 1, pp. 154-171, www.blackwell-synergy.com/doi/abs/10.1111/j.1748-5991.2007.00008.x.

34. Le gouvernement de la Norvège a également indiqué qu'il ajuste d'habitude les prix pour tenir compte de l'impact de l'imposition.
35. NOU (1997), « Nytte-kostnadsanalyser », rapport sur l'ACA d'une commission *ad hoc* d'experts (en norvégien uniquement), www.regjeringen.no/Rpub/NOU/19971997/027/PDFA/NOU199719970027000DDDPDFA.pdf.
36. Voir Ivar Gaasland (2003): « En numerisk model for analyse av norsk bioproduksjon og foredling », a numerical model of Norwegian bio-production and processing, Report 32/03, SNF Institute for Research in Economics and Business Administration (en norvégien uniquement). De même, comme le note le document OCDE (2006), Hazilla et Kopp ont présenté une étude des coûts des Clean Air and Water Acts aux États-Unis en 1990, en s'appuyant sur un modèle dynamique d'équilibre général calculable (MEGC) élaboré aux fins de l'étude.
37. Voir aussi OCDE (2006) pour un examen complémentaire de cette question.
38. On notera plus particulièrement dans ce contexte le fait que le document d'orientation de l'Union européenne en matière d'AIR traite spécifiquement des charges d'administration sans mentionner le modèle MCS.
39. Communications de Mme Dominique de Vos, Services du Premier ministre, 10 juillet 2007, 7 octobre 2007.
40. Gouvernement norvégien (2005), « Instructions for Official Studies and Reports », ministère de l'Administration publique et de la réforme, version en anglais, mais uniquement disponible en ligne en norvégien, à l'adresse : www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Statsforvaltning/Utreddingsveileder_rev2007.pdf. La liste de critères norvégienne (Gouvernement norvégien, 2005, p. 4) est explicitement présentée comme non exhaustive par sa nature, les éventuels impacts partiels supplémentaires présentant une certaine importance devant aussi être identifiés et évalués.
41. Des tableaux complets sur les impacts potentiels, comme ceux qui figurent dans le document d'orientation de l'UE sur l'AIR (pp. 29-32) peuvent constituer des annexes à des fins de référence.

Bibliographie

- Aldy, J.E. et W.K. Viscusi (2007), « Age Differences in the Value of Statistical Life: Revealed Preference Evidence », ressources disponibles pour le document de discussion RFF DP 07-05, avril, disponible en ligne à l'adresse www.rff.org.
- Commission européenne (2005), « Lignes directrices concernant l'analyse d'impact », SEC (2005)791, Commission européenne, Bruxelles, 15 juin.
- Gouvernement allemand (2004), *Guidelines on Regulatory Impact Assessment*, Bohret, C., et G. Konzendorf, préparé pour le ministère fédéral de l'Intérieur/ministère de l'Intérieur du Bade-Wurtemberg.
- Gouvernement australien (1999), « Facts and Figures in Benefit-Cost Analysis: Transport », rapport de recherche n° 100, Bureau of Transport and Regional Economics, Canberra.
- Gouvernement australien (2002), « Rail Accident Costs in Australia », Rapport n° 108, Bureau of Transport and Regional Economics, Canberra.
- Gouvernement australien (2006a), *Best Practice Regulation Handbook*, Office of Best Practice Regulation (OBPR), Canberra, novembre.
- Gouvernement australien (2006b), *Handbook of Cost-Benefit Analysis*, Department of Finance and Administration, Canberra, janvier.
- Gouvernement australien (2007), *Best Practice Regulation Handbook*, Office of Best Practice Regulation (OBPR), Canberra, août.
- Gouvernement canadien (1992), *Guide de rédaction du REIR*, Secrétariat du Conseil du Trésor, Ontario, août.
- Gouvernement canadien (1995), *Guide de l'analyse avantages-coûts pour les programmes de réglementation*, Secrétariat du Conseil du Trésor, Ontario, août 1995.
- Gouvernement de l'État de Victoria (2007), *Victorian Guide to Regulation* (2^e édition), Victorian Competition and Efficiency Commission, Melbourne, avril.
- Gouvernement des États-Unis (1992), « Guidelines and Discount Rates for Benefit-Cost Analysis of Federal Programs », Circular A-94, Office of Management and Budget, Washington DC.

- Gouvernement des États-Unis (2003), « Regulatory Analysis », Circular A-4, 17 septembre, Office of Management and Budget, Washington DC.
- Gouvernement français (2005), *Le prix du temps et la décision publique*, Commissariat général du Plan, Paris, février.
- Gouvernement irlandais (2004), *Regulating Better*, Department of the Taoiseach, Dublin, janvier.
- Gouvernement irlandais (2005), *RIA Guidelines: How to Conduct a Regulatory Impact Analysis*, Department of the Taoiseach, Dublin, octobre.
- Gouvernement néo-zélandais (1999), *A Guide to Preparing Regulatory Impact Statements*, ministère du Commerce, Wellington, 16 mars.
- Gouvernement néo-zélandais (2005), *Cost Benefit Analysis Primer*, Treasury, Wellington, décembre.
- Gouvernement néo-zélandais (2007), *Guidelines on the Regulatory Impact Analysis Requirements*, ministère du Développement économique, Wellington, mars.
- Gouvernement norvégien (2005), « Instructions for Official Studies and Reports », ministère de l'Administration, disponible en ligne : www.regjeringen.no/nr/dep/fad/Dokument/Rettleiingar-og-brosjyrer/2000/Instructions-for-official-studies-and-reports.html?id=419236.
- Gouvernement du Royaume-Uni (2002), « The Precautionary Principle: Policy and Application, Inter-Departmental Liaison Group on Risk Assessment », Londres, disponible en ligne : www.hse.gov.uk/aboutus/meetings/ilgra/pppa.htm.
- Gouvernement du Royaume-Uni (2006), *Risk, Regulation and Responsibility: Whose Risk is it Anyway?* Better Regulation Commission, Londres, octobre.
- Gouvernement du Royaume-Uni (sans date), « Regulatory Impact Assessment Guidance », Cabinet Office, Londres, disponible en ligne : www.berr.gov.uk/files/file44544.pdf.
- Gouvernement du Royaume-Uni (2003), *The Green Book: Appraisal and Evaluation in Central Government*, HM Treasury, Londres.
- Gouvernement du Royaume-Uni (2005), « Hampton Review on Regulatory Inspections and Enforcement », disponible en ligne : www.hm-treasury.gov.uk/budget/budget_05/other_documents/bud_bud05_hampton.cfm.
- Hahn, R. (2005), *In Defence of the Economic Analysis of Regulation*, AEI/Brookings Joint Centre for Regulatory Studies.
- Harrington, W., R.D. Morgenstern et P. Nelson (2001), « On the Accuracy of Regulatory Cost Estimates », *Journal of Public Policy and Management*, 19(3).
- Hokstad, P. et T. Steiro (2006), « Overall Strategy for Risk Evaluation and Priority-Setting of Risk Regulations », *Reliability Engineering and System Safety*, vol. 91, n° 1, pp. 100-111.
- Jacobs, S.H. (2006), « Regulatory Impact Analysis in Regulatory Process, Method and Co-operation: Lessons for Canada from International Trends », collection Documents de travail, n° 026, gouvernement du Canada.
- Majone, G. (2006), « Questions stratégiques de régulation et de gestion du risque », GOV/PGC/REG(2006)1/ ANN1.
- OCDE (1995), *Recommandation du Conseil de l'OCDE sur l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*, OCDE, Paris, mars.
- OCDE (2004), « Regulatory Impact Analysis (RIA) Inventory: Note by the Secretariat », GOV/PGC/RD(2004)1, Paris.
- OCDE (2006), « Déterminant de la qualité dans l'analyse d'impact de la réglementation », SG/GRP(2006)3, Paris.
- Portney P.R. et J.P. Weyant, resp. pub. (1999), *Discounting and Intergenerational Equity*, Resources for the Future, Washington DC.

ANNEXE 3.A1

Projet de lignes directrices

L'OCDE a élaboré un certain nombre de lignes directrices relatives à la réalisation des AIR, avec d'abord la Recommandation du Conseil concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle en 1995. La liste de critères de références jointe à la Recommandation souligne qu'il est important de disposer d'une « évaluation claire des coûts et des avantages globaux » pour vérifier que les premiers justifient effectivement les seconds, de même qu'elle exige que la répartition des effets au sein de la société soit transparente.

En 1997, l'OCDE a publié 10 pratiques exemplaires en matière d'AIR, faisant ressortir la nécessité d'adopter des démarches méthodologiques cohérentes, mais souples, et de veiller à ce que l'AIR soit intégrée au processus d'élaboration des politiques. En 2005, les *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation* ont confirmé et actualisé les pratiques exemplaires de 1997. Les lignes directrices de 2005 proposent un ensemble d'indications générales afférentes à la politique en matière de réglementation, notamment au rôle de l'AIR dans ce contexte.

Le présent projet de lignes directrices sur les méthodologies de l'AIR doit être replacé dans ce contexte global des travaux de l'OCDE sur les politiques en matière de réglementation et d'analyse d'impact de la réglementation. Ces directives contiennent un ensemble d'indications détaillées sur toute une série d'aspects méthodologiques de l'AIR qui revêtent une importance fondamentale pour la qualité globale de l'AIR et, par conséquent, sa capacité à contribuer à une meilleure réglementation.

Le présent projet de lignes directrices repose sur l'analyse comparative d'un certain nombre de documents d'orientation sur l'AIR, d'autres orientations méthodologiques officielles ayant été publiées et de la littérature spécialisée. Ce projet vise à constituer le point de départ d'un débat complémentaire avec le Groupe de travail sur la gestion de la réglementation et de la réforme réglementaire en vue d'une approbation définitive par le Groupe sur la politique de la réglementation.

Critères préliminaires

1. *Les orientations sur l'AIR doivent comprendre des informations sur les principaux motifs génériques de la réglementation, y compris la correction d'une défaillance du marché, la création de conditions dans lesquelles les marchés peuvent fonctionner de façon efficiente et la recherche d'objectifs d'équité et de redistribution.*

Les responsables doivent pouvoir identifier la motivation sous-jacente d'une proposition particulière de réglementation sous l'angle d'un ou plusieurs des facteurs énoncés précédemment. Cet exercice permettra de définir correctement le problème traité et de

spécifier convenablement l'objectif visé par la réglementation. Cela permettra dès lors de définir les autres initiatives appropriées que pourraient prendre les pouvoirs publics et d'assurer la pertinence et l'exactitude de l'analyse d'impact.

L'intégration d'une étude des caractéristiques des différents instruments à la disposition des pouvoirs publics et leurs mérites respectifs pour le traitement des différents types de problèmes et de l'étude de critères de seuil devrait compléter utilement les orientations sur l'AIR dans ce contexte.

Indications sur les méthodes appropriées

2. Les orientations sur les méthodes d'AIR doivent indiquer quelles sont la ou les méthodes devant être appliquées dans un contexte d'AIR spécifique et doivent clairement indiquer les avantages et inconvénients conceptuels de chaque méthode.

Des informations doivent être fournies à la fois sur l'analyse coûts-avantage (ACA) et sur l'analyse coût-efficacité (ACE). Il convient en outre d'envisager d'intégrer un examen explicite des avantages potentiels de l'analyse du point d'équilibre à titre de méthodologie supplémentaire dans les cas où il existe une incertitude assez importante quant aux principaux bénéfices attendus de la réglementation.

3. Il convient de fournir des indications pratiques sur la manière de conduire une analyse quantitative de façon aussi systématique et objective que possible et d'intégrer analyses qualitative et quantitative.

Il convient, dans ce contexte, de préconiser explicitement un recours à l'analyse multicritères dès lors que les principaux avantages attendus sont impossibles à quantifier et/ou à exprimer en termes monétaires. Dès lors que le recours à l'analyse multicritères a été approuvé, il convient de fournir également des orientations explicites sur son utilisation, dans les documents d'orientation en matière d'AIR eux-mêmes ou par le biais d'un renvoi à des documents d'orientation spécialisés concernant cette méthodologie particulière. L'examen de la nécessité d'intégrer l'ACA et l'AMC doit aussi figurer dans les documents.

Orientations relatives aux méthodes de valorisation

4. Les documents d'orientation en matière d'AIR doivent préciser l'éventail des méthodes permettant d'estimer indirectement la valeur des avantages et des coûts qui n'ont pas de valeur marchande directe.

Les documents d'orientation doivent préciser clairement les modalités d'utilisation de ces méthodes d'évaluation indirecte dans certains contextes particuliers. Cela permettra de mieux vérifier que les ressources consacrées à l'AIR sont proportionnées à l'ampleur attendu des impacts de la réglementation examinée.

Valeur d'une vie statistique (VVS)

5. Les documents d'orientation en matière d'AIR doivent fournir le chiffre ou la fourchette correspondant à la VVS à utiliser dans le cadre d'une AIR.

Fournir une VVS permet de mieux vérifier que les avantages en termes de santé et de sécurité ont été chiffrés chaque fois que possible. Cela assure aussi un traitement cohérent de ces avantages entre les différentes AIR, ce qui facilite la canalisation des efforts de réglementation vers les utilisations les plus productives. Pour des raisons de transparence et d'acceptabilité, les bases théoriques du chiffre adopté pour la VVS doivent être exposées explicitement dans les documents d'orientation sur l'AIR.

Orientations relatives aux taux d'actualisation

6. *Les documents d'orientation sur l'AIR doivent recommander l'utilisation d'un taux d'actualisation spécifique aux fins de la réglementation et doivent préciser clairement tout contexte particulier dans lequel des taux d'actualisation différents pourront ou devront être utilisés.*

Spécifier un taux d'actualisation contribue à la cohérence entre les AIR et donc à affecter les ressources à leurs utilisations les plus productives. Si le taux d'actualisation retenu ne doit pas être trop souvent modifié, il devra néanmoins être revu de temps en temps afin de déterminer si d'éventuelles évolutions des valeurs moyennes des variables ayant servi à le calculer nécessitent sa modification. Le raisonnement théorique sous-tendant le choix du taux d'actualisation devra être explicité dans le document d'orientation en matière d'AIR.

L'analyse de sensibilité

7. *Les orientations sur l'ACA doivent souligner la nécessité de procéder à un test de sensibilité pour ce qui concerne les variables aux valeurs incertaines qui risquent d'affecter sensiblement les résultats de l'analyse.*

La réalisation d'analyses de sensibilité donne aux résultats de l'ACA un caractère plus informatif en illustrant la façon dont les résultats sont affectés par des changements de valeur des principales variables. Elle sert ainsi de test de robustesse des résultats de l'AIR dans « l'hypothèse de base ».

Règles de décision

8. *Les documents d'orientation en matière d'AIR doivent expliciter les règles de décision relatives à l'ACA (lorsque cette méthode est recommandée ou exigée) et fournir des indications quant à la règle (ou aux règles) à adopter.*

Analyses partielles

9. *Il convient de ne prendre spécifiquement en considération les impacts sur des groupes particuliers au sein de la société que lorsque ces préoccupations en matière de redistribution sont susceptibles d'être pertinentes dans le cadre processus de décision en matière de réglementation.*

Il convient de veiller à ce que les obligations de réalisation d'analyses d'impact partielles ne portent pas préjudice à la cohérence de l'AIR globale et ne réduisent pas son utilité pour les décideurs. Cela tend à impliquer de ne pas imposer d'obligations de procéder dans tous les cas à toute une analyse d'impacts partielle concernant des groupes particuliers. Les orientations sur l'AIR doivent plutôt souligner la nécessité d'identifier et d'évaluer comme il convient les éventuels impacts importants en termes de distribution qui peuvent constituer des considérations importantes pour les décideurs lors de l'évaluation de propositions de réglementation.

Ce sera d'autant plus facile d'y parvenir si les orientations sur l'AIR comportent une liste indicative d'effets partiels possibles, ainsi qu'une discussion des aspects susceptibles de nécessiter un examen dans chaque cas. Les orientations relatives aux analyses d'impact partielles doivent insister sur la nécessité de replacer les résultats des analyses d'impact partielles dans le contexte plus général de l'AIR afin de veiller à ce que la cohérence des politiques soit respectée.

Évaluation des risques

10. *Les orientations sur l'AIR doivent comporter une étude des questions de risque qui précise clairement les attentes des pouvoirs publics quant au traitement des risques dans le contexte de la réglementation.*

Les orientations sur l'évaluation des risques doivent donner des informations sur l'optimisation de la réduction du risque, en y ajoutant éventuellement une introduction au concept de seuil de risque acceptable. La question des risques subjectifs par opposition aux risques objectifs doit également être débattue, de même que des indications techniques sur la manière de faire apparaître toute source de conflit potentiel devront être fournies dans la mesure du possible. Si le « principe de précaution » doit être préconisé dans le cadre du processus de prise de décision en matière d'AIR, la signification précise de ce principe dans le contexte de l'AIR doit être énoncée aussi clairement que possible. Ce sens particulier doit être conforme aux principes relatifs à la qualité de la réglementation ainsi qu'à l'AIR et à l'ACA, dans toute la mesure du possible.

Chapitre 4

L'intégration de l'évaluation d'impact sur la concurrence dans l'analyse d'impact de la réglementation¹

Le chapitre 4 vise à aider les personnes chargées de réaliser des AIR à intégrer une analyse des politiques de concurrence. Une réglementation qui restreint inutilement la concurrence engendre pour la société des coûts que l'incorporation d'une analyse des politiques de concurrence peut permettre d'éviter. Ce chapitre indique comment cibler les politiques qui devraient faire l'objet d'une telle évaluation et comment évaluer l'impact sur la concurrence d'approches réglementaires potentielles dans le cadre de l'AIR. Concernant une série d'approches réglementaires, il traite des effets positifs escomptés de chacune d'elles, de leur impact éventuel sur la concurrence, des cas pouvant être adaptés à ces approches et des politiques de substitution éventuelles se prêtant à la réalisation des mêmes objectifs à moindre coût pour la société. On trouvera également dans ce chapitre des conseils sur la façon d'obtenir les meilleurs résultats en intégrant les évaluations d'impact sur la concurrence au cycle d'élaboration des politiques de réglementation, et des arguments selon lesquels même un investissement relativement faible de ressources publiques, s'il est réalisé systématiquement, peut permettre d'obtenir des avancées importantes sur le plan de l'intérêt général.

Introduction

La majorité des pays de l'OCDE appliquent désormais l'Analyse d'impact de la réglementation (AIR) à la plupart sinon à la totalité des nouvelles réglementations². L'AIR s'est rapidement imposée dans lesdits pays, surtout au cours des dix dernières années. L'OCDE a expliqué en ces termes ce recours croissant à l'AIR en tant qu'élément du processus de prise de décision réglementaire :

La conviction se répand que des règles de qualité sont celles qui donnent les résultats recherchés au moindre coût possible. On réalise mieux que toutes les actions de l'État impliquent des arbitrages entre différents usages des ressources disponibles ; de même, on accepte et on proclame de plus en plus que l'objectif fondamental de l'action publique, réglementation comprise, est de maximiser le bien-être social.

L'AIR repose sur des analyses coûts-avantages effectuées dans le cadre d'une comparaison qui met en balance les performances relatives de toutes les interventions politiques envisageables pour atteindre l'objectif fondamental poursuivi.

L'expansion de l'AIR a amené nombre de pays de l'OCDE à élargir la portée de leur politique et de leur droit commun de la concurrence et permis une application de plus en plus efficace des dispositions correspondantes. Cette tendance résulte d'une constatation de plus en plus évidente : il est capital d'assurer une concurrence aussi effective que possible dans l'ensemble de l'économie pour atteindre les objectifs globaux de maximisation de la croissance économique et, par conséquent, du bien-être social.

L'examen des politiques du gouvernement, avec cet accent mis sur la concurrence : i) permet d'identifier celles qui limitent inutilement la concurrence; et ii) contribue à leur révision de manière à ce que la concurrence ne soit pas entravée indûment.

L'objectif de cette « évaluation de la concurrence » est de renforcer une concurrence bénéfique, qui résulte de la compétition entre fournisseurs désireux d'accroître leur clientèle. Dans ce processus de compétition, les fournisseurs tentent d'améliorer leur position en proposant de meilleures offres à leurs clients, par exemple, en diminuant leurs prix, en améliorant la qualité, ou en rapprochant leur offres des attentes de leurs clients. Les clients sont gagnants de ce type de rivalité. De toute évidence, il existe un lien très fort entre analyse sous l'angle de la politique de la concurrence et AIR : les objectifs de ces deux outils d'intervention reflètent une grande concordance. Les *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation* déclarent que la prise en considération de l'impact sur la concurrence devrait être intégrée au processus d'examen des réglementations en vigueur ou à l'état de projet. Toutefois, en pratique, la responsabilité de la conduite de l'AIR et celle de l'analyse sous l'angle de la politique de la concurrence incombent à différents services de l'administration, de sorte que ces deux formes interdépendantes d'analyse sont souvent mal coordonnées.

Quelques pays tentent actuellement d'intégrer AIR et analyse sous l'angle de la politique de la concurrence. Par exemple, au Royaume-Uni, l'évaluation d'impact sur la

concurrence fait obligatoirement partie de l'AIR depuis 2002. Au sein de la Commission européenne, l'évaluation d'impact sur la concurrence fait partie du processus AIR depuis 2005. Aux États-Unis, les lignes directrices en matière d'AIR exigent explicitement la prise en considération de l'impact sur les marchés. De même, la Politique nationale de la concurrence australienne exige que tous les documents de l'AIR précisent si la réglementation proposée est conforme aux conventions de cette politique et qu'ils étayent cette conclusion par une analyse. De tels mécanismes peuvent permettre de mieux prendre en considération des principes de politique de la concurrence à un stade précoce du processus global d'élaboration des politiques.

Le présent document vise à expliquer aux responsables de la politique de la concurrence chargés de piloter l'AIR les concepts et les questions essentielles associés aux analyses sous l'angle de ladite politique. Son but est d'aider les intéressés à utiliser l'analyse sous l'angle de la politique de la concurrence comme l'une des composantes de l'AIR. Dans la plupart des cas, l'évaluation d'impact sur la concurrence est une composante mineure de l'AIR. Cela étant, il arrive parfois qu'elle joue un rôle plus important et le présent document entend justement identifier les principales situations pouvant mériter une évaluation plus minutieuse de l'impact sur la concurrence.

Le document commencera par distinguer entre les caractéristiques différentes des approches en matière d'AIR et de politique de la concurrence, et à identifier l'avantage qui pourrait résulter pour l'AIR de l'inclusion explicite d'une évaluation d'impact sur la concurrence dans le processus d'analyse. Deuxièmement, le document proposera une « liste de référence » de la concurrence visant à faciliter l'identification des types de réglementation les plus susceptibles de restreindre inutilement la concurrence. Troisièmement, ce document examinera les incidences négatives pour la concurrence que la réglementation impose souvent. Quatrièmement, le document tracera les grandes lignes d'une approche pouvant servir utilement à l'évaluation d'impact sur la concurrence. Ce document cherche plus précisément à répondre aux questions suivantes :

- De quelle manière l'analyse de la politique de la concurrence est-elle liée à l'AIR?
- Peut-on inclure l'analyse de la politique de la concurrence dans l'AIR?
- Quels facteurs clés de la concurrence seraient pertinents dans une AIR?
- Quelles politiques méritent une analyse de la concurrence?
- À quel moment du processus d'élaboration d'une politique est-il opportun d'inclure une analyse de la concurrence?
- Qui doit être responsable de l'élaboration et de l'évaluation de l'analyse de la concurrence?
- Comment inciter les décideurs qui ne possèdent pas de responsabilités spécifiques en matière de qualité réglementaire ou de concurrence à préparer des évaluations nécessaires?
- Quels sont les moyens nécessaires pour l'analyse de la concurrence?

Il n'existe pas de recette simple pour établir le cadre institutionnel nécessaire à l'analyse de la politique de la concurrence. Les solutions envisageables pour une juridiction donnée dépendent d'un certain nombre de facteurs, tels que l'existence ou non d'un système fédéral, les ressources humaines disponibles dans les différents départements administratifs et le contexte politique. Ces solutions vont ainsi très probablement varier fortement d'une juridiction à une autre. Intégrer des agents disposant d'une expérience en matière de concurrence dans le processus d'analyse de la concurrence peut donner un cadre

analytique solide aux évaluations et permettre de couvrir l'ensemble des effets possibles sur la concurrence. Ce chapitre s'inspire d'expériences existantes pour identifier des options potentielles, sans pour autant vouloir dresser une liste exhaustive de ces options.

AIR et politique de la concurrence

L'analyse coûts-avantages effectuée dans le cadre de l'AIR compare généralement les résultats probables à l'aune de l'environnement économique et réglementaire existant et ne tient pas toujours compte des modifications des principaux paramètres affectant cet environnement. Par comparaison, l'analyse sous l'angle de la politique de la concurrence est généralement davantage tournée vers les évolutions futures. Elle porte en effet sur l'incidence de changements particuliers des conditions du marché pour l'intensité de la concurrence et, partant, sur leurs incidences probables en termes d'efficacité économique et d'avantages pour le consommateur.

Malgré ces différences générales d'approche, les lignes directrices en matière d'AIR demandent de plus en plus une évaluation d'impact sur la concurrence dans le processus d'analyse, ce qui réduit inévitablement lesdites différences dans de nombreux pays. Comme on l'a vu, le présent document s'inscrit dans cette tendance.

C'est surtout l'attention portée à l'efficacité dynamique du marché³ qui confère à l'évaluation d'impact sur la concurrence son utilité en tant qu'élément de l'évaluation globale de la réglementation. Cet élément peut en effet contribuer à éviter des réglementations restreignant excessivement l'activité du marché. Autre avantage de l'évaluation d'impact sur la concurrence, elle aide à identifier toutes les parties susceptibles d'être affectées par des propositions de réglementation, en particulier celles qui vont être indirectement touchées. Cela peut contribuer à réaliser une consultation de type AIR suffisamment exhaustive et donc plus efficace.

Le recours à une série de questions-tests (ou « liste de référence ») aidant à identifier le moment où les réglementations proposées risquent le plus de réduire indûment les pressions concurrentielles constitue un moyen pratique pour réaliser l'évaluation d'impact sur la concurrence. Dans les situations risquant le plus de réduire ces pressions, une évaluation minutieuse s'impose. Toutefois, en ce qui concerne la plupart des réglementations, cette évaluation approfondie ne se justifie pas.

L'analyse sous l'angle de la politique de la concurrence en tant qu'élément de l'AIR

Comme il est démontré dans la section suivante, plusieurs questions clés se posent au stade de la conception de la structure générale d'une réglementation pouvant avoir un impact sur la concurrence. Ce constat indique que les autorités de la concurrence doivent s'efforcer de procéder à une évaluation d'impact sur la concurrence à un stade précoce de l'élaboration des réglementations. De même, l'OCDE conseille depuis longtemps « d'intégrer les AIR dans le processus d'élaboration des politiques, en commençant à un stade aussi précoce que possible ». Le message constamment adressé aux pouvoirs publics est donc parfaitement clair : ces deux formes d'analyse doivent être perçues comme des composantes à part entière de l'élaboration des politiques et non comme des « ajouts » ou des tâches pouvant être isolés des questions plus larges associées à cette élaboration.

Bien entendu, si une intervention réglementaire donnée peut parfois avoir un impact anticoncurrentiel, il n'en demeure pas moins qu'une bonne partie des réglementations

**Encadré 4.1. Liste de référence de la concurrence
pour la réalisation d'évaluations d'impact sur la concurrence**

Une évaluation d'impact sur la concurrence doit être réalisée si la proposition de réglementation a un ou plusieurs des 3 effets suivants :

1. Elle limite le nombre ou l'éventail des fournisseurs

Cela peut être le cas si la proposition :

- octroie à un fournisseur des droits exclusifs de fourniture de biens ou de services ;
- met en place un processus d'octroi de licence, de permis ou d'autorisation comme condition pour exercer ;
- limite la capacité de certaines catégories de fournisseurs à fournir un bien ou un service ;
- accroît sensiblement le coût d'entrée ou de sortie pour un fournisseur ;
- crée un obstacle géographique à la capacité des entreprises à fournir des biens ou services, à investir des capitaux ou à procurer de la main-d'œuvre.

2. Elle limite la capacité de fournisseurs à prendre part à la concurrence

Cela peut être le cas si la proposition :

- contrôle ou influence substantiellement les prix des biens ou des services ;
- limite la liberté pour les fournisseurs de faire de la publicité ou de commercialiser leurs biens ou leurs services ;
- fixe des normes de qualité des produits qui accordent un avantage à certains fournisseurs par rapport à d'autres ou qui imposent un niveau d'exigence supérieur à celui que de nombreux clients bien informés choisiraient ;
- accroît sensiblement les coûts de production de certains fournisseurs par rapport à d'autres (notamment en traitant différemment les fournisseurs en place et les nouveaux venus).

3. Elle réduit les incitations pour les fournisseurs à se livrer une concurrence intense

Cela peut être le cas si la proposition :

- crée un régime d'autoréglementation ou de coréglementation ;
- impose ou encourage la publication d'informations sur les produits, les prix, le chiffre d'affaires ou les coûts des fournisseurs ;
- exempte l'activité d'un secteur particulier ou d'un groupe particulier de fournisseurs de l'application du droit commun de la concurrence ;
- réduit la capacité des consommateurs à changer de fournisseur de biens ou services en augmentant le coût explicite ou implicite de l'opération.

n'exerce que peu ou pas d'effet sur la concurrence au sein d'un secteur ou d'un marché donné. Par conséquent, l'une des tâches fondamentales consiste à déterminer – par le biais d'une « liste de référence de la concurrence » – si une réglementation particulière a de fortes chances d'avoir un impact anticoncurrentiel important et, à ce titre, si elle mérite une analyse plus détaillée et plus technique.

La « liste de référence de la concurrence » présentée dans l'encadré 4.1 a été conçue comme un outil pour aider les pouvoirs publics à procéder à une évaluation initiale. Cette liste permet de disposer d'un simple test pouvant être appliqué à une réglementation proposée pour déterminer si une analyse de son impact sur la concurrence est

probablement requise. Si l'on trouve un ou plusieurs des trois types essentiels de limitation de la concurrence identifiés dans la liste de référence, une évaluation complète des impacts sur la concurrence se justifie. Le détail de cette évaluation complète peut être proportionnel à l'ampleur du préjudice potentiel pour la concurrence. Il peut donc être justifié de formuler un jugement pour déterminer l'ampleur apparente de la limitation identifiée et ainsi étayer la formulation de décisions sur l'ampleur et la portée de l'évaluation complète des impacts sur la concurrence qui est nécessaire. Si, compte tenu des circonstances et de l'expérience passée, il est peu probable que la proposition de réglementation aboutisse à une limitation sensible de la concurrence, l'évaluation complète de ses impacts sur la concurrence peut être rapide et concise.

Examen des principales formes de limitation de la concurrence

La section ci-après donne plus de précisions sur l'importance de chacun des trois grands types de limitation de la concurrence mis en évidence dans la liste de référence. Elle est destinée à donner des conseils aux responsables sur la manière d'entreprendre une « analyse initiale d'impact sur la concurrence » au cas où la « liste de référence » aurait révélé la nécessité de cette opération. L'un des objets importants de cet examen consiste à définir les objectifs que les pouvoirs publics veulent généralement atteindre au moyen de chacun des types identifiés de réglementation anticoncurrentielle. En général, on définira une série de solutions de rechange susceptibles d'aboutir à ces objectifs tout en étant moins restrictives. On identifiera aussi les cas dans lesquels des réglementations présentant certains types d'effets anticoncurrentiels peuvent être justifiables et on donnera des indications sur la façon de minimiser ces effets anticoncurrentiels.

La liste de référence organise l'éventail des limitations spécifiques de la concurrence identifiées sous trois grandes têtes de chapitre qui correspondent aux grandes catégories générales de limitations de la concurrence. Toutefois, il faut admettre que certaines limitations spécifiques peuvent avoir trait à plusieurs de ces grandes catégories. Par exemple, la création d'un régime d'autoréglementation ou de coréglementation peut aboutir à limiter le nombre ou la diversité des fournisseurs ou encore à limiter leur capacité à participer au jeu de la concurrence. En conséquence, l'attribution de chaque type de limitation de la concurrence à une grande catégorie particulière a été faite en fonction du résultat le plus courant du recours à cette limitation. Les analystes doivent néanmoins prendre en considération l'ensemble des impacts anticoncurrentiels possibles associés à chaque type de limitation.

Cette section du document identifie une série de dispositions réglementaires communes pouvant avoir un impact anticoncurrentiel important sur un marché donné. Elle décrit la nature et l'étendue dudit impact et évalue son acceptabilité, ainsi que les solutions de rechange éventuelles susceptibles d'atteindre les objectifs sous-tendant fréquemment le recours aux dispositions concernées. La discussion qui suit revêt un caractère général et vise à introduire ces concepts auprès d'agents non spécialisés. Un document parallèle contient des conseils supplémentaires.

Limitations du nombre ou de l'éventail des fournisseurs

Une réglementation qui limite le nombre de producteurs susceptibles d'approvisionner un marché porte en elle le risque de création d'une puissance sur le marché⁴ et d'une certaine inhibition des facteurs de concurrence. Lorsque le nombre de fournisseurs diminue, la possibilité de coopérations (ou de collusions) entre eux augmente. Le recul correspondant

des pressions de la concurrence va dès lors avoir tendance à réduire l'innovation et les incitations à répondre efficacement aux attentes des consommateurs, au détriment de l'efficacité économique au sens dynamique du terme. De même, une réduction de la concurrence par les prix aboutit à des transferts des consommateurs vers les producteurs. L'octroi de droits exclusifs, l'introduction de mécanismes de licence et de permis ou les restrictions à l'encontre de la participation aux procédures d'attribution de marchés publics constituent trois formes très courantes de limitation par la réglementation du nombre de fournisseurs. Les réglementations qui accroissent sensiblement le coût d'entrée ou de sortie sur un marché et celles qui introduisent des restrictions géographiques à la circulation des biens ou des services peuvent aussi limiter concrètement le nombre ou la diversité des fournisseurs sur un marché donné. De plus, d'autres formes de limitation du nombre de fournisseurs existent aussi et, lorsqu'on en met en évidence, il convient de les examiner sous l'angle de la concurrence. Lorsqu'une restriction limite la concurrence sur un marché, elle peut aussi avoir des effets « induits » sur les marchés des produits complémentaires ainsi que des produits de substitution. L'évaluation d'impact sur la concurrence doit donc s'efforcer d'identifier ces effets induits.

Octroi de droits exclusifs

Avantages attendus de ces dispositions. L'octroi d'un droit exclusif intervient fréquemment dans le cadre d'un « monopole naturel » : la situation dans laquelle le coût marginal de la production d'une unité supplémentaire du bien continue à baisser jusqu'à ce que l'échelle de production soit telle qu'un seul fournisseur peut répondre à l'intégralité de la demande émanant du marché concerné. Dans ce cas, le gouvernement accordait parfois un droit exclusif afin de garantir l'approvisionnement des consommateurs au plus bas coût possible, tout en réglementant la conduite du fournisseur auquel ce droit a été attribué de manière à l'empêcher le plus possible d'exploiter sa position dominante sur le marché. Toutefois, l'étendue des monopoles naturels, jadis généralement très grande, tend nettement à diminuer depuis quelque temps.

L'octroi d'un droit exclusif, surtout pour une longue période, a également souvent été considéré comme un moyen de soutenir ou d'encourager les investissements massifs ou stratégiques dans des infrastructures. Les pouvoirs publics ont souvent considéré que ces investissements ne peuvent se concrétiser sans les mesures incitatives que constitue la garantie d'accès au marché inhérente à des droits exclusifs. Toutefois, cette politique a parfois débouché sur un surinvestissement.

Nature et étendue de l'impact anticoncurrentiel. L'octroi du droit exclusif de produire un certain bien ou de fournir un certain service constitue de toute évidence un cas extrême de « barrière à l'entrée ». En effet, il représente l'établissement d'un monopole privé réglementé. Cette forme de réglementation a nécessairement un impact anticoncurrentiel substantiel. Les évolutions technologiques récentes ont sensiblement modifié la nature de certaines activités précédemment monopolistiques et peuvent permettre la désagrégation de monopoles autrefois en éléments concurrentiels et en éléments monopolistiques.

Indications d'utilisation et mesures potentielles de remplacement. L'un des problèmes fondamentaux concernant l'octroi d'un droit exclusif pour une longue période tient au fait que l'évolution technologique peut rendre caduques les raisons ayant motivé l'octroi initial bien avant l'expiration du droit. De plus, une entreprise jouissant d'un monopole d'État

détient généralement une position de force par rapport à l'autorité de tutelle cherchant à l'empêcher d'exploiter sa position dominante sur le marché. Ceci, plus le besoin d'une approche réglementaire très élaborée en pareil cas, explique les succès mitigés rencontrés par les autorités de tutelle dans leurs tentatives de prévention des abus de position dominante et de protection des consommateurs.

Cela étant, il peut y avoir des circonstances dans lesquelles l'octroi d'un droit exclusif constitue le seul moyen de s'assurer qu'un service particulier sera proposé sur le marché. Néanmoins, les autorités de tutelle devraient se demander s'il n'existe pas d'autres solutions viables moins restrictives sous l'angle de la concurrence. S'il n'y a pas d'autres solutions, les autorités de tutelle sont invitées à envisager la mise aux enchères d'un droit exclusif. Si le droit est octroyé, il convient d'accorder une attention particulière à la conception de la réglementation, par exemple, s'il vaut mieux adopter une démarche « prix de revient majoré » ou une « réglementation du taux de rendement » ou encore une « réglementation par un plafonnement du prix ». De plus, le partage du droit exclusif entre deux ou trois parties permet souvent de préserver partiellement la dynamique concurrentielle tout en procurant les avantages escomptés.

Instauration d'un système de licence ou de permis obligatoire pour exercer

Avantages attendus de ces dispositions. Les licences servent généralement à assurer avec une grande certitude que seuls des fournisseurs qui satisfont aux normes fixées peuvent entrer dans un secteur. Les conditions d'attribution de licences comprennent généralement une exigence minimum de qualifications – comme un niveau d'instruction ou une expérience pratique minimums – de la part des membres de groupes professionnels tels que certains métiers de la santé. Elles sont souvent mises en œuvre pour atteindre des objectifs tout à fait fondés de protection du consommateur. Plus précisément, lorsque des consommateurs ont du mal à se faire une opinion sur la compétence des praticiens, les conditions de qualification peuvent contribuer à prévenir les dommages induits par une pratique incompétente. Parmi les autres conditions courantes, on retiendra des normes minimums d'assurance qui peuvent présenter d'importants avantages pour la protection du consommateur lorsqu'il y a la possibilité de pertes substantielles pour le consommateur en cas de faillite d'une entreprise, d'incompétence ou de fraude (par exemple, les mutations de biens, les agences de voyage).

Nature et étendue de l'impact anticoncurrentiel. Lorsqu'elle aboutit à dresser des barrières à l'entrée qui sont plus contraignantes que nécessaire pour atteindre les objectifs de la réglementation, la réglementation peut avoir pour effet de favoriser « une protection du producteur » et elle va souvent être voulue par les producteurs existants au motif de la nécessité de promouvoir la « stabilité du marché ». Dans le cadre d'une obligation de détenir une licence pour exercer, l'ampleur de la restriction effectivement imposée à l'entrée devrait être importante, car les conditions de qualification sont souvent complétées par d'autres éléments, comme des évaluations de personnalité. Ces tests de personnalité peuvent aussi être appliqués aux administrateurs de société lorsque l'obligation de licence s'applique aux sociétés plutôt que des personnes physiques exerçant un métier. Parmi les conditions d'agrément de société, on retiendra la nécessité pour certaines assurances de disposer d'un fonds de roulement dépassant un certain montant. Il est courant que des « limites douces » restreignent le nombre d'entreprises ou de praticiens autorisés à opérer dans une branche d'activité. Lesdites limites peuvent notamment être appliquées sous forme de test « d'intérêt

public » requérant des entrants potentiels qu'ils apportent la preuve du « besoin » d'un service supplémentaire et, parfois, de l'innocuité de leur arrivée pour l'activité commerciale des personnes physiques ou morales déjà présentes dans la branche considérée.

De plus, certaines exigences de la réglementation peuvent avoir pour effet d'accroître la pression exercée sur une partie des fournisseurs pour qu'ils quittent la branche d'activité en raison de leur incapacité partielle à s'y conformer et risquent donc d'avoir un effet négatif sur la concurrence, surtout si des barrières importantes à l'entrée des nouveaux venus ont déjà été érigées. Les restrictions à la sortie sont moins facilement identifiables et sans doute moins courantes que les restrictions à l'entrée. Elles peuvent inclure l'obligation excessivement onéreuse de verser des indemnités de départ au personnel ou la perte de garanties de bonne exécution non remboursables.

Indications d'utilisation et mesures potentielles de remplacement. La recherche d'une « stabilité du marché » constitue généralement un piètre motif pour imposer des restrictions à l'entrée dans un secteur par la voie réglementaire, car le caractère effectif de la concurrence est de plus en plus reconnu comme un concept dynamique englobant nécessairement la possibilité que des fournisseurs disparaissent et requérant également la préservation d'un flot régulier de nouveaux venus (ou, au moins, de la possibilité d'entrer) dans une branche comme garantie du maintien de normes élevées d'innovation et de réaction aux demandes du consommateur.

Comme on l'a suggéré plus haut, les conditions relatives aux qualifications professionnelles sont le plus souvent légitimes lorsque les consommateurs sont mal placés pour se forger leur propre opinion sur la compétence d'un praticien et lorsque les conséquences (c'est-à-dire les dommages potentiels) pour les consommateurs d'un mauvais choix sont graves et irréversibles. Comme dans de nombreux domaines de la réglementation, un principe fondamental vise la définition de restrictions pas plus contraignantes que nécessaire pour atteindre les objectifs de la réglementation. Des normes de qualifications encore plus contraignantes peuvent sensiblement avantager les producteurs aux dépens des consommateurs en limitant l'entrée et donc la concurrence. Les normes de qualité des produits ne doivent pas être plus rigoureuses que nécessaire pour assurer la sécurité des consommateurs. Par exemple, les limitations de la taille des fournisseurs ne doivent pas être fixées à un niveau tel qu'elles produisent des impacts anticoncurrentiels substantiels.

Lors de l'analyse du besoin d'obligations contraignantes en matière d'assurance, de garanties de bonne exécution etc., il convient de prêter attention à la nature et l'étendue des dommages pouvant être causés au consommateur par un mauvais procédé ou une défaillance d'un prestataire de services. De plus, la capacité des consommateurs de se renseigner eux-mêmes sur ces dommages potentiels et de se protéger en choisissant des prestataires en connaissance de cause est également un facteur pertinent; il convient en outre de voir dans les politiques susceptibles d'accroître ladite capacité une démarche alternative.

Limitation de la capacité de certaines catégories de fournisseurs à fournir un bien ou un service

Les mesures tendant à limiter la capacité de certains types de fournisseurs à participer à des marchés publics supposent souvent que la marque d'une certaine préférence (qui peut être ou non explicite) soit accordée à des fournisseurs établis dans une certaine région, dans un certain État ou pays. Ou encore, elles peuvent accorder une préférence à des fournisseurs qui présentent d'autres caractéristiques jugées désirables, par exemple en réservant un

quota de participation aux petits fournisseurs ou à ceux qui appliquent des mesures d'emploi particulières. Dans des cas extrêmes, ces mesures peuvent complètement interdire à d'autres fournisseurs que ceux qui se conforment aux caractéristiques préférées, de participer à des procédures d'attribution de marchés publics.

Avantages attendus de ces dispositions. Les objectifs sous-tendant des limitations des types de fournisseurs admis à participer aux marchés publics peuvent être multiples. Les restrictions sans doute les plus courantes sont les mesures de préférence nationale ou de préférence pour un État, qui visent à encourager une activité économique dans une zone privilégiée, souvent en ce qui concerne certains secteurs considérés comme d'importance « stratégique ». Les mécanismes de préférence peuvent donc être utilisés à l'appui d'une politique protectionniste générale, ou dans le cadre d'une politique régionale, d'une politique industrielle ou d'une politique en faveur des petites entreprises, entre autres. Leur efficacité découle de la position de force sur le marché détenue par les pouvoirs publics en tant qu'acheteurs de premier plan de nombreux biens et de services.

Nature et étendue de l'impact anticoncurrentiel. Limiter la participation aux marchés publics tend à accroître le coût des achats des pouvoirs publics en limitant la concurrence sur ces marchés. Compte tenu de la taille globale des budgets consacrés aux marchés publics, l'importance relative de ces restrictions est sans doute considérable. De plus, il y a là une source importante de conflit entre ces mécanismes préférentiels et d'autres champs d'action des pouvoirs publics. Par exemple, la préférence accordée aux fournisseurs d'une région particulière peut entrer en conflit avec d'autres dispositions en faveur des petites entreprises.

Indications d'utilisation et mesures potentielles de remplacement. Les mécanismes de préférence peuvent avoir des incidences sensibles en raison de la position de force des pouvoirs publics en tant qu'acheteurs. Toutefois, il est fort possible que ces mécanismes entrent en conflit avec d'autres objectifs des pouvoirs publics. C'est peut-être pourquoi, au fil du temps, de nombreux mécanismes préférentiels ont abandonné le principe de l'exclusion absolue des groupes non favorisés au profit de préférences relatives pour des groupes favorisés. De plus, nombre de ces mécanismes ont disparu en raison de conflits avec des obligations contractées aux termes de traités commerciaux internationaux.

Il existe dans bien des domaines des solutions de rechange pour atteindre les objectifs des pouvoirs publics recherchés par les mécanismes de préférence. Par exemple, lorsqu'il s'agit de promouvoir des objectifs de politique régionale, ces solutions comprennent une panoplie d'aides directes ou de dépenses fiscales, la mise en place d'une réglementation plus favorable dans des domaines essentiels ou encore l'utilisation de campagnes de publicité ou de sensibilisation. Lorsqu'il s'agit de promouvoir les petites entreprises, des solutions de taxes ou d'aides temporaires et des démarches plus souples en matière de réglementation peuvent aussi constituer des solutions de rechange adaptées.

Accroissement sensible des coûts d'entrée ou de sortie

Avantages attendus de ces dispositions. Exemple courant de réglementation qui accroît les coûts d'entrée, celles qui imposent des normes plus rigoureuses d'essai des produits. Autre exemple, l'imposition de normes de fonds propres ou, plus généralement, d'obligation pour les entreprises de démontrer leur « capacité financière ». Parmi les réglementations qui accroissent les coûts de sortie, on retiendra celles qui durcissent les normes de dépollution concernant d'anciens sites industriels. Ces formes de

réglementation peuvent servir plusieurs objectifs, notamment des objectifs de protection des consommateurs ou de l'environnement. Dans bien des cas, les solutions de rechange pour atteindre ces objectifs peuvent être rares. Pour cette raison, les pouvoirs publics sont parfois intervenus pour minimiser les incidences de ces dispositions pour la concurrence en accordant des exemptions ciblées ou en apportant une aide aux fournisseurs en vue de leur permettre de respecter ces dispositions. Par exemple, les constructeurs de petits véhicules sont souvent exemptés de certains aspects de la réglementation sur les essais des véhicules ou sont soumis à des protocoles d'essai moins onéreux.

Nature et étendue de l'impact anticoncurrentiel. Les réglementations qui accroissent les coûts d'entrée sur le marché ou les coûts de sortie du marché vont avoir tendance à réduire le nombre d'intervenants sur ce marché. Il faut enregistrer un chiffre d'affaires brut plus important dans ces conditions pour que l'entrée dans le secteur génère un taux de rentabilité donné. De plus, l'accroissement des coûts de sortie va accroître les risques inhérents à l'entrée. En conséquence, il y a un risque important d'atténuation de la concurrence observée sur le marché.

Indications d'utilisation et mesures potentielles de remplacement. Les réglementations qui fixent des normes rigoureuses d'essai des produits sont sans doute justifiées lorsque l'utilisation de ces produits comporte des risques importants de graves blessures pour les consommateurs. De même, d'autres réglementations qui accroissent les coûts d'entrée en imposant certaines assurances ou la démonstration d'une certaine capacité financière se justifient sans doute lorsque les consommateurs courent des risques financiers substantiels en cas de faillite, d'incompétence ou de fraude de la part des fournisseurs.

Dans certaines circonstances, on peut envisager des solutions de remplacement comme la fourniture de plus d'informations ou des normes de publicité sur les produits. Dans d'autres cas, la réglementation peut être nécessaire même si elle accroît les coûts d'entrée et il s'agit alors avant tout de minimiser l'impact anticoncurrentiel potentiel en veillant à ce que les conditions soient fixées au minimum nécessaire pour assurer une protection convenable du consommateur.

Les restrictions aux mouvements entre États (ou infranationaux) des biens, des services, des capitaux et de la main-d'œuvre

Avantages attendus de ces dispositions. Historiquement, nombreuses sont les réglementations qui limitaient le mouvement transfrontière des biens, des services, des capitaux ou de la main-d'œuvre. Ces limitations peuvent être considérées comme un sous-ensemble de la catégorie générale des « barrières à l'entrée » analysée plus haut. Les restrictions réglementaires au mouvement des biens et services ou des capitaux et de la main-d'œuvre sont souvent mises en œuvre en tant qu'outil de politique régionale. En fait, les pouvoirs publics les appliquent dans le but d'essayer de maintenir ou d'accroître la viabilité d'économies régionales. Les autres objectifs inspirant parfois ces orientations (surtout au niveau national) sont l'autosuffisance ou la protection des « champions nationaux » (au nom du prestige ou pour d'autres considérations).

Les restrictions protectrices sont parfois imposées dans le contexte particulier des « industries naissantes⁵ » ; elles sont alors perçues comme provisoirement nécessaires pour assurer l'apparition d'une industrie locale dans une économie caractérisée par un relatif sous-développement. Toutefois, il existe un risque de voir ces protections « temporaires » se

muer en arrangements quasi permanents en raison des pressions exercées par les fournisseurs locaux qui bénéficient de la pérennité de ces mesures de protection.

Nature et étendue de l'impact anticoncurrentiel. Les limitations de la circulation géographique des biens et des services, s'appliquant à des échanges qui pourraient autrement se révéler techniquement et économiquement possibles, provoquent une réduction artificielle de la taille effective du marché du bien ou du service concerné. Cette réduction peut générer plusieurs effets anticoncurrentiels potentiels. Premièrement, elle accroît inévitablement le risque de provoquer sur le marché considéré une concentration favorable à la possibilité d'une exploitation par les producteurs de leur position dominante. Deuxièmement, l'apparition d'un marché plus petit et plus isolé est souvent propice à une réduction de l'innovation, une différenciation des produits, etc., de sorte que les consommateurs risquent d'être moins bien servis. On peut aussi s'attendre à ce que le rythme des entrées se ralentisse au point que les nouveaux venus potentiels éprouvent des difficultés accrues à prendre pied sur un marché devenu – par la force de la réglementation – géographiquement et économiquement plus petit.

Indications d'utilisation et mesures potentielles de remplacement. Ces dernières années, on a pris de plus en plus conscience des préjudices pouvant être portés à la concurrence par la limitation de la circulation des biens, des services, du capital et de la main-d'œuvre. En fait, dans le cadre européen, la libre circulation des biens, celle des services, celle des capitaux et celle de la main-d'œuvre ont été désignées comme les « quatre libertés » servant de fondement au programme du Marché unique en vigueur depuis 1992.

En général, les contextes dans lesquels de telles restrictions risquent de s'avérer avantageuses sous l'angle du rapport coûts-avantages sont relativement rares. C'est pourquoi les autorités devraient adopter à l'égard des propositions de réglementation prévoyant de telles restrictions l'attitude sceptique généralement préconisée. À supposer que des restrictions soient malgré tout imposées, il faudra les évaluer en fonction de plusieurs facteurs et notamment : de l'existence d'un lien clair entre la restriction considérée et la poursuite d'un objectif politique spécifique et identifié; de la question de savoir si les restrictions ne sont pas plus contraignantes que nécessaire à la réalisation de cet objectif; de la probabilité – établie à l'issue d'une analyse rationnelle – que ledit objectif sera atteint grâce aux restrictions; et de dispositions réglementaires limitant explicitement la période pendant laquelle les restrictions resteront en vigueur.

Limitation de la capacité de fournisseurs à prendre part à la concurrence

L'existence d'un grand nombre de fournisseurs n'est pas une condition suffisante au développement de marchés fortement concurrentiels. Il doit y avoir aussi de fortes incitations à la concurrence entre fournisseurs de biens et de services. La réglementation sous la forme d'une loi générale sur la concurrence a un rôle important à jouer en mettant hors la loi une série de conduites anticoncurrentielles (par exemple, les ententes sur les prix, les répartitions de marché). Cela étant, la réglementation peut aussi sensiblement réduire la capacité des fournisseurs à participer au jeu de la concurrence. Sous leur forme la plus manifeste, ces restrictions peuvent prendre la forme de mesures de contrôle des prix. Ou encore, la réglementation peut limiter les modalités de vente des produits ou la publicité les concernant ou peut fixer des normes de produit difficiles à respecter pour certains fournisseurs. On a aussi pu observer diverses autres réglementations restreignant

la capacité de participer au jeu de la concurrence, notamment les limitations des bénéfiques ou des parts de marché, les contingents de production, etc.

Mesures de contrôle des prix de vente des biens ou services

Avantages attendus de ces dispositions. Des réglementations des prix maximums sont fréquemment introduites comme corollaire nécessaire de barrières à l'entrée sur le marché. Par exemple, l'entrée sur le marché des taxis est fortement restreinte dans la plupart des pays, ce qui entraîne le développement d'une demande excédentaire substantielle de services de taxi au fil du temps. Sur un marché qui se caractérise par un excédent important de la demande, on peut s'attendre à des hausses de prix considérables. Dans ce contexte, on introduit une réglementation fixant des prix maximums en vue de protéger les consommateurs. À l'inverse, lorsqu'on a eu recours à une réglementation fixant des prix minimums, cela a parfois été en réaction à une concurrence extrêmement vive sur les prix et de peur que certains intervenants ne fassent appel à des « prix d'éviction »⁶. Dans ces cas, la réglementation fixant des prix minimums passe généralement comme un moyen de protéger les petits producteurs, ou les producteurs locaux ou encore des producteurs moins efficaces contre une concurrence « déloyale ».

Nature et étendue de l'impact anticoncurrentiel. Les mesures de contrôle des prix auxquels des produits sont vendus faussent directement le jeu normal des mécanismes et règles du marché. Lorsqu'on fixe des prix minimums, on empêche les fournisseurs affichant les plus faibles coûts de gagner des parts de marché en proposant une offre plus intéressante aux consommateurs. De même, lorsqu'il existe des prix maximums, les incitations à fournir des produits nouveaux ou de grande qualité peuvent être sensiblement réduites. Là encore, la capacité dynamique du marché à réagir aux préférences des consommateurs se trouve sensiblement limitée. Les lois sur les prix minimums peuvent aussi permettre à des producteurs inefficaces de demeurer sur le marché, empêchant ainsi le redéploiement des ressources à d'autres fins, plus productives. De ce fait, les mesures de contrôle des prix réduisent l'efficacité économique.

Indications d'utilisation et mesures potentielles de remplacement. La réglementation des prix constitue rarement le moyen le plus efficace ou le plus efficace d'atteindre les objectifs évoqués précédemment. Par exemple, dans le cas du marché des taxis, il est plus judicieux pour protéger les consommateurs de remédier aux limitations de l'offre sur le marché. En ce qui concerne la crainte de « prix d'éviction », le recours au droit général de la concurrence constitue sans doute aussi une solution de rechange supérieure. En conséquence, une réglementation qui se propose de contrôler les prix doit faire l'objet d'un examen particulièrement rigoureux.

Restrictions visant la publicité et la commercialisation

Avantages attendus de ces dispositions. Les réglementations restreignent parfois la capacité d'assurer la publicité ou la commercialisation de biens et services. Ces réglementations sont souvent là pour prévenir la publicité trompeuse ou mensongère, tout en admettant le rôle positif de la publicité et des techniques de commercialisation pour transmettre des informations aux consommateurs et les aider à faire leurs choix sur le marché. L'interdiction de la publicité trompeuse ou mensongère fait en sorte que les choix que présente un marché concurrentiel ne vont pas être remis en cause par des tromperies et préserve la confiance du consommateur dans le marché. Certaines restrictions accessoires,

comme l'obligation pour les vendeurs de disposer d'éléments compétents et fiables étayant leurs informations, sont nécessaires pour éviter efficacement les tromperies, surtout lorsqu'il est difficile d'obtenir des preuves de la fausseté des affirmations. Dans de rares cas où les produits ou services peuvent être préjudiciables dans certaines circonstances, des mesures générales de divulgation sont utiles pour sensibiliser les consommateurs au dommage éventuel. Parmi les exemples courants, on retiendra la divulgation du lien entre fumer des cigarettes et le cancer dans les publicités sur le tabac ou les informations détaillées qui accompagnent la publicité pharmaceutique dans la plupart des pays qui autorisent cette publicité. Même si certains ont plaidé pour des restrictions de la publicité pour limiter la consommation de biens ou de services réputés avoir une valeur socialement négative ou se prêter à une consommation excessive, ces restrictions ont généralement été inefficaces et n'ont pas permis de réduire l'utilisation de ces produits. En pareils cas, des restrictions de la publicité réduisent simplement les informations à la disposition des consommateurs, leur choix et la concurrence, et elles accroissent les prix et les bénéfices.

À d'autres moments, la publicité ciblant certains groupes (par exemple, les enfants) peut être limitée sachant que cette publicité peut être perçue de façon différente par les membres de ces groupes que par d'autres personnes. Une approche courante consiste à juger de la déception à travers les yeux des membres du groupe ciblé par la publicité. Dans certains cas, comme la publicité pour le tabac et l'alcool en direction des enfants, notamment lorsque la vente d'alcool ou de tabac aux mineurs est interdite, le préjudice porté à la santé publique peut entièrement primer sur l'éventuel avantage de la publicité pour le consommateur et cette publicité peut être tout simplement interdite. Les restrictions de ce type, lorsqu'elles sont circonscrites avec soin de manière à ne pas leur conférer une portée trop large, peuvent présenter des avantages notables pour la société.

Nature et étendue de l'impact anticoncurrentiel. Dans de nombreux cas, les restrictions visant la publicité ou les modalités de commercialisation sont trop importantes et ont pour effet de réduire exagérément la concurrence. Pareilles restrictions risquent de s'avérer particulièrement onéreuses pour les entreprises désirant prendre pied sur les marchés concernés, dans la mesure où elles empêchent celles-ci d'informer les consommateurs potentiels de leur présence, ainsi que de la nature et de la qualité des biens et services qu'elles peuvent leur proposer.

À cet égard, les restrictions à la publicité comparative soulèvent de vives préoccupations, notamment lorsqu'elles limitent les comparaisons de prix. Or le prix est un élément important dans le choix des consommateurs et toute restriction limitant la capacité de ces derniers de se renseigner sur les diverses tarifications à un coût minime menace clairement l'efficacité du marché.

De nombreux secteurs ont réussi à se protéger de la concurrence par des restrictions à l'encontre de la publicité et des modalités de commercialisation. Cela a été notamment le cas des professions libérales. Dans le cas d'une réglementation des professions traditionnellement confiée aux membres de la profession eux-mêmes, les membres de ces secteurs ont affirmé que la publicité peut être considérée comme « non éthique » et que les membres de la profession sont en grande partie motivés par l'altruisme, les gains financiers étant une considération secondaire. Ces prétentions ne résistent pas à un examen attentif. Des études ont montré que les limitations à l'exercice commercial de professions ne contribuent guère, voire nullement, à la protection des consommateurs,

mais plutôt à réduire sensiblement le choix et l'accès des consommateurs à ces services et à accroître sensiblement les coûts.

Indications d'utilisation et mesures potentielles de remplacement. Les lois générales de protection des consommateurs comportent presque toujours des interdictions à l'encontre des pratiques de publicité trompeuses ou mensongères. Ces lois contribuent à promouvoir l'efficacité des marchés et sont en fait favorables à la concurrence. Il peut aussi y avoir des circonstances limitées dans lesquelles des restrictions supplémentaires se justifient pour certains biens ou services, mais il convient d'évaluer soigneusement leur opportunité sous l'angle d'une comparaison coûts-avantages. Il convient aussi de peser le risque de voir les restrictions à la publicité favoriser le maintien d'une asymétrie de l'information pénalisant le consommateur et réduisant l'efficacité économique. Parmi les autres instruments dont on dispose lorsqu'il s'agit de décourager une « surconsommation », on retiendra les campagnes d'information et les impôts sur la consommation. Il s'agit là de moyens plus directs de traiter le problème mis en évidence pour l'action des pouvoirs publics.

Fixation de normes de produit avantageant certains fournisseurs sur d'autres ou d'un niveau d'exigence supérieur à celui que de nombreux consommateurs bien informés choisiraient

Avantages attendus de ces dispositions. Les normes minimums de produit sont généralement fixées pour servir des objectifs de protection des consommateurs en présence de défaillances du marché, notamment d'asymétrie de l'information. Cependant, lorsqu'elles prévoient un niveau excessivement élevé, elles peuvent réduire les avantages pour le consommateur en l'empêchant d'opter pour une offre moins chère (mais de moindre qualité) sur le marché. En conséquence, les normes de qualité des produits ne devraient pas être fixées à un niveau supérieur à celui requis pour assurer la sécurité minimale requise pour le consommateur. Les normes d'émission liées à des processus productifs visent à l'évidence à atteindre des objectifs sociaux généraux. Ces objectifs constituent manifestement des ambitions légitimes de la réglementation. Toutefois, les possibilités d'impact anticoncurrentiel mises en évidence précédemment mettent en relief la nécessité de peser soigneusement les coûts et les avantages de la réglementation dans ce domaine.

Nature et étendue de l'impact anticoncurrentiel. Les réglementations fixant des normes qui s'écartent sensiblement des pratiques en cours peuvent sensiblement limiter la capacité des fournisseurs à participer au jeu de la concurrence sur le marché. Un exemple courant est celui des réglementations environnementales qui fixent des limites aux niveaux admissibles d'émissions de divers types de substances toxiques. Bien que ces réglementations soient souvent tout à fait opportunes et nécessaires en tant que moyen de protection de la santé publique et des équipements publics, elles peuvent fixer des niveaux conférant un avantage injuste à un petit nombre de fournisseurs en place jouissant d'un accès exclusif à certains types de technologies.

Un autre domaine dans lequel la définition de normes peut produire un impact anticoncurrentiel significatif est celui de la fixation de normes minimums de qualité pour des types particuliers de produits. Là encore, il peut y avoir des objectifs de réglementation sains en arrière-plan de cette démarche, généralement la protection des consommateurs contre les risques associés à l'utilisation du produit. Néanmoins, lorsque la norme est fixée à un niveau beaucoup plus exigeant que les pratiques en cours sur le marché, certains intervenants risquent d'avoir des difficultés pour respecter la norme, voire d'être dans

l'incapacité de le faire. Cela peut se produire, par exemple, lorsque seules certaines technologies de production (qui peuvent être protégées par des brevets) permettent de respecter les nouvelles normes minimums de qualité.

À supposer que les autres fournisseurs soient incapables, technologiquement, de répondre à cette condition légale, nombre d'entre eux risquent de s'avérer contraints d'abandonner leurs activités dans la branche, ce qui risque d'avoir un profond impact anticoncurrentiel. Lorsque les seuls moyens viables pour respecter les normes sont protégés par des brevets, les détenteurs de ces brevets peuvent avoir intérêt à refuser d'accorder des licences à des concurrents potentiels, de façon à disposer d'avantages concurrentiels sur le marché. Autre cas de figure, même lorsque la protection par un brevet ne pose pas de problème, des fournisseurs de moindre envergure, ou ceux qui sont moins bien dotés en ressources, risquent de ne pas pouvoir se permettre les investissements massifs qui peuvent être nécessaires pour se doter de la nouvelle technologie et pouvoir ainsi respecter les nouvelles normes des produits.

Indications d'utilisation et mesures potentielles de remplacement. Les évolutions des normes réglementaires concernant les produits ou processus de production ont tendance à se produire par paliers successifs, reflétant des changements progressifs des préférences et de la richesse de la société. Des changements ponctuels très importants des normes ont beaucoup plus de chances de produire des impacts anticoncurrentiels que des changements plus modestes.

Il n'est pas rare que des instruments de rechange procurent les avantages recherchés par l'application de normes minimums. Par exemple, lorsqu'on veut appliquer des normes minimums à des fins de protection des consommateurs, il est aussi possible de fournir directement les informations aux consommateurs sur les risques inhérents au produit ou d'imposer la divulgation de certaines caractéristiques du produit. Lorsqu'ils ont envisagé des modifications importantes des normes d'émission, les pouvoirs publics ont parfois cherché à minimiser leur impact anticoncurrentiel possible en apportant une aide financière, technique ou autre, à de petits fournisseurs notamment, pour mieux leur permettre de satisfaire aux nouvelles exigences.

Accroissement des coûts de certains fournisseurs par rapport à d'autres

Avantages attendus de ces dispositions. La forme sans doute la plus courante de réglementation qui accroît les coûts de certains fournisseurs par rapport à d'autres est ce que l'on appelle les « clauses de maintien des droits acquis ». Il s'agit de dispositifs exigeant des nouveaux venus dans une branche d'activité qu'ils se conforment à de nouvelles normes, plus exigeantes, tandis que les entreprises en place continuent à être soumises à des normes antérieures moins strictes. Plusieurs arguments sont invoqués pour justifier l'imposition de clauses de maintien des droits acquis dans des circonstances particulières. Concernant les qualifications professionnelles des praticiens, d'aucuns prétendent souvent qu'une longue expérience pratique vaut bien un niveau d'instruction plus élevé. Concernant les techniques de production, d'aucuns avancent qu'il convient de prévoir une période adéquate d'amortissement des coûts irrécupérables liés aux investissements réalisés dans des installations qui étaient conformes – à l'époque de leur mise en service – aux normes pertinentes, environnementales et autres.

Nature et étendue de l'impact anticoncurrentiel. Les « clauses de maintien des droits acquis » risquent de fausser substantiellement les relations concurrentielles au sein du secteur en accroissant les coûts de certains fournisseurs (à savoir les nouveaux venus sur le marché ou ceux qui mettent en œuvre de nouveaux processus) dans des proportions sensiblement plus fortes que pour d'autres fournisseurs. Cela peut empêcher l'arrivée de nouveaux venus et freiner ainsi l'innovation ainsi que l'intensité de la concurrence sur le marché.

Indications d'utilisation et mesures potentielles de remplacement. L'impact anticoncurrentiel des clauses de maintien des droits acquis peut être minimisé en limitant leur durée dans le temps et en accordant une exemption strictement proportionnelle aux raisons ayant motivé leur octroi initialement. Plus généralement, cependant, il convient d'adopter une attitude sceptique concernant les arguments en faveur de l'octroi de clauses de maintien des droits acquis, car celles-ci s'efforcent souvent de protéger des intérêts acquis contre une concurrence potentielle.

Réductions des incitations pour les fournisseurs à se livrer une concurrence intense

La précédente section met en relief la capacité de la réglementation à réduire les occasions pour les fournisseurs de se concurrencer. La réglementation peut aussi contribuer à réduire les incitations à la concurrence. En général, les fournisseurs d'un produit ou d'un service qui peuvent se coordonner pour partager un marché donné sont collectivement en mesure de maximiser les profits potentiels de monopole. Une réglementation qui facilite ou encourage la coopération entre producteurs va donc réduire les incitations à pratiquer une concurrence intense. C'est surtout le cas lorsque la réglementation facilite le partage de l'information sur des variables sensibles pour le marché, comme les prix, les coûts et la production. De plus, une réglementation qui réduit concrètement la capacité des clients à passer d'un fournisseur à un de ses concurrents réduit aussi les pressions de la concurrence. Le danger de formuler une réglementation produisant de tels effets est d'autant plus grand lorsque des groupes de producteurs jouent un rôle important dans l'élaboration et la mise en œuvre de cette réglementation.

Autoréglementation et coréglementation

Avantages attendus de ces dispositions. Les pouvoirs publics peuvent choisir d'assumer eux-mêmes l'entière responsabilité de la conception et de la mise en œuvre d'une structure de réglementation ou de confier certains aspects de ces tâches à une association représentant une branche d'activité ou une profession. Lorsqu'une association de ce type assume la responsabilité intégrale de la réglementation de la conduite de ses membres sans le soutien législatif du gouvernement (et souvent à la demande pressante de ce dernier), on parle « d'autoréglementation ». En revanche, lorsque le gouvernement confère un soutien législatif aux règles élaborées par l'association ou en collaboration avec celle-ci, on parle de « coréglementation ».

Les structures de coréglementation peuvent comporter d'importants avantages pour les pouvoirs publics essayant de réglementer la conduite de certains secteurs, particulièrement dans le contexte d'une branche d'activité ou d'une profession n'ayant jamais auparavant été soumise à une réglementation. L'implication de l'association représentant ladite branche ou profession peut conférer une crédibilité à la structure de réglementation aux yeux des personnes auxquelles elle est censée s'appliquer. Cette crédibilité découle en partie du fait que le gouvernement est perçu comme exploitant les

compétences et connaissances considérables que nul ne saurait contester aux praticiens s'agissant de leur branche d'activité. Cette formule est donc de nature à séduire le gouvernement qui se retrouve dispensé d'acquérir lui-même l'expertise requise vis-à-vis du marché concerné ainsi que des qualifications et obligations des praticiens intéressés.

Les pouvoirs publics sont à même d'élaborer des structures de coréglementation moyennant un coût sensiblement moindre que ce qu'exigerait l'élaboration d'une solution relevant entièrement de leur responsabilité. Cela peut se produire dans la mesure où l'on peut persuader les membres de la profession d'établir des organes de réglementation et de discipline assumant certaines fonctions importantes de tutelle sans pour autant être financés (intégralement ou partiellement) sur les deniers de l'État.

Nature et étendue de l'impact anticoncurrentiel. Toute réglementation élaborée par les sujets auxquels elle s'applique peut apporter des avantages substantiels sous l'angle de la pertinence des normes techniques et de leur adaptation à l'évolution technique. Toutefois, on court le risque considérable que les règles élaborées par des associations sectorielles ou professionnelles n'aient des impacts anticoncurrentiels. Dans bien des cas, il s'agira d'effets imprévus découlant d'efforts pour atteindre des objectifs pratiques légitimes. Par exemple, des conditions rigoureuses de qualification peuvent être introduites à des fins de protection des consommateurs, mais peuvent (notamment lorsque les praticiens en place en sont exemptés) réduire indirectement l'entrée sur le marché. Certaines règles « d'inspiration éthique », comme les restrictions à l'encontre de la publicité des prix, peuvent réduire la capacité des producteurs à se concurrencer. Il peut donc y avoir une intention d'avantager les membres de la profession ou du secteur, en invoquant des arguments d'intérêt public pour dissimuler l'objet sous-jacent de la réglementation.

Lorsqu'on réalise une évaluation de la concurrence dans de telles circonstances, il est impératif d'évaluer la réglementation en fonction de ses effets attendus, au lieu de s'attacher uniquement à l'ambition affichée ou à des jugements sur les motivations de ceux qui la proposent. Lorsqu'on évalue les obstacles à la concurrence, il convient d'adopter une démarche analytique qui tienne compte des coûts et des avantages pour les consommateurs et qui s'appuie sur des éléments empiriques. Il peut être utile de se poser trois questions dans ce processus. i) À quel préjudice spécifique pour les consommateurs l'obstacle est-il censé remédier? ii) La restriction proposée est-elle convenablement proportionnée au préjudice? Enfin, iii) le préjudice pour le consommateur que la restriction cherche à prévenir est-il plus grave que la perte découlant pour le consommateur de la limitation de la concurrence? Cette troisième question est une composante essentielle de l'analyse lorsqu'il s'agit d'évaluer des restrictions dans le cadre d'une autoréglementation ou d'une coréglementation.

Les préoccupations concernant l'élaboration de réglementations anticoncurrentielles vont sans doute être particulièrement importantes lorsque l'association représentant une branche d'activité ou une profession joue un rôle dominant dans l'élaboration des règles de conduite à suivre. Par exemple, les règles relatives à l'exercice de la profession juridique proscrivent traditionnellement le « bradage des prix », « la sollicitation », la constitution en sociétés d'avocats spécialisés ou le recrutement à titre de salariés de ces praticiens, ainsi que la plupart des formes de publicité. Dans bien des cas, ces restrictions ont été levées à la suite de réformes qui ont conduit les pouvoirs publics à assumer un rôle plus important dans la réglementation de la profession concernée.

Indications d'utilisation et mesures potentielles de remplacement. Toute structure réussie de coréglementation requiert l'existence d'une association représentant une branche d'activité ou une profession et comptant de nombreux membres parmi les personnes censées être assujetties à la réglementation. L'association doit également jouir d'un prestige relativement grand aux yeux de ses membres afin d'être en mesure d'imposer des sanctions effectives (dont l'exclusion de ses rangs) à ceux qui ne se conforment pas aux exigences de la réglementation. L'existence de sanctions effectives est, par ailleurs, indispensable pour assurer la crédibilité de la structure aux yeux des consommateurs.

Le gouvernement devrait agir de manière à prévenir les tentatives de l'association représentant une branche d'activité ou une profession d'utiliser ses pouvoirs de coréglementation de manière anticoncurrentielle. Cette démarche peut notamment se traduire par le droit pour le ministre compétent d'approuver ou de refuser d'approuver un code de conduite et, si nécessaire, de lui substituer la réglementation officielle au cas où l'association persisterait à lui soumettre des versions inacceptables.

Obligations de publier des informations sur les prix, la production ou les ventes de l'entreprise

Avantages attendus de ces dispositions. Une réglementation imposant la publication d'informations sur le niveau des prix ou de la production est généralement adoptée pour réduire les coûts de recherche des fournisseurs pour le consommateur en les rendant plus immédiatement accessibles. Dans certaines circonstances, la réduction des coûts de transaction par ce moyen peut améliorer l'efficacité des marchés en améliorant la lisibilité des offres sur le marché pour les consommateurs.

Nature et étendue de l'impact anticoncurrentiel. Les réglementations qui imposent aux intervenants de publier des informations sur le niveau de leurs prix ou de leur production peuvent considérablement faciliter la formation d'ententes, car l'une des conditions essentielles du fonctionnement d'une entente est que ses participants puissent surveiller concrètement le comportement sur le marché de leurs concurrents (ou complices). Ces éventuels impacts anticoncurrentiels risquent plus de se manifester lorsqu'il y a peu d'intervenants sur le marché, que les barrières à l'entrée sont élevées et que les produits sont relativement indifférenciés.

La publication d'informations sur les prix est aussi plus susceptible de produire un effet anticoncurrentiel dans les secteurs où la pratique courante consiste à proposer ou négocier des remises individuelles sur les prix affichés ou à avoir des prix « recommandés ». Il en va aussi ainsi parce que les concurrents auraient sinon des difficultés substantielles à obtenir des informations sur les prix effectivement payés à d'autres fournisseurs concurrents. Dans un contexte où des informations effectives doivent être publiées sur les prix, les membres d'une entente peuvent repérer les cas où les autres membres de l'entente ne respectent pas le prix ou la quantité convenus.

Indications d'utilisation et mesures potentielles de remplacement. Comme on l'a indiqué plus haut, les préoccupations relatives à d'éventuels comportements d'entente ont peu de chances d'être justifiées dans des situations dans lesquelles il y a un grand nombre de concurrents ou des obstacles relativement faibles à l'entrée. Dans ces circonstances, les effets positifs de telles obligations de publication en termes de réduction des coûts de recherche de l'information justifient sans doute le recours à de telles mesures. En revanche, sur des marchés

plus concentrés, de telles obligations risquent plus d'avoir un impact net négatif. Sur des marchés où les fournisseurs sont rares et où se vend un produit standardisé, le coût de recherche entre les différents fournisseurs est sans doute moins élevé qu'en présence de nombreux fournisseurs et les risques de conclusion d'ententes sont plus élevés. En conséquence, les avantages potentiels de telles obligations de publication sont proportionnellement moindres.

Si la publication d'informations sur les prix ou la production paraît de nature à faciliter les ententes, il existe des solutions de rechange qui ne présentent pas autant cet inconvénient. Lorsque les informations sont principalement collectées aux fins de la formulation de la politique des pouvoirs publics, il n'est pas du tout nécessaire de les rendre publiques. Lorsqu'il s'agit d'aider les consommateurs ou de diffuser des statistiques générales, le recours à des statistiques agrégées favorise moins la formation d'ententes que des statistiques entreprise par entreprise tout comme la diffusion de statistiques rétrospectives plutôt que d'informations immédiates. Les statistiques agrégées entre entreprises n'aideront pas les membres d'une entente à identifier un fournisseur outrepassant l'accord conclu, alors que des statistiques entreprise par entreprise vont manifestement désigner le fournisseur qui déroge aux conditions de l'entente sur les prix ou les quantités. Les statistiques rétrospectives donnent moins d'informations utiles aux ententes parce que les membres de ces dernières doivent souvent partager des informations courantes pour décider comment répartir la production et fixer des objectifs de prix, ce que des informations rétrospectives ne permettent guère de faire.

Exemptions du droit commun de la concurrence

Avantages attendus de ces dispositions. Dans de nombreux pays, certains secteurs économiques bénéficient d'exemptions du droit commun de la concurrence. Parfois, lesdits secteurs sont soumis dans ce domaine à une législation spécifique. Dans d'autres cas, aucune restriction fondée sur la prévention des comportements anticoncurrentiels ne s'applique auxdits secteurs.

Nombre d'arguments ont été invoqués à l'appui de ces exemptions. Dans certains cas, les fournisseurs sont autorisés à coopérer pour accroître leur capacité à s'établir et à affronter la concurrence sur les marchés à l'exportation. Dans d'autres cas, la coopération entre des producteurs atomistiques peut être autorisée sur un marché caractérisé par des acheteurs constituant un monopsonne dont le gouvernement désire contrer le pouvoir (les exemples pertinents incluent plusieurs matières premières agricoles). Nombre d'entreprises faisant l'objet d'une réglementation assez contraignante ont également été exemptées du droit commun de la concurrence. Dans ce cas, la justification de cette dérogation peut se résumer comme suit : la structure de la réglementation spécifique au secteur considéré constitue un substitut approprié à ce droit commun.

Nature et étendue de l'impact anticoncurrentiel. En présence d'une dérogation importante à l'application générale du droit de la concurrence, le risque est grand d'assister à certains abus : ententes, prix abusifs et fusions anticoncurrentielles. De plus, des distorsions économiques importantes ont de bonnes chances de se produire dans la mesure où divers secteurs peuvent être soumis chacun à un environnement réglementaire très différent. De telles distorsions peuvent avoir un fort impact négatif sur le bien-être économique en altérant les décisions des consommateurs quant aux produits et aux services qu'ils achètent.

Indications d'utilisation et mesures potentielles de remplacement. L'OCDE avance généralement que les exemptions au droit commun de la concurrence devraient être réduites au minimum ou éliminées :

À titre de stratégie générale en matière de réforme, les pouvoirs publics devraient élargir le champ et l'efficacité de la politique de la concurrence. Le champ et l'efficacité du droit de la concurrence et des autorités chargées de la concurrence devront être réexaminés, et renforcés si besoin est. Les exemptions au droit de la concurrence devraient être supprimées, dès lors que l'on ne peut prouver l'existence d'intérêts publics supérieurs qui ne peuvent être servis par des moyens plus satisfaisants.

Lorsqu'un argument spécifique en faveur du maintien d'exemptions est identifié, il convient d'examiner les moyens de minimiser leur portée. Par exemple, un monopole légal exigeant de l'ensemble des producteurs d'une matière première qu'ils vendent leur production à un négociant donné, titulaire d'un permis et spécialisé dans l'exportation, risque d'être un mauvais substitut à un système autorisant les producteurs à conclure des accords de vente coopérative à l'exportation sans leur imposer cette solution.

Réduire la mobilité des clients en accroissant les frais de changement de fournisseur

Avantages attendus de ces dispositions. Les « frais de changement de fournisseur » peuvent être définis comme les coûts supportés par un consommateur ayant abandonné un fournisseur de produits ou de services pour un autre.

À titre d'exemples de frais de changement de fournisseur, on retiendra :

- le recours à des contrats à long terme « retenant » le consommateur pour une longue période et lui imposant de lourdes pénalités financières s'il décide de changer de fournisseur avant l'expiration de ladite période; et
- l'absence de portabilité des numéros de téléphone qui risque de dissuader le consommateur de passer d'un opérateur à l'autre en raison des coûts de désagrément/d'administration imposés.

Les dispositions législatives en matière de frais de changement de fournisseur peuvent refléter l'existence de coûts réels importants supportés par les fournisseurs lorsqu'un consommateur passe de l'un à l'autre. Dans cette mesure, des dispositions autorisant la facturation d'une partie des frais peuvent être compatibles avec l'application de clauses contractuelles équitables. Par exemple, les pénalités associées à la résiliation anticipée d'un contrat à durée déterminée peuvent refléter une « vente groupée » de produits et la nécessité pour le fournisseur de récupérer les coûts de biens immobilisés (tels qu'un appareil de téléphone portable) n'ayant fait l'objet que d'un paiement partiel. Autre solution, certains frais de changement peuvent avoir été établis dans le but d'essayer de réduire le coût des transactions.

Nature et étendue de l'impact anticoncurrentiel. En augmentant les frais de changement de fournisseur, on peut sensiblement réduire la capacité des fournisseurs à se concurrencer. Ces frais risquent de s'avérer très lourds dans le contexte des branches d'activité nouvellement ouvertes à la concurrence où ils constituent souvent un obstacle important à l'élimination progressive de la position de force détenue par le fournisseur en place. Les marchés de l'électricité nordiques représentent un bon exemple de cette pratique, puisqu'ils révèlent une fréquence de changements très différente selon les pays. L'examen des dispositifs réglementaires en vigueur révèle une forte corrélation entre ces différences de fréquence

d'une part, et la nature et l'ampleur des coûts applicables dans chaque pays en cas de changement de fournisseur d'autre part.

En Finlande, les opérateurs des réseaux de distribution peuvent facturer des frais si le client change de fournisseur plus d'une fois par an. En Finlande, en Suède et en Norvège, un consommateur peut conclure un nouveau contrat de fourniture oralement ou électroniquement, tandis qu'au Danemark le consommateur doit physiquement signer le contrat.

Lorsque le changement induit des coûts réels pour les fournisseurs, il peut être inévitable de leur permettre de répercuter ces coûts sur les consommateurs. En revanche, dans le cas de frais de changement imposés en vue de réduire les coûts de transaction, il convient de se demander si la réduction du coût des transactions susceptible de résulter de l'introduction des frais de changement justifie l'impact anticoncurrentiel probable de ces derniers inhérent à la réduction du nombre de changements.

Les exemples précédents visent des frais de changement de fournisseur fixés dans la réglementation elle-même. Il existe cependant un autre cas de figure : celui d'une réglementation n'imposant pas explicitement de frais de ce type, mais s'abstenant de tenir compte des frais existants dans la branche d'activité ou de ceux que les fournisseurs en place peuvent être tentés d'imposer dans une branche d'activité nouvellement ouverte à la concurrence. La poursuite de l'objectif de renforcement de la concurrence peut être sérieusement compromise par une réglementation n'abordant pas ces questions et autorisant l'imposition ou l'accroissement de frais de changement de fournisseur au bout d'un certain temps.

Indications d'utilisation et mesures potentielles de remplacement. Dans les branches d'activité venant de subir une restructuration, en particulier, et à ce titre caractérisées par une entreprise en place dominante confrontée pour la première fois à la concurrence de nouveaux venus, il est indispensable de maintenir les frais de changement de fournisseur à un bas niveau afin de créer des conditions propices à l'apparition d'une concurrence effective. Même si d'autres conditions (notamment l'accès selon des modalités équitables à un réseau de monopole) doivent aussi être réunies, la question des frais de changement de fournisseur demeure cruciale pour l'apparition d'une concurrence.

Il résulte de ce qui précède que, pendant l'examen d'une proposition de réglementation visant à mettre en œuvre une réforme favorable à la concurrence dans une branche d'activité, toute disposition autorisant explicitement l'imposition de frais de changement de fournisseur doit faire l'objet d'une vérification attentive et n'être considérée comme acceptable qu'en présence d'arguments de poids en sa faveur. De tels arguments peuvent être invoqués en présence de coûts élevés associés aux actions spécifiques que les fournisseurs sont tenus d'exécuter dans le cadre du processus de changement. Cependant, ce cas de figure est relativement rare. En outre, même dans ces circonstances, l'impact favorable à la concurrence de la réduction ou de la suppression des frais peut s'avérer suffisamment important pour que l'autorité de tutelle décide d'empêcher les fournisseurs de récupérer explicitement ces coûts auprès des consommateurs.

De même, il convient d'évaluer le risque de voir les entreprises en place imposer de nouveaux frais de changement ou augmenter les frais déjà prévus afin de résister aux nouvelles pressions concurrentielles. En présence d'un risque clair d'imposition de frais de

changement de fournisseur, il peut s'avérer indispensable d'inclure, dans la structure de la réglementation, des dispositions limitant ou interdisant le recours à de tels procédés.

Évaluations complètes sur la concurrence

La liste de référence proposée dans le présent document constitue une base fiable pour mettre en évidence les réglementations susceptibles de produire un impact anticoncurrentiel. Toutefois, l'importance relative des différents impacts anticoncurrentiels varie sensiblement. Ces réglementations sont candidates à une évaluation complète sur la concurrence.

Proportionnalité

L'ampleur de l'évaluation d'impact sur la concurrence à entreprendre doit être proportionnée aux résultats d'une évaluation initiale de l'importance probable de l'impact anticoncurrentiel identifié. Procéder à une évaluation de grande ampleur des impacts sur la concurrence est coûteux et on ne saurait encourir ces coûts que lorsqu'une évaluation initiale indique que les coûts potentiels des aspects anticoncurrentiels d'une proposition de réglementation sont suffisamment importants pour justifier une telle évaluation.

Un déterminant contextuel essentiel est la nature du contexte concurrentiel régnant dans les secteurs réglementés. Les craintes pour la concurrence vont généralement être moins pressantes lorsque les secteurs sont en proie à une vive concurrence, se caractérisant par un grand nombre de fournisseurs concurrents, des taux significatifs d'entrée et de sortie et une forte innovation en matière de produits et de services. À l'inverse, sur des marchés relativement statiques se caractérisant par une forte concentration et des entrées limitées, les impacts anticoncurrentiels risquent d'être plus importants.

Lorsqu'on évalue l'importance probable des dispositions anticoncurrentielles de la réglementation, il convient de se concentrer sur l'ampleur probable de l'impact de la proposition de réglementation en lien avec les principaux déterminants de l'intensité des pressions concurrentielles sur un marché. En particulier :

- Est-ce que l'on peut penser que l'impact sur le nombre de fournisseurs sur le marché sera suffisamment important pour ramener le nombre d'intervenants à un niveau où la coordination et les comportements plus généraux assimilables à des ententes deviennent possibles ?
- La réglementation proposée risque-t-elle d'avoir un impact sensible sur des aspects dynamiques du comportement concurrentiel sur le marché, par exemple en réduisant sensiblement les entrées ou les incitations à innover ?
- La réglementation proposée risque-t-elle de limiter la capacité ou les incitations pour les fournisseurs à se concurrencer de façon intense ?

Lorsqu'on procède à une évaluation, il convient d'avoir une vision claire de la nature et de l'ampleur du marché examiné. Un point primordial est la détermination de la dimension géographique du marché. Est-il local, régional, national ou international ? Deuxièmement, quels sont les produits constitutifs de ce marché ? Dans quelle mesure peut-il y avoir une substituabilité entre les produits et services qui doivent être réglementés et d'autres produits et services ? Le marché est-il relativement statique ou est-il caractérisé par des rythmes rapides de mutations technologiques et l'introduction fréquente de nouveaux types de produits ?

Procédure pour effectuer une évaluation complète sur la concurrence

Cette section décrit brièvement une approche permettant d'effectuer les évaluations d'impact sur la concurrence dans le cadre plus large d'une AIR, afin de fournir le cadre analytique des évaluations d'impact sur la concurrence. L'intégration de l'évaluation d'impact sur la concurrence au processus d'AIR pouvant revêtir plusieurs formes, l'approche décrite n'est qu'une possibilité parmi d'autres. Une évaluation complète ne sera généralement effectuée que si une évaluation initiale (fondée sur la liste de référence de la concurrence) a mis en évidence la possibilité d'un préjudice pour le processus concurrentiel.

La première démarche pour réaliser une évaluation complète des impacts sur la concurrence consiste à identifier, dans le processus plus large d'AIR, l'objectif prioritaire de la nouvelle réglementation et de vérifier son opportunité. Deuxièmement, il convient d'identifier et d'analyser les limitations existantes de la concurrence avant l'analyse de la réglementation proposée sous l'angle de la politique de la concurrence. Pareille démarche implique nécessairement un processus de « définition du marché » en vue d'identifier le marché pertinent par référence au degré de substituabilité des produits connexes, y compris la détermination du marché géographique pertinent. Troisièmement, il convient d'évaluer et de comparer les effets sur la concurrence des solutions de rechange pour les pouvoirs publics.

Les réglementations restreignant la concurrence dans un objectif politique doivent être évaluées dans un premier temps pour s'assurer qu'elles constituent le moyen le moins restrictif de parvenir audit objectif. Le degré prévisible de restriction à la concurrence peut se mesurer en posant la série suivante de questions et en approfondissant l'analyse chaque fois que la réponse apportée est « oui ».

La réglementation proposée va-t-elle affecter la concurrence entre les entreprises en place ?

La réglementation proposée risque-t-elle d'affecter chacun des fournisseurs en place différemment et, par conséquent, d'altérer les relations de concurrence entre eux d'une manière préjudiciable au niveau de concurrence sur le marché dans son ensemble ?

La réglementation risque-t-elle de décourager l'entrée de nouvelles entreprises ?

La réglementation proposée restreindra-t-elle l'entrée de tous les types de nouvelles entreprises ou seulement de certains d'entre eux ? Quelle est l'ampleur prévisible de cette restriction et risque-t-elle de réduire sensiblement les pressions concurrentielles à long terme dans la branche d'activité considérée ?

La réglementation risque-t-elle de produire un impact sensible sur les prix ou la production ?

La réglementation provoquera-t-elle une augmentation des prix en imposant de nouveaux coûts aux producteurs ? Va-t-elle faciliter l'échange d'informations entre les producteurs, accroissant ainsi le risque de collusion et d'augmentation des prix ? Risque-t-elle d'amener la sortie de certains fournisseurs en place, réduisant ainsi la production et accroissant les prix ?

La réglementation risque-t-elle d'affecter la qualité et la diversité des biens et services disponibles sur le marché ?

La réglementation inclut-elle des normes minimales de nature à réduire la gamme des combinaisons prix/qualité disponibles sur le marché ? Risque-t-elle de réduire la variété des produits en restreignant l'entrée de nouveaux fournisseurs ?

La réglementation risque-t-elle d'avoir un impact négatif sur l'innovation ?

L'innovation et par conséquent la réactivité aux besoins du consommateur peuvent être limitées de diverses manières : obstacles à l'entrée de nouveaux fournisseurs sur le marché, ou restrictions à la publicité de nouveaux produits entraînant la diminution des pressions exercées sur les entreprises en place pour qu'elles innover. Les restrictions aux mouvements transnationaux des biens ou services peuvent réduire l'entrée de produits innovants originaires d'autres marchés.

La réglementation risque-t-elle de limiter la croissance du marché ?

La réglementation peut avoir un impact négatif sur la croissance du marché si elle se traduit par une augmentation des coûts pour l'ensemble des producteurs ou si elle limite la possibilité d'entrée sur le marché pour de nouveaux fournisseurs.

La réglementation risque-t-elle de produire un effet sensible sur des marchés connexes ?

Les réductions de la concurrence sur un marché donné peuvent aussi avoir des effets anticoncurrentiels sur les marchés en amont (ceux qui fournissent des intrants au marché considéré) ou en aval (ceux pour lesquels le produit du marché considéré constitue un intrant ou un bien intermédiaire).

Quel est l'impact global que l'on attend de la réglementation ?

Lorsque l'une des questions précédentes a donné lieu à une réponse affirmative, il convient de préparer une synthèse des effets probables de la réglementation sur la concurrence, en mettant en relief les éventuelles incidences sur les prix, la production, la variété et la qualité des produits, ainsi que sur l'efficacité et l'innovation. Il convient de résumer ces incidences à la fois sous l'angle du marché principal et des marchés connexes pertinents.

Quelles sont les solutions autres que la réglementation proposée ?

Comme on l'a indiqué au début de ce document, il convient généralement de recourir à la réglementation ou à tout autre instrument de politique capable de réaliser l'objectif de la manière la moins restrictive pour la concurrence. À l'issue des évaluations des solutions de rechange viables pour les pouvoirs publics sous l'angle de la concurrence, il convient de comparer les effets des différentes options. Les autorités de tutelle doivent s'assurer que l'on a retenu la solution de rechange la moins restrictive pour la concurrence ou que d'autres avantages pour le corps social justifient le choix d'une solution de rechange plus restrictive pour la concurrence.

Quelles sont les mesures de réglementation qui justifient une évaluation d'impact sur la concurrence ?

Considérés individuellement, la plupart des lois et règlements ne risquent guère de porter indûment atteinte à la concurrence. Aussi sera-t-il le plus souvent superflu de procéder à une analyse approfondie de leurs effets de ce point de vue. Afin de simplifier le

processus d'identification des mesures de réglementation susceptibles de faire indûment obstacle à la concurrence, le *Manuel pour l'évaluation de la concurrence* comprend une liste de référence des effets sur la concurrence, qui permet de passer rapidement au crible ces mesures pour identifier celles qui risquent de faire indûment obstacle à la concurrence, afin de les soumettre à une évaluation plus poussée. L'évaluation d'impact sur la concurrence peut dès lors être d'autant plus approfondie que les mesures considérées risquent d'avoir des répercussions négatives sur la concurrence.

Lois, règlements et règles d'application. Les mesures susceptibles de faire l'objet d'une évaluation d'impact sur la concurrence sont les lois et règlements ainsi que leurs règles d'application. Dans certains pays, les lois ne sont pas considérées comme pouvant faire l'objet d'une évaluation d'impact sur la concurrence. Il convient cependant de noter que le pays qui a obtenu les meilleurs résultats en matière d'évaluation d'impact sur la concurrence est également un de ceux qui l'ont largement appliquée, y compris aux lois (voir l'encadré 4.2).

Encadré 4.2. Réformes liées à la politique nationale de la concurrence en Australie

À la suite du rapport de 1993 de la commission Hilmer, qui appelait à une plus grande ouverture microéconomique en mettant l'accent sur les réformes destinées à favoriser la concurrence, les autorités australiennes ont adopté en 1995 un programme de réexamen et de modification des réglementations qui restreignaient la concurrence et ne servaient pas l'intérêt général. Ce programme de réformes a abouti à l'identification de 1 700 textes de loi devant être réexaminés. Le gouvernement fédéral a débloqué des ressources financières en vue d'aider les autorités des États et des Territoires à faire face aux coûts d'ajustement pouvant résulter de la révision des textes concernés. La législation a été réexaminée au niveau national comme à celui des États et des Territoires, et la plupart des réexamens avaient été achevés en 2001. Ce programme a constitué une initiative notable à double titre : d'une part, parce qu'il a permis une identification systématique des lois et règlements en vigueur qui méritaient d'être réexaminés, d'autre part, parce que les résultats économiques enregistrés par l'Australie depuis la mise en œuvre de ce programme figurent parmi les meilleurs des pays de l'OCDE.

Mesures de réglementation nouvelles ou déjà en vigueur. Certains gouvernements ont adopté une approche de l'évaluation d'impact sur la concurrence consistant à examiner aussi bien les nouvelles mesures de réglementation que celles déjà en vigueur. C'est le moyen le plus efficace d'améliorer globalement les conditions de concurrence dans un grand nombre de secteurs, mais cela exige une ferme volonté politique. D'autres ont opté pour une forme d'évaluation d'impact sur la concurrence exclusivement axée sur les nouvelles mesures de réglementation.

Échelons national, régional et local. L'évaluation d'impact sur la concurrence s'applique à toutes les mesures de réglementation susceptibles d'entraver indûment et sensiblement le jeu de la concurrence. Des mesures créant de tels obstacles à la concurrence sont parfois appliqués au plan national, mais elles peuvent également l'être au niveau régional ou local. Ainsi, les dispositions applicables aux taxis sont souvent mises en œuvre à l'échelon local. Les réglementations professionnelles sont fréquemment adoptées au niveau régional. De solides arguments économiques laissent à penser que l'évaluation d'impact sur la concurrence devrait être réalisée tant à l'échelon national qu'au niveau régional.

À quel stade du processus d'élaboration des réglementations convient-il de réaliser une évaluation d'impact sur la concurrence ?

Nouvelles mesures de réglementation. Les évaluations d'impact sur la concurrence peuvent contribuer de façon constructive à la conception de nouvelles mesures de réglementation. Il importe donc qu'elles soient réalisées à un *stade précoce* du processus d'élaboration de ces instruments, avant que les pouvoirs publics n'optent pour une approche précise face à un problème donné. L'évaluation d'impact sur la concurrence est alors un précieux outil d'analyse, grâce auquel il est possible d'identifier les problèmes potentiels et d'y remédier suffisamment tôt.

Lorsqu'une mesure de réglementation risque de faire indûment obstacle à la concurrence, il convient de consulter les experts publics de la concurrence ou les autorités de contrôle de la réglementation à un stade aussi précoce que possible du processus d'élaboration de cette mesure, afin de trouver d'autres solutions qui permettent d'atteindre les objectifs assignés aux dispositions considérées tout en laissant davantage jouer la concurrence. Au sein de l'administration publique, les spécialistes de la concurrence et les autorités de contrôle de la réglementation ont une grande expérience de la recherche de solutions de rechange, de sorte qu'ils peuvent souvent apporter une contribution appréciable au processus complexe d'élaboration de la réglementation.

Mesures de réglementation en vigueur. La plupart des mesures en vigueur n'ont pas fait l'objet d'une évaluation de leurs effets sur la concurrence. Or certaines de ces mesures mériteraient sans doute plus que d'autres d'être soumises à un tel examen. En Australie, les examens de la concurrence réalisés au niveau national ont abouti à la conclusion que des centaines de réglementations en vigueur limitaient la concurrence. Le réexamen de ces réglementations a été déclaré prioritaire, et elles ont été révisées dans la quasi-totalité des cas où des problèmes ont été constatés.

Qui devrait être chargé de la rédaction et de l'examen de ces évaluations d'impact sur la concurrence ?

Afin que la concurrence soit prise en compte par les décideurs publics, il convient de demander aux organismes publics chargés de l'élaboration d'une mesure de réglementation de procéder à une évaluation de son impact potentiel sur la concurrence. Ce processus d'évaluation d'impact sur la concurrence contribue à garantir que les gouvernants se poseront les questions pertinentes à un stade précoce, et qu'ils s'attacheront d'emblée à concevoir les instruments de réglementation en prenant dûment en considération leurs effets sur la concurrence. Les décideurs publics risquent toutefois de ne pas prendre au sérieux ce processus d'évaluation d'impact sur la concurrence à moins qu'une tierce partie ne contrôle leur travail. Ce suivi peut être assuré soit par l'autorité de contrôle de la réglementation, soit par des fonctionnaires possédant une connaissance approfondie des problèmes de concurrence – comme les membres du personnel des autorités de la concurrence – soit par les deux. Ainsi, au Royaume-Uni, l'*Office of Fair Trading* (OFT, Bureau de la concurrence) a été chargé d'élaborer des lignes directrices pour l'évaluation d'impact sur la concurrence, et d'examiner l'impact potentiel des nouvelles mesures de réglementation sur la concurrence⁷. L'OFT a assumé ces responsabilités en liaison avec le *Better Regulation Executive* (BRE), l'organisme de contrôle de la réglementation. Quelques fonctionnaires de l'OFT ont partagé leur temps de travail

entre ce dernier et le BRE, en vue de favoriser l'adoption de méthodes de travail communes et l'émergence d'une communauté de vues.

La réalisation d'une évaluation d'impact sur la concurrence nécessite des compétences pour l'analyse de la concurrence et la définition du marché. C'est pourquoi les nouveaux textes législatifs ou réglementaires ayant un impact économique sont examinés dans certains pays par l'autorité de la concurrence. Au Mexique, par exemple, elle examine systématiquement les textes d'application ayant une incidence sur la concurrence. En Corée, l'autorité de la concurrence est tenue d'examiner certaines nouvelles réglementations. En Hongrie, il lui a été demandé de formuler des observations sur de nouveaux textes. De nombreux autres pays procèdent à des consultations horizontales avant l'adoption de nouvelles réglementations. Ces consultations donnent de meilleurs résultats lorsque les fonctionnaires chargés de la concurrence peuvent participer au processus à un stade précoce et ne sont pas tenus de donner leur avis sur tous les instruments de réglementation, mais seulement sur ceux qu'ils jugent susceptibles de poser des problèmes suffisamment importants.

En Australie, un nouvel organisme, le *National Competition Council* (NCC, Conseil national de la concurrence), a été créé en 1995 pour superviser l'examen des lois et règlements adoptés au niveau fédéral et au niveau des États et des Territoires, dans le cadre de la politique nationale de la concurrence. Le NCC est indépendant à la fois de l'organisme de contrôle chargé d'évaluer les nouvelles réglementations et de l'autorité de la concurrence⁸. Depuis, un autre organisme, l'*Office of Best Practice Regulation* (Bureau des meilleures pratiques réglementaires) a été créé. Son rôle est d'examiner l'impact des nouvelles réglementations sur la concurrence, et nécessite de compléter une évaluation préliminaire au début du processus de développement réglementaire (y compris de compléter une liste de critères sur la concurrence).

Le degré d'indépendance de l'organisme de contrôle mérite d'être pris en considération. L'examen des lois et règlements par une instance indépendante peut en effet être particulièrement utile. Néanmoins, plus un organisme indépendant est impliqué dans l'élaboration des lois et des règlements, par opposition à leur contrôle, plus il risque d'apparaître comme un exécutant directement soumis aux priorités gouvernementales du moment.

La participation d'une autorité de la concurrence ou d'un autre organisme public à la formulation de prévisions concernant les effets de tel ou tel dispositif sur la concurrence ne saurait empêcher les pouvoirs publics d'engager ultérieurement des poursuites en vertu du droit de la concurrence, dans la mesure où ces prévisions peuvent avoir sous-estimé les atteintes portées à la concurrence ou surestimé les avantages en découlant.

Comment inciter les responsables de l'action publique à réaliser une évaluation appropriée ?

Les responsables de l'élaboration de nouvelles réglementations peuvent être tentés de minimiser les problèmes potentiels de concurrence qu'elles risquent de poser. Ils peuvent avoir le sentiment que l'identification de ce type de problème ou la consultation d'une instance extérieure, telle qu'un organisme de contrôle de la réglementation ou une autorité de la concurrence, ne fera que leur imposer un surcroît de travail sans qu'ils en retirent un avantage substantiel. Il importe dès lors de bien souligner que l'évaluation d'impact sur la concurrence améliore les résultats de l'action publique.

Il existe divers moyens de renforcer les incitations et les aptitudes des décideurs publics à procéder à une évaluation d'impact sur la concurrence. On peut notamment citer à cet égard les mesures suivantes :

- l'intégration de l'évaluation d'impact sur la concurrence dans l'analyse d'impact de la réglementation (AIR) ;
- les aides financières ;
- la formation aux meilleures pratiques.

Intégration de l'évaluation d'impact sur la concurrence dans l'AIR. L'analyse d'impact de la réglementation est un processus formalisé d'examen des nouvelles mesures de réglementation destiné à garantir leur conformité aux objectifs de l'action publique. Le processus d'AIR vise en règle générale à vérifier que les avantages d'un instrument de réglementation excèdent ses coûts. L'intégration de l'évaluation d'impact sur la concurrence dans le processus d'AIR peut s'avérer bénéfique pour l'une comme pour l'autre. Cette intégration présente un double avantage : elle permet de garantir, d'une part, que les considérations dynamiques axées sur le marché inhérentes à l'évaluation d'impact sur la concurrence soient prises en compte dans le cadre d'analyse global de l'AIR et, d'autre part, que les gouvernants aient largement recours à l'évaluation d'impact sur la concurrence. L'octroi à l'autorité de la concurrence de certaines responsabilités dans ce domaine peut contribuer à éviter que les organismes chargés de l'élaboration et de l'application de la réglementation, ou de son contrôle, aient à recycler leur personnel⁹.

Aides financières. L'Australie étant un État fédéral, l'accord des États et des Territoires était indispensable à la mise en œuvre de la politique nationale de la concurrence au niveau infranational. Le gouvernement australien a versé d'importantes aides aux États et aux Territoires, sous la forme de paiements par habitant calculés en fonction des progrès accomplis pour l'examen et la révision de la législation. « Les paiements au titre de la politique nationale de la concurrence sont un moyen de répartir les gains résultant de la réforme entre tous les membres de la collectivité. Ces paiements se justifient par le fait que, bien que les États et les Territoires soient responsables de composantes importantes de la politique nationale de la concurrence, une grande partie de ses retombées financières directes bénéficient à l'administration fédérale australienne grâce à l'augmentation des recettes fiscales découlant du renforcement de l'activité économique¹⁰ ».

Les paiements versés aux États et Territoires ont représenté entre 0.5 % et 1 % du budget des États¹¹. Alors que ces paiements représentaient un montant relativement faible du budget des États, ils étaient, selon certaines informations, influents, pour convaincre les États à entreprendre des réformes. Le gouvernement australien a estimé à 2.5 % du produit intérieur brut (PIB), soit 20 milliards AUD, les avantages annuels retirés par l'économie des gains de productivité et du rééquilibrage des prix observés dans une multitude de secteurs où ont été mises en œuvre des réformes liées, directement ou non, à la politique nationale de la concurrence (Commission de la productivité, 2005)¹².

Formation aux meilleures pratiques. Il est très important que les responsables de l'action publique soient formés aux meilleures pratiques en matière d'évaluation d'impact sur la concurrence pour qu'ils tiennent compte des effets potentiels de leurs décisions sur la concurrence dès la conception des instruments à mettre en œuvre. De nombreux responsables de l'élaboration de la réglementation sont spécialisés dans un domaine particulier sans rapport avec les mécanismes de la concurrence ou avec le fonctionnement de l'économie. On ne peut raisonnablement attendre de ces responsables qu'ils sachent

traiter de manière satisfaisante les problèmes de concurrence sans y avoir été formés. Une formation aux meilleures pratiques pourrait éventuellement être assurée par les autorités de la concurrence, les organismes de contrôle de la réglementation ou l'OCDE.

Quelles seront les ressources nécessaires pour l'évaluation d'impact sur la concurrence ?

Les ressources minimales nécessaires à l'évaluation d'impact sur la concurrence peuvent être relativement limitées. Ainsi, lorsque le Royaume-Uni a instauré sa procédure d'évaluation d'impact sur la concurrence, deux membres du personnel de l'OFT ont joué un rôle extrêmement actif, et seule une faible proportion des quelque 400 textes considérés chaque année ont donné lieu à un examen approfondi. Les autres ont été passés au crible au moyen d'un « filtre » permettant aux fonctionnaires de déterminer rapidement s'il existait une forte probabilité que des problèmes de concurrence apparaissent du fait de leur application.

Le *Manuel pour l'évaluation de la concurrence* proposé par l'OCDE comprend une liste de référence des effets sur la concurrence qui est elle-même destinée à limiter la nécessité de procéder à un examen approfondi des mesures de réglementation nouvelles ou déjà en vigueur.

L'évaluation d'impact sur la concurrence peut bénéficier de l'affectation de volumes de ressources conséquents. L'Australie offre l'exemple d'une approche ambitieuse mobilisant des ressources considérables, qui a permis d'obtenir des performances économiques tout à fait remarquables depuis que les réformes microéconomiques liées à la politique nationale de la concurrence ont été engagées. En outre, les paiements versés par le gouvernement fédéral aux administrations des États et des Territoires ne doivent pas être directement considérés comme des dépenses, dans la mesure où ils ont servi à financer la fourniture de biens et services publics. Quoi qu'il en soit, les avantages attendus des gains de productivité et du rééquilibrage des prix sont, selon toute probabilité, sensiblement supérieurs au montant de ces paiements¹³.

C'est au stade initial que les besoins en ressources sont les plus importants. Un programme approfondi de formation aux meilleures pratiques, par exemple, exigera au départ la mobilisation ponctuelle d'un volume important de ressources. Il ne sera pas nécessaire que les formations dispensées les années suivantes soient aussi nombreuses, puisque le système en place sera déjà mieux rôdé et que les agents concernés auront pu nouer des relations personnelles. Néanmoins, compte tenu de la rotation des effectifs, les efforts de formation devront se poursuivre après la phase initiale.

Intégration des résultats

L'intégration de l'évaluation d'impact sur la concurrence dans le cadre de l'AIR peut être particulièrement précieuse, car elle peut améliorer la composante dynamique de l'analyse. Dans des contextes économiques et sociaux en mutation rapide, les aspects dynamiques de l'impact probable d'une réglementation peuvent facilement constituer l'élément déterminant de son effet global, considéré sur l'ensemble de la durée de vie effective de la réglementation.

Ce chapitre a identifié un éventail d'options institutionnelles pour l'introduction de l'évaluation d'impact sur la concurrence. Étant donné que l'environnement légal et fédéral des juridictions des pays de l'OCDE varie considérablement, les structures institutionnelles les plus efficaces varieront d'une juridiction à une autre. Cependant, certains points ressortent : les

autorités de concurrence sont bien placées pour entreprendre des évaluations d'impact sélectives sur la concurrence, apporter des conseils ou assurer des formations sur l'évaluation d'impact sur la concurrence. Les unités centrales chargées du contrôle de la réglementation (*regulatory gatekeepers*) sont aussi bien placées pour entreprendre ou contrôler ces évaluations, surtout lorsque ces évaluations sont intégrées dans le processus de l'AIR.

Seule une minorité de réglementations potentielles est susceptible de produire des impacts anticoncurrentiels sensibles. Néanmoins, lorsque l'évaluation d'impact sur la concurrence fait apparaître le risque d'un affaiblissement sensible de la concurrence au sein de la branche d'activité affectée ou des branches connexes, il convient de réexaminer les éléments essentiels de la conception de la réglementation dans le cadre d'une comparaison permettant de mettre en évidence et d'évaluer les moyens de rechange restreignant le moins la concurrence pour parvenir à l'objectif de la réglementation.

Lorsqu'on ne parvient pas à trouver de telles solutions de rechange, il faut procéder à une comparaison systématique des avantages et des coûts de la réglementation anticoncurrentielle. Ce n'est que si l'adoption de la démarche anticoncurrentielle procure des avantages nets – compte tenu du coût de l'impact anticoncurrentiel identifié – que l'analyse doit conclure que la réglementation est justifiée¹⁴.

Conclusion

Le recours à l'AIR pour évaluer les impacts des restrictions à la concurrence, à la fois lorsque de nouvelles réglementations sont à l'étude ou lorsque les réglementations en place sont examinées, peut apporter des bénéfices importants au bien-être social. Les réglementations qui entravent inutilement la concurrence imposent des coûts à la société. Une analyse de la concurrence au début de la mise en place d'une réglementation permet d'éviter de tels coûts. Ce chapitre guide les décideurs responsables de l'application de l'AIR sur la manière d'identifier les politiques nécessitant une évaluation d'impact sur la concurrence et de conduire une telle évaluation dans le cadre d'une AIR, ainsi que sur les approches réglementaires possibles. Pour tout un éventail de politiques réglementaires, il existe des alternatives aux politiques qui entravent la concurrence. Ces alternatives permettent d'atteindre les mêmes objectifs à moindre coût pour la société. Avec un investissement modéré de ressources dans les processus d'évaluation d'impact sur la concurrence, il est possible d'obtenir des bénéfices importants lorsque ces évaluations sont systématiques et intégrées au cycle de la politique réglementaire.

Notes

1. Ce chapitre résume les travaux préparés pour le Groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation du Comité de la concurrence, et présente des éléments tirés de deux documents antérieurs : « Options institutionnelles pour l'évaluation d'impact sur la concurrence » (Sean Ennis) et « L'intégration de l'évaluation d'impact sur la concurrence dans l'analyse d'impact de la réglementation » (Rex Deighton-Smith) qui sont inclus dans le *Manuel pour l'évaluation de la concurrence*, OCDE (2007). L'intégralité du manuel est disponible sur www.oecd.org/competition/toolkit. Plusieurs délégations et observateurs externes y ont apporté des commentaires, en particulier Alberto Heimler, président du Groupe de travail n° 2. Au sein du Secrétariat, Stéphane Jacobzone, Josef Konvitz et Bernard Phillips y ont aussi utilement contribué.
2. Dans ce chapitre, le terme « réglementation » est utilisé de façon générique pour désigner tous les types d'instruments législatifs, y compris la législation primaire et la législation subordonnée.
3. L'efficacité dynamique s'intéresse à l'évolution de l'efficacité dans le temps, ses changements pouvant résulter de l'innovation, des évolutions technologiques, de la capacité des entreprises à réagir à de nouvelles conditions sur le marché et à l'expansion de fournisseurs de talent.

4. La puissance sur le marché des fournisseurs est leur capacité à accroître leurs prix, à diminuer la qualité ou à freiner l'innovation par rapport aux niveaux qui prévaudraient sur un marché concurrentiel, et ce tout en restant rentable.
5. Les industries naissantes sont celles qui ne sont pas suffisamment solides pour survivre à une libre concurrence.
6. On parle de prix d'éviction lorsqu'un fournisseur fixe temporairement des prix sensiblement inférieurs à ses coûts dans l'espoir que les autres fournisseurs sortent du marché ou modifient leur comportement. Le fournisseur récupère par la suite le manque à gagner.
7. Les lignes directrices publiées en 2006 par l'OFT sont très proches de celles de l'OCDE. Elles peuvent être consultées à l'adresse suivante : www.oft.gov.uk/NR/rdonlyres/BFD72799-03BD-428D-AB43-30408F794ACB/0/oft876.pdf.
8. Pour plus de précisions, veuillez consulter le site Internet du NCC à l'adresse suivante : www.ncc.gov.au/articleZone.asp?articleZoneID=136.
9. Pour de plus amples informations sur la manière d'intégrer l'évaluation d'impact sur la concurrence dans l'AIR, voir le document DAF/COMP(2007)8/REV1, intitulé « Integrating Competition Assessment into Regulatory Impact Analysis », OCDE, Paris.
10. Voir www.ncc.gov.au/articleZone.asp?articleZoneID=40.
11. Pour les montants, voir le site du NCC à l'adresse suivante : www.ncc.gov.au/articleZone.asp?articleZoneID=40.
12. Voir le rapport d'enquête publié le 28 février 2005 par la Commission de la productivité sous le titre *Review of National Competition Policy Reforms – Productivity Commission Inquiry Report n° 33* (disponible à l'adresse suivante : www.pc.gov.au/inquiry/ncp/finalreport/ncp.pdf). Les auteurs du rapport soulignent cependant qu'il est difficile d'établir de façon empirique l'existence de liens de causalité directs.
13. Voir OCDE (2006), *Synthèses : Étude économique de l'Australie*. « Les résultats macroéconomiques récents demeurent impressionnants : la croissance du produit intérieur brut (PIB) depuis le début du siècle a été supérieure à 3 % par an en moyenne et, si l'on tient compte des gains de termes de l'échange, le revenu national brut en termes réels a progressé de plus de 4 % en moyenne, les pays de l'OCDE étant peu nombreux à connaître une expansion aussi rapide; le taux de chômage est tombé à environ 5 %, niveau le plus bas depuis les années 70; l'inflation s'est maintenue dans les limites de la fourchette retenue comme objectif et, après une longue série d'excédents budgétaires, l'Australie compte parmi les rares pays de l'OCDE qui ont pu apurer l'endettement net de leurs administrations publiques. Le niveau de vie ne cesse de s'améliorer depuis le début des années 90 et il dépasse maintenant celui de tous les pays du G7, sauf les États-Unis. *De vastes réformes, visant en particulier à intensifier la concurrence, ont joué un grand rôle à cet égard.* Elles ont favorisé la croissance de la productivité, surtout durant la deuxième moitié des années 90. Le surcroît de flexibilité dont se sont accompagnées ces réformes, de même que la mise en place d'un solide cadre de politique monétaire et de politique budgétaire ont rendu l'économie plus réactive aux principaux chocs de cette dernière décennie : la crise asiatique de la fin des années 90, le ralentissement mondial vers le début de ce siècle, suivi d'une sécheresse catastrophique, la fin d'une envolée des prix immobiliers et, depuis quelque temps, la flambée des prix des matières premières. » (Italiques ajoutés).
14. Cette démarche est déjà explicitement utilisée en Australie. Le document intitulé « Guiding Legislative Principle », adopté dans le cadre des accords sur la politique nationale de la concurrence, déclare qu'il convient de n'adopter aucune législation limitant la concurrence à moins de pouvoir établir que les avantages de ladite restriction pour la communauté dans son ensemble dépassent son coût et que les objectifs de la réglementation ne sauraient être atteints par un autre moyen restreignant moins la concurrence. Voir le document intitulé « Competition Principles Agreement », clause 5(1).

Bibliographie

- OCDE (2006), *Études économiques de l'OCDE : Australie, synthèses*, OCDE, Paris.
- OCDE (2002), *Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation : Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE : De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation*, Éditions OCDE, Paris.
- OCDE (1997), *L'analyse de l'impact de la réglementation : Meilleures pratiques dans les pays de l'OCDE*, Éditions OCDE, Paris.
- Productivity Commission (2005), « Review of National Competition Policy Reforms », Productivity Commission Enquiry Report n° 33, 28 février.

Chapitre 5

Application de l'analyse d'impact de la réglementation à l'élaboration des politiques dans le domaine du gouvernement d'entreprise

Le chapitre 5 fait le point d'une étude menée dans les pays de l'OCDE sur l'utilisation de l'AIR dans le domaine de la réglementation du gouvernement d'entreprise. Sachant que l'obligation de procéder à une AIR fait partie intégrante des systèmes réglementaires des membres de l'OCDE, ce chapitre passe en revue des exemples de l'utilisation de l'AIR par les autorités de réglementation des services financiers en vue de renforcer leurs mécanismes d'élaboration de politiques fondées sur des données factuelles. Il s'appuie sur des exemples tirés de l'expérience de pays de l'OCDE, notamment le Canada, l'Australie, le Royaume-Uni, les États-Unis et l'Union européenne. En outre, il étudie la façon dont les autorités de réglementation ont traité certaines questions dont dépend l'efficacité de l'AIR, parmi lesquelles la définition du problème, l'organisation d'une véritable consultation et la détermination des coûts et avantages.

Introduction

L'obligation générale d'effectuer une analyse d'impact de la réglementation (AIR) avant toute nouvelle action des pouvoirs publics est de plus en plus répandue dans les pays de l'OCDE. Cette évolution est favorisée par les *Principes directeurs de l'OCDE de 2005 pour la qualité et la performance de la réglementation* (OCDE, 2005) qui incitent à procéder systématiquement à une analyse d'impact et à un réexamen des réglementations pour vérifier si elles répondent toujours avec efficacité et efficacie aux objectifs qui leur sont assignés. Toutefois, tous les pays et toutes les administrations n'ont pas adopté cette logique; alors que l'AIR est couramment pratiquée par certains pays dans des domaines tels que l'environnement et les transports, d'autres organismes de réglementation publics restent relativement à l'écart de cette évolution. C'est particulièrement vrai pour les responsables politiques chargés du gouvernement d'entreprise¹.

Aucun élément théorique ne s'oppose à l'utilisation de la technique de l'AIR pour l'élaboration des politiques de gouvernement d'entreprise. Les décisions politiques semblent souvent être prises en réaction aux scandales, de sorte que leur bien-fondé et leur efficacité, ainsi que leurs effets secondaires négatifs potentiels, constituent souvent un enjeu public. L'AIR exige l'examen systématique de différentes options et contribue ainsi à une meilleure formulation des politiques, même ou surtout lors de scandales. L'utilisation réduite de techniques fondées sur des faits comme l'AIR est souvent imputée à la difficulté, voire l'impossibilité, de mesurer les avantages dans ce domaine, facteur qui pourrait peser lourd pour certaines autorités comme les ministères de la Justice. Toutefois, la quantification précise des avantages n'est qu'un aspect de l'AIR et pas forcément le plus important.

Un soutien politique et un changement de culture seront nécessaires pour convaincre les responsables publics que l'AIR est une technique appropriée également dans le domaine du gouvernement d'entreprise. Le processus sera facilité si l'on peut démontrer l'efficacité de l'utilisation de cette technique dans la pratique. Ce chapitre recense donc des exemples de pays de l'OCDE dont les responsables politiques emploient avec succès les techniques d'AIR pour mieux évaluer les avantages et les coûts potentiels, et donc l'efficacité potentielle de différentes approches réglementaires. Ces exemples sont aussi pertinents pour les professionnels d'autres secteurs qui opposent une certaine résistance à un examen plus poussé et plus explicite des moyens d'action possibles.

Les *Principes de l'OCDE* préconisent d'ores et déjà de mener une analyse d'impact de la réglementation pour évaluer les actions possibles dans le domaine du gouvernement d'entreprise. Le Principe I.A des Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE (*Principes de l'OCDE* ci-après) recommande aux responsables politiques d'élaborer le régime de gouvernement d'entreprise « en tenant compte de ses effets sur les performances globales de l'économie, de l'intégrité des marchés en promouvant leur transparence et leur efficacité, ainsi que des incitations qu'il crée pour les participants au marché ». Le Groupe de direction de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise a donc lancé une étude sur les questions qui se posent à

l'occasion de la mise en œuvre d'une AIR dans le domaine du gouvernement d'entreprise. Ce chapitre s'appuie sur ces travaux en cours².

La première section sur la clarification des enjeux stratégiques est consacrée aux procédures suivies pour identifier à la fois les défaillances du marché et de la réglementation qui constituent entre autres le point de départ de l'intervention des pouvoirs publics, même dans le domaine du gouvernement d'entreprise. La seconde section porte sur les AIR *a priori* et présente l'approche générale susceptible de précéder les consultations publiques et d'en constituer le fondement. Cette section aborde deux cas dans lesquels les possibilités de quantification sont limitées, de sorte que l'analyse doit rester essentiellement qualitative, et d'autres domaines dans lesquels la quantification est à la fois possible et souhaitable. Plusieurs approches différentes de la quantification sont traitées, y compris les modèles économétriques, et les embûches potentielles sont délimitées. Les aspects abordés englobent la composition des comités d'audit, les obligations de divulgation d'information imparties aux administrateurs, l'émission de droits de souscription, les droits spéciaux se rattachant à certaines actions (*golden shares*) et l'amélioration des mécanismes de divulgation.

La troisième section est consacrée à plusieurs processus et techniques qui peuvent être classés comme relevant des AIR *a posteriori*. La distinction *a posteriori* et *a priori* sert uniquement à des fins explicatives, car l'analyse *a priori* sera souvent nécessairement basée sur des études *a posteriori* mettant en évidence des défaillances de l'intervention réglementaire ou des coûts excessifs. Les évolutions dans ce domaine semblent être moins avancées que pour l'analyse *a priori*. Les exemples incluent les règlements sur les informations à communiquer, les opérations d'initiés et l'incidence de la loi Sarbanes-Oxley. La quatrième section contient des commentaires de conclusion.

Clarification des enjeux stratégiques

L'analyse d'impact de la réglementation est autant un style d'analyse et une approche de la résolution des problèmes politiques de façon cohérente qu'une technique empirique, et définir correctement les questions stratégiques est tout aussi important en matière de gouvernement d'entreprise que dans d'autres domaines. Par exemple, comment combattre la fraude par les entreprises et les informations financières erronées, comment assurer des audits « fiables » et empêcher une rémunération « excessive » des dirigeants sont quelques-uns des enjeux qui appellent des actions complexes. L'interdiction de la fraude et la garantie d'une fiabilité totale des audits sont impossibles sans prendre des mesures drastiques et coûteuses, ce qui exige des initiatives trouvant un juste équilibre entre coûts et avantages probables. Les mesures prises par le passé pour encadrer la rémunération des dirigeants ont été contreproductives, avec la mise en place de systèmes basés sur les performances aux États-Unis afin de contourner l'interdiction de la déductibilité fiscale des paiements supérieurs à un million USD. Il n'est donc pas surprenant que, dans de nombreux pays, les responsables politiques soient enclins à encourager ou habiliter les actionnaires à s'opposer aux régimes de rémunération (ex. influence sur le salaire). La définition du problème stratégique est donc, dans une certaine mesure, plus en phase avec les techniques de l'AIR, notamment l'application de tests de seuil et l'analyse des défaillances du marché.

Tests de seuil visant à déterminer si une intervention est justifiée

Les recommandations de l'OCDE concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation (OCDE, 1995) soulignaient la nécessité d'effectuer un « test de seuil » afin

de déterminer si une réglementation, ainsi que des mesures juridiques plus générales, se justifient. Ce test entend répondre aux questions 2 et 3 de la Liste de critères de référence de l'OCDE : « L'intervention des pouvoirs publics est-elle justifiée ? » et « la réglementation représente-t-elle la meilleure forme d'intervention gouvernementale ? ». Aussi un test de seuil doit-il définir clairement le problème et énumérer toutes les raisons qui sous-tendent l'intervention des pouvoirs publics. Par exemple, un test de seuil définirait clairement le problème ou le motif de la réglementation, notamment :

- défaillance du marché (manque d'informations, informations trompeuses, présence d'externalités ou de biens collectifs ou exercice d'un pouvoir de marché excessif) ;
- défaillance de la réglementation (restriction à la concurrence imposée par les pouvoirs publics qui ne sert pas l'intérêt général; réglementation inefficace) ;
- risque ou aléa inacceptable ;
- objectifs sociaux/questions d'équité, autres objectifs, etc.

Un risque ou un aléa inacceptable peut également être un motif justifiant une mesure des pouvoirs publics, une réglementation en particulier. Comme le remarque l'OCDE (2007), l'analyse de risque tient une place importante dans la méthodologie de l'AIR, puisqu'elle constitue un moyen essentiel pour évaluer des approches alternatives et joue un rôle significatif dans l'examen du degré adéquat de sévérité de la réglementation.

Du point de vue de l'AIR dans le contexte du gouvernement d'entreprise, des instructions plus complètes que le seuil de test général évoqué ci-dessus semblent nécessaires. En effet, l'AIR réalisée dans ce contexte peut exiger une définition plus précise des objectifs politiques ou intermédiaires avant d'identifier « le problème » qui peut être une défaillance du marché, une défaillance de la réglementation ou même un risque, et avant de préconiser une intervention réglementaire éventuelle. De même, il convient d'interpréter plus largement le concept de défaillance du marché. Par exemple, les mauvaises pratiques de gouvernement d'entreprise qui génèrent une perte économique peuvent être imputées à un abus de pouvoir de la part d'initiés plutôt qu'au critère plus habituel du « pouvoir de marché excessif ». L'analyse de la défaillance du marché dans le domaine de la réglementation des marchés financiers fournit un exemple utile puisqu'elle fait partie du cadre du gouvernement d'entreprise. Dans ce domaine, il existe un lien plus étroit entre les objectifs politiques et la nature de la défaillance de marché potentielle que dans d'autres sphères du gouvernement d'entreprise.

Analyse des défaillances du marché

L'analyse des défaillances du marché (ADM) fait partie des tests de seuil et concerne exclusivement les défaillances du marché et les défaillances de la réglementation. L'Autorité britannique des services financiers (FSA, *United Kingdom Financial Services Authority*) a publié un guide très utile sur les questions de gouvernement d'entreprise (FSA, 2006). En qualité d'organisme de réglementation des marchés financiers, elle poursuit un ensemble d'objectifs très clairs : préserver et renforcer la confiance des marchés, assurer la protection des consommateurs, sensibiliser le public et lutter contre la criminalité financière. Les premier et dernier objectifs sont étroitement liés aux enjeux du gouvernement d'entreprise. Ces objectifs découlent d'objectifs plus larges des pouvoirs publics, comme le maintien de l'intégrité des marchés, visant à promouvoir la croissance en abaissant le coût du capital et en dynamisant le secteur des entreprises.

La pratique de la FSA consiste à réaliser une ADM avant toute analyse coûts-avantages et au début du processus de prise de décision, et non à la fin. L'ADM, de nature essentiellement conceptuelle, entend indiquer aux décideurs politiques si la FSA peut faire mieux que le marché, quel que soit le problème. Elle porte sur les arguments économiques en faveur d'une intervention, sans pour autant négliger les arguments non économiques. Par contraste, l'analyse coûts-avantages vise à indiquer aux responsables politiques si la mesure spécifique proposée est susceptible de remédier concrètement à la défaillance du marché ou de la réglementation de manière à générer des avantages nets.

Selon les orientations de la FSA, l'ADM et l'analyse coûts-avantages initiale doivent répondre à six questions, à savoir : quel est ou quels sont les marchés économiques concernés ? Quelles sont les défaillances importantes du marché et/ou de la réglementation sur les marchés concernés ? Le bien-être économique connaîtra-t-il une amélioration en l'absence d'intervention aujourd'hui ou à l'avenir ? Les défaillances du marché seront-elles corrigées à court terme ? Pour la première phase de l'analyse coûts-avantages, les questions sont les suivantes : quelles sont les options réglementaires disponibles ? Quels sont les coûts et avantages économiques et autres de ces options par rapport à l'option « ne rien faire » ? Quelles pourraient être les autres analyses coûts-avantages requises ?

Les directives de la FSA expliquent ce qu'elles entendent par défaillance réglementaire, ce qui est utile dans le cadre plus général du gouvernement d'entreprise, bien que certains ajustements soient nécessaires pour aborder des questions spécifiques. Au sens strict, une défaillance réglementaire désigne une intervention dont les coûts économiques sont supérieurs ou dont les avantages économiques sont inférieurs à ce qui était escompté à l'origine, de sorte que l'effet net est nocif ou plus nocif qu'il n'aurait dû l'être. Cette situation se produit en général lorsque des conséquences involontaires ou imprévues surviennent, ce qui a souvent été le cas lors des phases initiales de mise en œuvre de la SOX 404 concernant l'attestation d'audit par un organisme externe des contrôles financiers internes. Une défaillance réglementaire peut également se produire lorsque l'intervention n'est pas correctement ciblée sur la défaillance du marché en cause. Elle peut également survenir lorsque la demande sur le marché ciblé est beaucoup plus sensible aux hausses de prix que les autorités ne le pensaient.

Les instructions de la FSA sur la manière de traiter la question – quelles sont les défaillances importantes du marché et/ou de la réglementation sur le(s) marché(s) concerné – sont également utiles pour le gouvernement d'entreprise en général. La principale différence tient au fait que, pour la FSA, les défaillances spécifiques du marché sont associées principalement, mais non exclusivement, à ses objectifs. Cinq étapes sont proposées (FSA, 2006) :

- Déterminer le principal objectif poursuivi par l'initiative, puis déterminer la défaillance du marché susceptible d'être pertinente.
- Déterminer si cette défaillance du marché et/ou une autre défaillance est en principe pertinente en considérant la nature du marché économique en question. À cette fin, la FSA préconise de partir de l'hypothèse d'une absence complète de réglementation financière.
- Déterminer si une intervention réglementaire dûment ciblée (y compris les droits ou obligations générés par une loi votée au Parlement ou par la *Common Law*) a effectivement remédié à la défaillance de marché identifiée à l'étape précédente.
- Déterminer si une défaillance de la réglementation est en principe pertinente; elle peut venir s'ajouter à une défaillance du marché ou être la cause exclusive, lorsqu'un risque

lié aux objectifs a été identifié mais que le processus ci-dessus suggère qu'il n'est probablement pas dû à une défaillance du marché.

- S'assurer que la défaillance du marché et/ou de la réglementation pertinente est importante pour le risque concerné.

La FSA (2006) fournit également des instructions générales sur le contenu et la finalité d'une analyse coûts-avantages de haut niveau ou préliminaire de quelques pages seulement. La structure d'analyse est la suivante :

- Quelles sont les options réglementaires disponibles ?
- Quelle est la base de référence adéquate de l'analyse coûts-avantages des options disponibles ? Il s'agit très souvent de l'hypothèse d'un monde sans règles, puisque c'est bien l'impact marginal du changement de règle proposé qui est évalué.
- Sur quel comportement ces options auront-elles une influence, et de quelle manière ?
- Par rapport à la base de référence, quels sont les principaux coûts et avantages de chaque option ? De quelle manière, et dans quelle mesure, chaque option peut-elle réduire ou supprimer les défaillances du marché identifiées par l'ADM et considérées comme pertinentes pour l'accomplissement des objectifs politiques ?
- Par rapport à la base de référence, quels sont les coûts et les avantages non économiques de chaque option ?
- Par quelles preuves l'évaluation est-elle étayée ? Ces preuves présentent-elles de sérieuses lacunes ?

La FSA fournit un exemple pertinent pour le gouvernement d'entreprise (2007, annexe 1) en étudiant l'opportunité d'étendre les obligations déclaratives des principaux actionnaires à un instrument financier spécifique, le contrat de couverture des fluctuations. La question est de savoir si la réglementation existante constituait une défaillance du marché. L'étude inscrit cette question résolument dans le contexte des arguments en faveur de la diffusion d'informations sur l'identité des principaux actionnaires de sociétés cotées : ces informations sont censées protéger les actionnaires minoritaires, aider les marchés à fonctionner plus efficacement et donc améliorer la confiance des investisseurs. L'analyse coûts-avantages examine alors trois options (voir ci-dessous).

Exemple du modèle « une action, une voix » et proportionnalité

L'approche analytique de la politique publique présentée ci-dessus a été appliquée afin de déterminer la nécessité, au niveau de l'UE, d'imposer le principe « une action, une voix » dans les sociétés européennes et d'assouplir les mécanismes de renforcement des contrôles. Les arguments qui plaident en faveur de l'existence d'une défaillance du marché/de la réglementation lorsque des systèmes sans proportionnalité sont en place, et qu'il existe donc une raison d'intervenir, s'appuient sur les problèmes d'agence qui surviennent lorsque les droits économiques et les droits de la propriété divergent. Toutefois, il faut également remarquer que même dans les entreprises dotées d'une structure unifiée du capital, des problèmes d'agence existent, même si la présence d'actionnaires actifs permet en théorie de les combattre plus facilement. Dans le cadre d'une AIR, les défaillances potentielles du marché doivent être isolées afin de mieux cibler les problèmes lors de la phase ultérieure de l'analyse politique. Les défaillances potentielles du marché/de la réglementation incluent généralement le fait, pour les contrôleurs, de retirer un avantage personnel de leur activité, l'abus de droit à l'encontre

des actionnaires minoritaires à l'occasion d'un changement de contrôle, et des externalités négatives par lesquelles la demande de rémunération des investisseurs (par le biais d'une baisse des cours des actions) entraîne un renchérissement du capital qui est également supporté par d'autres entreprises du pays parfois même dotées de systèmes proportionnels. Les défaillances fondamentales du marché incluent l'asymétrie de l'information et des externalités négatives.

L'existence effective de ces défaillances potentielles du marché dépendra bien évidemment d'autres aspects juridiques et réglementaires, tels que la supervision efficace des avantages personnels, qu'il faut également prendre en considération. Voici quelques-uns de ces aspects (European Policy Forum, 2007) :

- Toute variation des droits de vote serait reflétée dans le prix payé par un investisseur.
- Certains actionnaires peuvent ne pas souhaiter exercer leur droit de vote, mais se concentrer uniquement sur le rendement.
- Les droits de vote différenciés incitent davantage d'entreprises à faire appel à l'épargne publique dans la mesure où leur fondateur bénéficiera d'une certaine protection (ex. Google).
- D'autres moyens de contrôle qui peuvent remplacer les mécanismes actuels peuvent être plus coûteux en termes d'efficacité économique, tels que les structures d'entreprises pyramidales.
- La relation contractuelle entre investisseurs et propriétaires constitue un avantage plutôt qu'une défaillance du marché, notamment lorsque les investisseurs sont hétérogènes.
- L'existence d'alternatives sur le marché aura tendance à supprimer les structures de vote inefficaces, et des initiatives telles que le contrôle des transactions abusives par le conseil peuvent également apporter une solution contractuelle.
- Des lois et règlements qui ne portent pas directement sur la question de la proportionnalité peuvent passer sous silence les défaillances du marché. Dans le cas de l'UE, la Directive sur les offres publiques d'achat traite d'ores et déjà le problème de l'asymétrie de l'information en exigeant la divulgation des mécanismes de contrôle.

La Commission européenne a effectué une analyse d'impact (Commission des Communautés européennes, 2007) dont elle a défini clairement l'objectif : renforcer la confiance des investisseurs dans les marchés financiers, ce qui nécessite de « donner aux investisseurs la possibilité d'être plus actifs sur les différents marchés des capitaux de l'UE en ayant la garantie que les sociétés dans lesquelles ils investissent sont dotées de cadres de gouvernement d'entreprise fiables et équivalents ». Pour atteindre cet objectif général, l'étude se fixe un objectif spécifique : réduire le risque d'obtention d'avantages privés par des initiés (dirigeants et actionnaires de contrôle) au détriment des actionnaires sans contrôle. Le rapport final rend compte des critiques formulées par les comités de contrôle internes (Commission européenne, 2007) qui concluent que les « principaux problèmes générés par la séparation de la propriété et du contrôle devraient être présentés de façon plus claire et plus rigoureuse en établissant des liens plus cohérents avec les objectifs définis. Les options proposées doivent être confrontées à un scénario de référence soigneusement élaboré » (p. 2).

L'AIR finale conclut qu'il n'est pas certain que « l'adoption d'une directive ou d'une recommandation représenterait la solution la plus simple pour réduire le risque d'obtention d'avantages privés par des initiés dans les États membres de l'UE par rapport à l'action combinée de pressions spontanées exercées par les marchés, d'initiatives

réglementaires des États membres et du cadre juridique communautaire existant. En l'absence de preuves concrètes de l'existence et de l'étendue de l'expropriation des actionnaires, l'adoption de mesures supplémentaires comporterait le risque d'imposer des coûts considérables aux émetteurs et aux actionnaires de contrôle, sans générer d'avantage proportionnel ».

Expérience de l'analyse d'impact de la réglementation *a priori*

Comme nous l'avons indiqué ci-avant, l'AIR est autant un style d'analyse qu'une technique empirique, et met l'accent sur la nécessité d'envisager des solutions alternatives et d'étudier comment fonctionne le système actuel et pourquoi. À ce titre, elle peut être utilisée pour organiser et motiver les consultations avec les participants clés. Pour ce faire, elle doit être largement comprise. Un exemple utile est fourni par le cadre explicite utilisé par l'Australie dans son programme actuel visant à simplifier le cadre réglementaire; à l'occasion de ce programme, les responsables australiens se sont attaqués à des questions typiques du gouvernement d'entreprise, telles que la réforme des notes d'information afin d'encourager l'émission de droits de souscription et la publication d'informations par des entreprises non cotées. L'approche conceptuelle des coûts est globalement bien comprise, de sorte que seuls des commentaires supplémentaires sont requis. Toutefois, l'approche de la définition et de la mesure des avantages est beaucoup plus compliquée; par conséquent, cette section décrit une approche substitutive axée sur le marché qui a été élaborée. Elle présente également plusieurs exemples dans le domaine difficile de la transparence, où les coûts comme les avantages ont été estimés, l'accent étant mis sur les méthodes.

Cadre pour les consultations publiques

La méthodologie utilisée en Australie est un exemple intéressant d'analyse qualitative, réalisée dans un cadre formel qui distingue clairement différents groupes (consommateurs/investisseurs, entreprises, organismes de réglementation/pouvoirs publics) et la nature variable des coûts et des avantages pour chaque groupe. Les répercussions habituelles du choix d'une option sur les consommateurs peuvent inclure des changements dans les conditions d'accès au marché, du niveau d'informations et de renseignements fournis ou des prix des biens et des services. Les répercussions fréquentes sur les entreprises seraient une variation des coûts de mise en conformité avec une exigence réglementaire et, plus récemment, des coûts d'opportunité de l'utilisation obligatoire de ressources rares et spécifiques à l'entreprise. Pour les organismes de réglementation/pouvoirs publics, les coûts incluraient généralement ceux liés à l'administration d'une obligation réglementaire.

L'évaluation d'impacts dans le cadre australien est basée sur une échelle en sept points qui se rapporte au scénario « ne rien faire », dans laquelle une note positive de +1 à +3 est attribuée à l'impact en fonction de l'importance de l'avantage relatif (faible, modéré ou élevé), et *vice-versa* pour l'importance du coût correspondant (tableau 5.1). Cette méthode est également utilisée par l'organisme italien de réglementation des marchés financiers (CONSOB, 2008) pour examiner les changements réglementaires portant sur les transactions entre parties liées. L'importance de la notation d'un impact spécifique associé à une option est définie en tenant compte de l'impact potentiel global sur le groupe concerné, qui inclut la question de savoir si le coût ou l'avantage est unique ou récurrent, et s'il toucherait une fraction restreinte ou importante du groupe concerné. Aussi, un coût ou un avantage, même s'il est important pour les personnes concernées, n'aboutira pas

Tableau 5.1. **Évaluation qualitative d'un impact**

+3	+2	+1	0	-1	-2	-3
Avantage/gain élevé par rapport à l'option « ne rien faire »	Avantage/gain modéré par rapport à l'option « ne rien faire »	Avantage/gain faible par rapport à l'option « ne rien faire »	Pas de changement notable par rapport à l'option « ne rien faire »	Désavantage/coût faible par rapport à l'option « ne rien faire »	Désavantage/coût modéré par rapport à l'option « ne rien faire »	Désavantage/coût élevé par rapport à l'option « ne rien faire »

forcément à la note maximale s'il s'agit d'un événement unique qui concerne quelques individus seulement. À l'inverse, une faible augmentation des coûts ou des avantages peut se voir octroyer une notation moyenne ou élevée dès lors qu'elle a de bonnes chances de se reproduire ou qu'elle touche une part importante de la population concernée. La méthodologie intègre donc la nécessité d'apprécier les coûts et les avantages selon un point de vue qualitatif.

Le choix de la catégorie élevée, modérée ou faible dépend de la nature du problème et des options examinées. Étant donné toutefois que toutes les évaluations s'effectuent par rapport à l'option du *statu quo*/ne rien faire pour un problème spécifique, la valeur absolue de l'adjectif élevé, modéré ou faible n'a pas vraiment d'importance. Ce qui compte, c'est d'attribuer, lors de l'évaluation d'un problème, une notation adéquate aux impacts de chaque option par rapport au *statu quo* et par rapport aux autres options. Si tel est le cas, les impacts individuels peuvent être pris en compte afin de générer un résultat global pour l'option qui facilite l'examen des mérites relatifs des différentes options, du point de vue de l'analyse coûts-avantages, afin de traiter un problème en particulier. Cette méthodologie constitue donc un cadre approprié à la poursuite des consultations avec les principaux protagonistes, qui sont susceptibles d'aboutir à une évaluation quantifiée des coûts et des avantages intégrée à la version finale de l'analyse d'impact de la réglementation. Les autorités australiennes utilisent cette méthode à cette fin, et sollicitent des commentaires sur la question de savoir si tous les impacts potentiels ont été étudiés, si les notations sont adéquates et s'il est possible de quantifier plus précisément les coûts et les avantages. Cette approche a été appliquée pour examiner les règlements portant sur l'émission de droits de souscription. Une procédure analogue a été suivie dans le cas de l'AIR menée par le Royaume-Uni portant sur l'établissement éventuel d'un nouveau rapport par les administrateurs de société. La section suivante examine ces deux exemples.

La mesure des coûts

Dans le domaine du gouvernement d'entreprise, la définition du coût mérite un certain soin et nécessite de prendre en compte le coût supplémentaire de conformité : le coût induit par la mise en conformité avec le texte réglementaire ou législatif qui ne se manifesterait pas ou ne se serait pas manifesté en l'absence de la règle obligatoire. Une étude montre que le coût supplémentaire de la réglementation, des exigences juridiques, etc., varie d'une entreprise à l'autre (Deloitte, 2005). Certaines exigences spécifiques sont considérées comme inhérentes aux activités normales de l'entreprise, alors que d'autres protagonistes (peut-être en petit nombre) y voient exclusivement l'effet de la réglementation. Par exemple, dans une étude de comités d'audit indépendants présentée ci-dessous, plusieurs sociétés cotées à la Bourse de Toronto considèrent à l'évidence ces comités comme une pratique normale. Dans ce cas spécifique, les nombreuses entreprises qui n'ont pas adopté cette pratique seront confrontées à un coût de conformité supplémentaire.

Cette étude de Deloitte confirme également la nécessité de faire la distinction entre les dépenses de démarrage et les coûts récurrents, distinction que souligne l'approche australienne. Elle constate que les coûts de la révision des processus opérationnels entraînés par l'adoption d'exigences nouvelles ou modifiées sont souvent substantiels, mais qu'une fois intégrés aux activités normales, le caractère incrémentiel de ces processus apparaît généralement comme étant assez limité (notamment pour la réglementation des marchés financiers à laquelle l'étude se réfère). Le corollaire est que les économies dégagées par la suppression d'une règle sous-jacente peuvent être marginales, facteur qui a son importance dans les études portant sur les avantages potentiels de la déréglementation.

Plusieurs pays ont élaboré des outils logiciels pour faciliter le calcul des coûts administratifs, qui jouent un rôle important dans toute analyse d'impact de la réglementation. Par exemple, les Pays-Bas ont élaboré le modèle de coût standard permettant de mesurer les coûts administratifs, que plus d'une douzaine d'autres pays ont désormais adopté³. Un comité consultatif indépendant sur les charges administratives, mis en place en 2000 aux Pays-Bas, a pour rôle d'examiner les AIR sous l'angle spécifique de la quantification des charges administratives.

Le coût d'opportunité des ressources spécifiques à une entreprise fait l'objet d'une attention croissante depuis quelques années, dans le sillage de la loi Sarbanes-Oxley. C'est notamment le cas pour le temps consacré par les dirigeants et les conseils d'administration aux exigences juridiques/réglementaires. Les magazines professionnels prétendent souvent que les conseils et les dirigeants sont davantage soucieux de respecter la réglementation que de mettre en œuvre une stratégie, et que c'est une des raisons qui expliquent la baisse relative du taux d'investissement aux États-Unis. Même si cette assertion est vraie, le test et la quantification seront à l'évidence difficiles. Une étude présentée ci-dessous (OFR) tente d'évaluer sommairement l'ordre d'importance.

La mesure des avantages

De nombreuses études existantes ne donnent pas une vision globale de l'importance des avantages susceptibles d'être générés par un changement réglementaire ou ne font que survoler les possibilités de mesurer les différents types d'avantages potentiels. Même si, sur un plan empirique, les coûts sont souvent estimés, les analyses coûts-avantages existantes s'en remettent souvent à l'examen qualitatif pour évaluer les avantages, sans mesure ou analyse explicite des mécanismes par lesquels la réglementation est supposée produire le changement souhaité. Pour remédier à cette faiblesse, l'Autorité britannique des services financiers (FSA, *Financial Services Authority*) a élaboré un cadre d'évaluation des avantages de la réglementation financière qui peut être appliqué à la plupart des aspects relatifs au gouvernement d'entreprise (FSA, 2006a). Ce cadre explique, à un niveau conceptuel, comment mesurer les avantages, et permet à l'utilisateur de poser les bonnes questions comme point de départ de l'évaluation des avantages de la réglementation. Les outils et les techniques empiriques font l'objet d'une section spécifique du présent chapitre.

Un aspect fondamental du cadre FSA est la nécessité de mesurer les avantages de la réglementation en tant qu'améliorations des résultats du marché produites par cette réglementation. Pour l'analyse *a posteriori*, dont l'objectif est d'évaluer l'impact de la réglementation existante, la mesure nécessite de comparer les résultats effectifs du marché dans un monde réglementé avec ceux qui auraient été obtenus dans un monde non réglementé. Lorsque les changements envisagés de la réglementation doivent être évalués *a priori*, l'évaluation nécessite de mesurer l'amélioration probable des résultats du marché par

rapport au *statu quo*. Le cadre FSA adopte le point de vue du « consommateur » final (à savoir les épargnants privés, les investisseurs et les sociétés qui se financent par appel public à l'épargne) plutôt que du consommateur intermédiaire, et répertorie sept principaux résultats préjudiciables qui résultent des effets cumulés des dysfonctionnements du marché, des risques et d'incitations inadaptées (tableau 5.2). En matière de gouvernement d'entreprise et notamment pour les mesures qui visent à réduire les coûts d'agence, les classifications nécessiteraient une modification mais, pour l'essentiel, l'approche rigoureuse reste identique.

Tableau 5.2. Classification des types d'effets préjudiciables au consommateur et des avantages potentiels de la réglementation

Types d'effets préjudiciables au consommateur en l'absence de réglementation	Exemple/explication de l'effet préjudiciable	Avantages potentiels de la réglementation
Choix sous-optimal	Achats inadaptés de produits financiers.	Valeur que le consommateur tire d'un meilleur choix.
Choix réduit	Le manque de confiance des consommateurs peut dissuader les entreprises de proposer certains types de produits, réduisant ainsi le choix disponible pour le consommateur.	Valeur que le consommateur tire d'un choix bien informé (c.à.d. réduction du coût d'opportunité de ne pas être en mesure d'acheter ce qui serait disponible).
Surcoûts résultant des risques opérationnels	Pertes subies par les consommateurs à cause d'une défaillance opérationnelle d'une entreprise (ex. fraude, vente à contretemps); prix plus élevés si la défaillance est compensée par l'entreprise et si le coût est répercuté sur le consommateur.	Réduction des pertes escomptées et d'autres coûts associés à la défaillance opérationnelle.
Surcoûts résultant des risques financiers	Pertes subies par les consommateurs à cause de la défaillance d'une entreprise (ex. perte de pension).	Réduction des pertes escomptées et d'autres coûts associés à la défaillance financière.
Surcoûts résultant des risques systémiques	Coûts supportés par les consommateurs à cause de défaillances en chaîne du système financier.	Réduction des pertes escomptées et d'autres coûts associés à la défaillance systémique.
Prix plus élevés générés par la puissance de marché de certaines entreprises	Les consommateurs paient des prix excessivement élevés à une entreprise qui exerce sa puissance sur le marché.	Diminution des prix excessifs.
Surcoûts résultant des inefficacités des transactions/du système	Les consommateurs subissent des coûts de transaction plus élevés (ex. à cause de la nécessité de surveiller les intermédiaires financiers s'il n'existe aucune autorité de réglementation susceptible d'accomplir cette fonction).	Réduction des coûts de transaction/des prix entraînés par les inefficacités, y compris des coûts de recherche des consommateurs.

Source : FSA, Londres, 2006; et Oxera.

La mesure directe des améliorations sur le plan des résultats du marché est une option envisageable pour l'analyse *a posteriori* lorsqu'il est possible de comparer l'indicateur pertinent qui définit un résultat en particulier, avant et après la réglementation. Les techniques de l'analyse *a posteriori* incluent les études d'événements mais, pour l'analyse *a priori*, d'autres techniques sont plus adaptées. Ces techniques sont abordées ci-dessous. L'importance du cadre FSA tient au fait qu'il établit un lien entre l'avantage et une mesure. Par exemple, les initiatives visant à améliorer les résultats pour les « consommateurs » générés par une modification des accords d'agence peuvent inclure des valorisations de meilleure qualité (prix des actions), une utilisation des ressources plus efficiente (valeur ajoutée économique, VAE) et une baisse des coûts du capital. Toutefois, tous les avantages ne se prêtent pas à une mesure, même dans l'analyse *a posteriori*. Dans le tableau 5.2, par exemple, il serait difficile de déterminer si l'augmentation du choix offert au consommateur

résultant d'une réglementation a effectivement contribué à améliorer l'adéquation entre ce que le consommateur achète et ce dont il a réellement besoin.

Bien que la mesure des avantages ait normalement pour objet de quantifier directement les améliorations des résultats du marché sous l'effet de la réglementation ou d'une disposition spécifique, la méthodologie de la FSA reconnaît que cette mesure peut être difficile, notamment pour les raisons suivantes :

- Des prévisions sont nécessaires.
- Les résultats du marché dépendent d'un large éventail de facteurs qui ne peuvent pas toujours être contrôlés afin d'isoler l'impact de la réglementation.
- Lorsqu'une réglementation est en place, les informations relatives aux résultats avant son adoption n'existent pas toujours.
- Certaines dimensions pertinentes des résultats du marché sont, par nature, difficiles à mesurer et/ou à quantifier en termes monétaires.

Ces problèmes ont conduit à une innovation importante de la méthodologie : la mesure indirecte qui implique de trouver et de mesurer des variables substitutives qui sont des indicateurs fiables des changements des résultats du marché concernés (tableau 5.3). La première étape consiste à identifier l'effet préjudiciable qu'un règlement ou une disposition spécifique sont supposés compenser (première ligne), et la deuxième à envisager le mécanisme ou les processus par lesquels la mesure est censée produire le changement voulu du résultat du marché. La mesure indirecte (deuxième colonne) désigne la quantification des améliorations intermédiaires au cours du processus. La dernière étape consiste à confirmer que les variables substitutives choisies se prêtent à des déductions sur les améliorations des résultats de marché. L'exemple directement applicable au gouvernement d'entreprise décrit ci-dessous implique une étude de comités d'audit indépendants.

Tableau 5.3. **Illustration de la mesure indirecte des avantages**

Processus d'identification d'avantages mesurables	Exemples pratiques
Repérer les résultats de marché que la réglementation entend améliorer	Règle sur la communication d'informations visant à réduire les achats inadaptés des consommateurs
Identifier les mécanismes par lesquels la réglementation produit l'amélioration	Des informations plus nombreuses permettent de meilleures décisions d'achat
Identifier et mesurer les variables substitutives correspondantes	Degré de mise à disposition d'informations par les sociétés
Valider le lien entre variable substitutive et résultat de marché	Vérifier si les consommateurs utilisent/comprennent les informations et ajustent leurs décisions en conséquence

Source : FSA.

Les analyses coûts-avantages existantes évaluent souvent les avantages en mesurant les variations d'indicateurs qui sont en fait des variables substitutives plutôt que de véritables mesures du résultat de marché. L'intérêt de l'approche FSA est qu'elle implique d'examiner le motif qui sous-tend le choix de telle ou telle variable substitutive et/ou de s'assurer qu'elle est adéquate. À défaut, les améliorations estimées risquent de générer des déductions erronées sur les avantages à terme. Cet aspect est illustré par la FSA (2008, annexe II) concernant l'augmentation des informations à divulguer par les actionnaires majoritaires. L'analyse coûts-avantages souligne que rares sont les ouvrages consacrés spécifiquement à la question des informations à communiquer par les actionnaires

majoritaires, alors que les études du rôle de l'information sur les marchés abondent. On a souvent puisé dans ces études les variables substitutives utilisées pour évaluer les avantages potentiels d'une extension des obligations déclaratives aux contrats de couverture des fluctuations.

Autre intérêt : les mécanismes précis de cause à effet d'un avantage doivent être clairement expliqués. Dans un nombre croissant de cas dans le monde, l'analyse d'impact de la réglementation est mise à contribution afin de formuler des conclusions sur les avantages macroéconomiques (ex. innovation, croissance, distribution des revenus et pauvreté) pour lesquels le cadre analytique est au mieux insuffisant, du moins lorsqu'il est appliqué à des propositions réglementaires de moindre envergure (OCDE, 2006).

Études de cas

Divulgence d'informations et transparence

Tous les protagonistes reconnaissent généralement que la transparence et la divulgation d'informations sont essentielles pour que les systèmes de gouvernement d'entreprise permettent aux investisseurs et à d'autres acteurs de prendre des décisions rationnelles. Toutefois, le juste équilibre entre les coûts supportés par les entreprises d'une part, et les avantages pour les actionnaires et autres parties prenantes d'autre part, n'est pas toujours évident et fait souvent l'objet de polémiques. Cette section porte donc sur les études consacrées à la transparence et à la divulgation d'informations, y compris une AIR au Royaume-Uni portant sur les rapports établis par les administrateurs, et sur deux études en Australie relatives aux exigences en matière de note d'information et de compte rendu pour les sociétés non cotées. La section suivante revient sur ce thème et analyse des tentatives pour mesurer les avantages, et notamment ceux résultant d'une meilleure transparence grâce à des comités d'audit indépendants.

Amélioration des informations communiquées par les membres du Conseil : examen opérationnel et financier au Royaume-Uni

L'étude AIR du Royaume-Uni (DTI, 2006a) concerne l'introduction envisagée de l'obligation, pour les administrateurs de sociétés cotées et enregistrées au Royaume-Uni, de publier un rapport. Ce rapport, intitulé *Examen opérationnel et financier (Operating and Financial Review, OFR)*, entendait être une « analyse complète et mesurée du développement et des performances de l'entreprise, y compris des principales tendances et des facteurs qui sous-tendent les résultats et la position financière de l'entreprise au cours de l'exercice, et ceux susceptibles d'avoir une influence sur ses résultats dans les années à venir ». L'étude AIR répond à plusieurs égards aux exigences des bonnes pratiques : elle a été utilisée dans une version préliminaire soumise à consultation publique et pour repérer les points sur lesquels les estimations de coûts initiales pouvaient être erronées, y compris le risque qu'une exigence d'audit n'ait pas été clairement spécifiée et puisse entraîner des coûts imprévus élevés; elle envisageait plusieurs options; elle considérait les problèmes d'application et définissait précisément les obligations des administrateurs et des auditeurs; elle proposait des études de suivi. L'AIR a également été soumise à un examen externe indépendant réalisé par le *National Audit Office* (voir ci-dessous). En revanche, les avantages n'ont pas été mesurés et on a l'impression que la décision politique d'améliorer la divulgation d'informations avait déjà été prise, de sorte que la décision de réaliser une AIR visait seulement à améliorer le rapport coût-efficacité⁴. Il faut également remarquer que l'AIR s'inscrivait dans le contexte d'une réforme globale du droit des sociétés (DTI, 2006a).

Concernant les avantages potentiels, l'AIR soulignait qu'un rapport narratif de nature prospective relevait depuis quelque temps des bonnes pratiques et était préconisé par le *Accounting Standards Board*, mais que le degré d'observation était inégal. Une étude citée par l'AIR datant de 2003 constatait que les rapports narratifs de nature prospective comptaient 12 900 mots en moyenne, le plus dense étant 18 fois plus long que le plus court, 47 % du contenu étant consacré aux résultats opérationnels, et seulement 5 % à la stratégie future et 1 % à la vision et aux valeurs. L'AIR concluait qu'un caractère obligatoire s'imposait et soulignait que « si l'on continue de laisser aux entreprises la latitude de préparer ou non un OFR, les actionnaires risquent de ne pas avoir suffisamment d'informations pour comprendre et évaluer l'entreprise dans laquelle ils ont investi et pour pouvoir mettre en cause les administrateurs. La possibilité de comparer de manière systématique les résultats des entreprises s'en trouvera également réduite ». Les raisons des défaillances du marché ne sont que brièvement citées.

Les avantages sont ceux qui reviennent aux entreprises, aux actionnaires et à l'économie en général⁵. Citant une étude FASB au Royaume-Uni, l'AIR note que les investisseurs bénéficient surtout de la diminution du risque de mauvaise affectation de leur capital, tandis que les avantages pour les entreprises sont les suivants : diminution du coût moyen du capital, crédibilité accrue et amélioration des relations avec les investisseurs; accès à des marchés plus liquides avec des variations de prix réduites entre transactions. Certaines études sont citées en appui, mais ce sont des études générales sur la transparence. Elles constituent donc un substitut à l'ORF de nature prospective et pas des études définitives d'informations prospectives pour lesquelles il existe d'autres mécanismes, comme des analyses et des publications professionnelles. La troisième catégorie, les avantages pour l'économie en général, est plus sujette à caution et est susceptible d'impliquer un double comptage. Toutefois, il existe des études qui mettent en évidence des externalités générées par les marchés des capitaux sur la croissance, bien qu'elles aient trait à la transparence et aux marchés des capitaux en général, et non à une déclaration prospective telle que l'OFR.

Le traitement des coûts est étroitement lié à la spécification d'alternatives à la proposition législative. Après une première série de consultations, des changements ont été apportés à la proposition législative afin de mieux traiter les aspects pour lesquels les coûts auraient pu devenir excessifs (tableau 5.4). Les coûts couvraient la préparation et la distribution de l'OFR, y compris le temps de travail des administrateurs et des dirigeants,

Tableau 5.4. **Résumé des coûts par option**

Numéro de l'option	Option	Coût annuel total en livres sterling (millions)
1	Ne rien faire	0
2	Mettre en œuvre la directive de modernisation uniquement	103.7
3	Mettre en œuvre la directive de modernisation et un OFR obligatoire non vérifié pour les sociétés cotées	107.9
3a	Étendre l'OFR aux grandes sociétés privées	142.9
3b	Limiter l'OFR aux grandes sociétés cotées	107.4
4	Mettre en œuvre la directive de modernisation et un OFR obligatoire pour les sociétés cotées avec un régime de vérification en trois étapes	179.3
4a	Mettre en œuvre la directive de modernisation et un OFR obligatoire pour les sociétés cotées avec un régime de vérification en deux étapes	137.2
	NB : en cas d'extension aux grandes sociétés ouvertes (247.5)	

Source : *Analyse d'impact de la réglementation*, version finale, tableau 6, DTI, Londres.

et surtout le coût de vérification par les auditeurs⁶. Des coûts de distribution élevés pour les entreprises les plus grandes ont conduit à adopter l'option de distribution par voie électronique, les actionnaires ayant la possibilité de demander une version imprimée. S'agissant des honoraires d'audit et de la responsabilité des administrateurs, l'AIR initiale apportait des réponses importantes qui traduisaient une forte sous-estimation des coûts escomptés. La version initiale et l'estimation des coûts nécessitaient de la part des auditeurs qu'ils indiquent dans leur rapport de vérification : i) si, selon eux, les administrateurs ont préparé l'OFr en s'appuyant sur des recherches rigoureuses et approfondies; ii) si, selon eux, les informations communiquées dans l'OFr sont cohérentes avec les comptes; et iii) s'ils ont eu connaissance, au cours de l'accomplissement de leurs fonctions d'auditeurs de la société, d'affaires qui sont selon eux incompatibles avec l'OFr. Hormis les questions de responsabilité des auditeurs, plusieurs personnes interrogées ont affirmé que les coûts d'audit dépasseraient de 10 % à 20 % (tableau 5.5) le niveau estimé par l'AIR initiale. Des discussions avec les milieux d'affaires ont suggéré que le fait de conserver le *common law* existant au lieu des « recherches rigoureuses et approfondies » et de supprimer l'obligation pour les auditeurs d'examiner à la fois le processus suivi par les administrateurs dans la préparation de l'OFr et la cohérence avec d'autres affaires survenant pendant l'audit pourrait réduire les coûts de vérification de 60 % (tableau 5.5).

Tableau 5.5. Impact de changements des obligations de diligence des administrateurs et du rôle des auditeurs sur les coûts de l'examen d'audit

Coûts d'audit (GBP)	Option 4 (milliers)	Option 4 (milliers)	Option 4a (milliers)	Option 4a (milliers)
	Cas le plus favorable (honoraires d'audit supérieurs de 10 %)	Cas le plus défavorable (honoraires d'audit supérieurs de 20 %)	Cas le plus favorable (honoraires d'audit supérieurs de 10 %) Réduction de 60 %	Cas le plus défavorable (honoraires d'audit supérieurs de 20 %) Réduction de 60 %
Société cotée moyenne	272 000	27	11	22
Société du classement FTSE 100	2.34 m	234	94	187

Source : *Analyse d'impact de la réglementation*, version finale, tableau 5, DTI, Londres.

Une autre caractéristique essentielle de l'AIR était la prise en compte explicite du régime d'application et de sanctions, accompagnée d'une estimation des coûts de 500 000 livres par an pour le *Financial Reporting Review Panel* (FRRP). Les mêmes sanctions pénales prévues pour les administrateurs s'appliqueraient à l'OFr concernant les états financiers, mais s'agissant de l'aspect administratif de l'application (ordonnance d'un tribunal contraignant l'entreprise à préparer des comptes révisés), on s'est beaucoup interrogé sur la question de savoir si le FRRP chercherait à anticiper les intentions des administrateurs. Le rôle du FRRP a donc été clarifié.

L'AIR contenait également un test d'impact sur les petites entreprises, un examen de la concurrence, une évaluation de la structure du marché et de la croissance des entreprises et une évaluation du désavantage concurrentiel subi par les entreprises soumises à l'obligation de rapport vis-à-vis de celles qui en sont exemptées. L'effet potentiel sur la concurrence est reconnu comme étant une question importante par l'OCDE⁷. Il est monnaie courante de compléter l'analyse coûts-avantages par une évaluation d'impacts partiels (voir SG/GRP(2006)3, pp. 9-13, pour une liste), mais l'OCDE a mis en garde contre cette prolifération qui risque de fragmenter et de diluer une analyse économique cohérente (encadré 5.1).

Encadré 5.1. **L'élargissement du champ d'analyse de l'AIR : Problèmes potentiels**

De plus en plus souvent, on a recours à l'analyse d'impact de la réglementation sur des aspects très spécifiques afin d'apprécier les avantages macroéconomiques (exemple : innovation, croissance, distribution des revenus et pauvreté, emploi total ou régional). Cette évolution semble faire sortir la méthodologie de l'AIR de ses limites et l'introduire dans des domaines où elle risque d'être utilisée à mauvais escient. Par exemple, l'OCDE (2006) cite le cas d'une AIR menée dans l'État de Victoria, en Australie, où la réglementation était justifiée par ses effets supposés sur le PIB (par le remplacement des importations) et ses conséquences positives sur l'emploi (produits à plus fort coefficient de main-d'œuvre). Elle faisait l'impasse sur les questions d'efficacité de la répartition des ressources et sur les coûts potentiels de la réglementation. Lorsque la portée des propositions politiques est très vaste, par exemple une déréglementation brutale des marchés financiers, l'AIR est inadaptée, et l'évaluation complète des effets macroéconomiques supposés nécessite un modèle économique sophistiqué fondé sur un cadre d'équilibre général.

Les propositions réglementaires de moindre envergure sont un domaine dans lequel l'AIR déploie toute son utilité (OCDE, 2006), mais elle ne se prête pas à l'étude des effets macroéconomiques. Un chercheur prétend que les variables macroéconomiques « ne sont pas le résultat d'une intervention publique ou d'une réglementation isolée, et [qu]'il n'existe aucune technique d'analyse permettant d'évaluer ces impacts dans une AIR » et, plus généralement, qu'« aucune méthode n'est capable de déterminer les impacts macroéconomiques d'interventions microéconomiques isolées, sauf à très court terme et sur un plan très statique ». Pour ce chercheur, les exigences supplémentaires d'envisager les avantages macroéconomiques traduisent une « confusion fondamentale sur l'objet et les limites de l'AIR ».

Source : OCDE (2006), *Déterminant de la qualité dans l'analyse d'impact de la réglementation*, SG/GRP(2006)3 et pour la citation, Jacobs, S. (2006), « Les tendances internationales dans les études d'impact de la réglementation : Leçons pour le Canada », *Document de travail du Projet de recherche sur les politiques du gouvernement du Canada* n° 26.

Communication d'informations par des sociétés non cotées et émissions de droits de souscription

Deux AIR en Australie se sont intéressées à des questions délicates de communication et de divulgation d'informations. En Australie, les émissions de droits de souscription doivent être accompagnées d'une note d'information, mais le placement d'actions auprès de grands investisseurs institutionnels est exempté. Par conséquent, le nombre d'émissions de droits de souscription est limité, et la plupart des placements se font directement auprès d'investisseurs institutionnels. Parallèlement, l'Australie est dotée d'un régime élaboré d'information continue par les entreprises, de sorte que la question se pose de savoir si cette note d'information supplémentaire doit être simplifiée ou même abolie.

La déclaration d'impact de la réglementation décrite dans le tableau 5.6 englobait plusieurs alternatives et entendait susciter des réponses à trois questions, selon un mode analogue à l'étude OFR au Royaume-Uni présentée ci-dessus :

- Les options ci-dessus s'accompagnent-elles d'avantages et de coûts supplémentaires qui ne sont pas énumérés ?
- Les notations relatives suggérées sont-elles adéquates ?
- Informations nécessaires pour faciliter la quantification des coûts et des avantages qui seront intégrées à la déclaration finale d'impact de la réglementation.

Tableau 5.6. **Évaluation qualitative des coûts et des avantages :
Note d'information en cas d'émissions de droits de souscription**

Avantages		Coûts
Option A : Ne rien faire		
Consommateurs		Les épargnants continueraient d'être désavantagés car les entreprises utilisent d'autres formes de financement afin d'éviter le coût de préparation d'une note d'information.
Industrie	Éviterait d'imposer des coûts de conformité supplémentaires aux entreprises qui pourraient continuer de collecter des fonds par des méthodes qui ne nécessitent pas la publication d'une note d'information.	Le système réglementaire resterait biaisé en faveur des méthodes de financement qui ne nécessitent pas de note d'information, sans raison politique fondamentale justifiant cette pratique.
Pouvoirs publics		
Option B : Exiger une note d'information pour toutes les opérations de financement		
Consommateurs	Toutes les formes de financement seraient traitées sur un pied d'égalité, avec l'obligation de fournir une note d'information. (+2) Les épargnants pourraient participer aux placements d'actions (+2).	Les entités cotées seraient soumises à des coûts de conformité supplémentaires puisqu'elles devraient fournir une note d'information dans des cas où elles en sont actuellement dispensées. Ces coûts pourraient être significatifs en fonction du montant de l'investissement. Les coûts minimums applicables aux petites opérations de financement pourraient être d'environ 30 000 USD, principalement au titre des frais juridiques, comptables et autres frais de services professionnels, mais seraient beaucoup plus élevés lorsque les fonds collectés sont plus substantiels (-2).
Industrie		L'imposition de coûts de conformité supplémentaires aux opérations de financement qui ne nécessitent pas de note d'information actuellement pourrait réduire le montant des fonds collectés sur le marché australien. Les entités plus grandes peuvent par exemple être en mesure d'accéder aux marchés internationaux des capitaux à moindre coût. Cela pourrait, à terme, avoir un effet préjudiciable au développement des marchés des capitaux et du secteur des services financiers en Australie dans son ensemble, avec des répercussions négatives dans tous les secteurs de l'économie (-3).
Pouvoirs publics		Cette proposition nécessiterait une supervision accrue par l'ASIC, du fait du plus grand nombre de notes d'information publiées par le marché. L'ASIC examine si les notes d'information enfreignent les exigences en matière de contenu, et est habilitée à délivrer des interdictions d'opérations si de telles infractions sont commises. L'augmentation des coûts serait due au personnel supplémentaire et au temps consacré à l'examen des notes d'information et à l'engagement des actions réglementaires requises le cas échéant (-3).
Notation intermédiaire	+4.	-8.
Notation globale	-4.	
Option C : Supprimer l'obligation de note d'information pour l'émission de droits de souscription sous réserve de l'obligation de fournir certains renseignements au marché		
Consommateurs	Cette proposition supprimerait le préjugé en faveur des placements faits sans note d'information, permettant une utilisation accrue des émissions de droits de souscription. Cela serait profitable aux épargnants qui ne peuvent pas participer aux placements réservés aux investisseurs institutionnels, mais également aux marchés financiers dans leur ensemble, car les émetteurs choisiraient le moyen le plus efficace de collecter les fonds dont ils ont besoin (+3).	Il n'y aura pas de diminution de la quantité d'informations fournies aux investisseurs car tous les renseignements pertinents devront être communiqués, soit en vertu des exigences en matière d'information continue, soit par le dépôt de la note de divulgation (<i>cleansing notice</i>). Toutefois, les investisseurs auront peut-être moins facilement accès aux informations par rapport à la situation actuelle, dans laquelle tous les renseignements pertinents sont résumés dans la note (-1).

Tableau 5.6. **Évaluation qualitative des coûts et des avantages :
Note d'information en cas d'émissions de droits de souscription (cont.)**

	Avantages	Coûts
Industrie	L'obligation de fournir une note de divulgation adéquate garantirait que les investisseurs seraient pleinement informés des principaux éléments relatifs à l'émission des droits de souscription, notamment en cas d'effet potentiel sur le contrôle de l'entreprise (+2). Les entreprises cotées n'auraient plus à préparer une note d'information en cas d'émission de droits de souscription. Comme indiqué ci-dessus, le coût minimum d'une note d'information avoisinerait 30 000 USD, mais pourrait être beaucoup plus élevé si les fonds collectés sont plus importants (+2).	Les entreprises cotées devraient fournir une note de divulgation aux marchés avant de lancer l'offre d'émission. Cela s'effectuerait par le biais de la plate-forme d'annonces des entreprises de la bourse australienne, un système informatisé permettant de transmettre à la bourse australienne les annonces d'entreprises cotées en vue de leur publication. Le coût marginal de la transmission d'annonces par ce système est faible (-1).
Pouvoirs publics		
Notation intermédiaire	+7.	-2.
Notation globale	+5.	

Source : *Corporate and Financial Services Regulation Review Proposals 2006; Regulation Impact Statement: Fundraising*, www.treasury.gov.au.

Le tableau 5.6 montre que, globalement, l'option C est celle à privilégier, sauf si des changements importants des coûts et des avantages se produisent pendant les consultations.

Un autre enjeu du gouvernement d'entreprise, très sensible dans certains pays, concerne les obligations de communication d'informations imparties aux sociétés non cotées. L'Australie impose aux entreprises en propriété exclusive comptant 50 actionnaires au maximum qui ne se financent pas grâce à l'épargne publique de préparer et de déposer un rapport financier vérifié et un rapport des administrateurs si elles sont de grande taille (économiquement importantes). Une loi de 1995 définit comme grande une entreprise qui dépasse deux des trois critères portant sur le bénéfice d'exploitation brut consolidé, les actifs bruts consolidés et le niveau d'emploi. Avec ces critères qui remontent à plus de vingt ans, la croissance nominale et l'inflation ont contribué à augmenter le nombre d'entreprises concernées mais qui ne sont pas forcément économiquement importantes. Trois mille neuf cents entreprises en propriété exclusive sont tenues de préparer et de déposer des rapports annuels, et mille sept cent cinquante autres doivent préparer des rapports annuels, sans obligation de les déposer. La population totale d'entreprises en propriété exclusive est de 1.4 million.

Le surcoût moyen généré par la préparation et le dépôt des comptes était estimé à 60 000 AUD en moyenne. Cette estimation inclut l'hypothèse selon laquelle de nombreuses entreprises doivent de toute façon préparer des comptes pour des raisons fiscales et de contrôle interne (il s'agit d'un surcoût réglementaire tel qu'expliqué ci-dessus).

L'analyse d'impact portait sur quatre options, dont celle consistant à ne pas obliger les entreprises en propriété exclusive à préparer un rapport annuel. Les options ont été évaluées l'une par rapport à l'autre et par rapport au *statu quo*. Les avantages en termes d'économies de coûts étaient relativement évidents, en dépit de l'absence d'information sur les sociétés actuellement exemptées. Les coûts en termes d'incapacité des usagers d'avoir accès aux rapports annuels (ex. agences de notation de crédit, négociateurs des salariés, bailleurs de fonds) et les coûts indirects pour le marché dans son ensemble liés à l'éventualité que les usagers ne sachent plus si les rapports annuels sont disponibles n'ont pas été estimés. Toutefois, les autorités demandaient bien des renseignements pouvant permettre d'élaborer une estimation. La recommandation finale conciliait les économies

de coût (avantages) avec une hypothèse/déclaration sur ce qui constituait une entreprise en propriété exclusive économiquement importante.

L'AIR est intéressante en ce qu'elle illustre l'application de l'approche fondée sur les surcoûts. En revanche, les variables substitutives ont été peu étudiées, par exemple pour déterminer si de nombreux protagonistes utilisent effectivement les rapports déposés.

Études impliquant une quantification des avantages

Le principal défaut des études susmentionnées est qu'elles ne cherchent pas à quantifier les avantages, même si elles définissent de façon rigoureuse dans quels domaines les avantages sont susceptibles de se manifester. Cette section s'intéresse à deux études qui suivent une approche systématique de la quantification des avantages, une portant sur la CE et l'autre réalisée pour le compte de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario.

Évaluation des impacts économiques des droits spéciaux sur le capital

Un cabinet de consultants (Oxera) a réalisé, pour le compte de la Commission européenne, une étude AIR de nature informative du point de vue de la quantification et de la méthodologie, qui représente une application systématique de la méthodologie FSA concernant la mesure des avantages (voir ci-dessus). Cette étude passait systématiquement en revue les droits spéciaux conservés par les autorités publiques dans des entreprises privatisées dans l'UE (*golden shares*). En effet, la Cour de Justice des Communautés européennes avait déclaré dans plusieurs jugements que ces droits spéciaux étaient généralement incompatibles avec le Traité de la CE. Avant de décider de la réponse à apporter aux États membres, la Commission européenne a mandaté une étude afin d'évaluer les impacts économiques de ces restrictions sur l'efficacité des entreprises concernées, sur les investissements directs et de portefeuille et sur l'intégration des marchés financiers de l'UE. Le choix des deux derniers aspects est important compte tenu des objectifs politiques et des compétences de la Commission. S'intéressant à la tendance à tout lier à une AIR, qui est problématique et rarement justifiée par des éléments théoriques suffisants, le mandat excluait l'évaluation détaillée des avantages ou des coûts sociaux plus larges que de tels droits sont susceptibles de générer. L'étude occultait également d'autres enjeux macroéconomiques tels que l'effet sur le taux de croissance.

Le sujet n'ayant jamais fait l'objet d'une étude empirique, l'étude répertoriait soigneusement les mécanismes causal afin de recenser des indicateurs substitutifs qui avaient déjà été étudiés ou qui pourraient l'être lors d'une nouvelle enquête. Quatre questions ont été identifiées comme étant directement pertinentes pour le sujet en question et qui avaient fait l'objet de recherches empiriques : la privatisation et l'impact sur les résultats de l'entreprise; le contrôle de l'entreprise et l'impact sur ses résultats; la majoration pour droits de vote et la valorisation des blocs d'actions; et les restrictions aux flux d'investissements internationaux directs et de portefeuille. En outre, les auteurs ont mené deux autres types de recherche empirique : une analyse d'événement de l'impact du rachat de « golden shares » dans le secteur de l'électricité et de l'eau, et une comparaison des entreprises comptant des « golden shares » avec leurs pairs du secteur.

La première question se pose dans le contexte de la privatisation (au moins partielle) des entreprises concernées. Il est donc important de se demander si les résultats de ces entreprises se sont améliorés à la suite de la privatisation, puis d'en tirer des conclusions sur la privatisation partielle à laquelle la conservation de « golden shares » est assimilable. Un

examen exhaustif de la littérature consacrée aux changements dans la production, l'efficacité, les investissements de capitaux et l'effet de levier à la suite de privatisations réalisées dans la zone de l'OCDE a mis en évidence des améliorations notables pour les trois premiers critères, et des dégradations importantes pour l'effet de levier (Megginson et Netter, 2001). Toutefois, une privatisation partielle a peu d'effet sur la croissance de la productivité à long terme, et une autre étude confirme le lien négatif entre la propriété par l'État et la rentabilité⁸.

Concernant la deuxième question sur l'impact direct des « golden shares », une seule étude a été identifiée. Cette étude examinait la propriété publique et suggérait l'existence d'un lien fortement positif entre le pourcentage d'actions détenues par l'État et le cours de l'action. Leurs auteurs expliquent ce lien par le fait que seules les meilleures entreprises sont sélectionnées pour privatisation⁹. Élément important pour l'AIR, la relation positive est attribuée exclusivement à la structure de propriété publique, et non aux avantages du contrôle par l'État, qui est la question examinée. L'étude montre qu'une « golden share » conduit à un déclin du rendement de la stratégie « acheter et conserver » sur trois ans et « confirme l'hypothèse que le transfert partiel du contrôle au secteur privé, associé à l'incertitude qui entoure l'exercice de la *golden share*, a un effet négatif sur la performance à long terme du cours de l'action »¹⁰.

La troisième question se pose dans le contexte de la recherche des liens de causalité : une *golden share* est souvent introduite afin d'empêcher les rachats hostiles; on peut donc trouver dans la littérature une variable substitutive qui rend compte de la relation entre les résultats et la probabilité de rachats d'entreprises privées. Les ouvrages consacrés à ce sujet sont nombreux et l'AIR conclut que « malgré des résultats contradictoires, la plupart des auteurs reconnaissent dans leur ensemble qu'une réduction de la probabilité de rachats est probablement associée à des résultats moins bons de l'entreprise. Il est également bien établi que les restrictions aux rachats empêchent les actionnaires d'entreprises cibles potentielles de bénéficier des primes de rachat. Dans la mesure où les *golden shares* et d'autres droits spéciaux influent sur le gouvernement d'entreprise et limitent les changements de contrôle, ces dispositifs auront probablement des impacts similaires »¹¹.

L'aspect suivant relatif aux indicateurs substitutifs concerne la majoration pour droits de vote : la régularité empirique des actions avec droit de vote renforcé ayant un cours plus élevé. Bien que les études existantes portent sur des entreprises privées, les résultats sont jugés pertinents pour l'AIR dans la mesure où elle donne une explication, tant théorique qu'empirique, de la valeur des droits spéciaux et des pouvoirs de contrôle dans les entreprises. Globalement, les résultats confirment que le marché valorise le contrôle : des primes sont payées pour les actions assorties de droits de vote majorés et pour les blocs de contrôle. En liant l'indicateur substitutif à la question d'origine, l'AIR conclut que « dans la mesure où des droits spéciaux autorisent les autorités publiques à influencer la capacité du dirigeant à gérer son entreprise et impliquent que le contrôle n'est pas entièrement transféré au secteur privé, les accords auront probablement un effet analogue sur la valorisation de l'entreprise. En d'autres termes, si les autorités publiques retirent les droits spéciaux et transfèrent le contrôle, on peut s'attendre à une réaction correspondante au plan de la valeur de marché des entreprises concernées par ces droits ».

Enfin, l'étude s'intéresse aux ouvrages généraux consacrés à la segmentation du marché afin de traiter la question du contrôle des flux d'investissements internationaux directs et de portefeuille générés par les « golden shares ». Les faits valident l'argument

selon lequel les actions disponibles aux investisseurs étrangers sont valorisées à un prix plus élevé que les actions correspondantes réservées aux seuls investisseurs nationaux.

L'étude utilise également un autre indicateur substitutif qui consiste à comparer la performance d'entreprises soumises à des « golden shares » avec d'autres entreprises de référence. Les résultats ne sont pas concluants, mais l'étude souffrait de graves limitations méthodologiques : le choix des entreprises de référence se limitait aux entreprises opérant dans d'autres pays, soumises à des régimes réglementaires différents ou même encore partiellement sous le contrôle de l'État.

Initiatives en faveur de la confiance des investisseurs : comités d'audit

On trouve un exemple intéressant d'application de l'analyse d'impact de la réglementation dans l'étude, réalisée par la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, d'une proposition visant à renforcer les comités d'audit en exigeant que chacun de leurs membres soit indépendant et qu'ils publient un communiqué indiquant si le comité compte un expert financier en son sein (Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, 2003). Cette étude évalue le nombre d'administrateurs indépendants supplémentaires requis et utilise des données d'enquête pour élaborer des estimations générales du coût total de mise en œuvre. Ce qui est peut-être encore plus important, la méthodologie de calcul des coûts conduit à une analyse informative des effets secondaires probables, tels que l'augmentation probable des coûts d'assurance des administrateurs et des cadres. Concernant la tâche beaucoup plus fastidieuse d'estimer les avantages potentiels, l'étude suit une approche indirecte analogue à celle de la FSA décrite ci-dessus. Elle établit un lien entre les comités d'audit indépendants et la qualité des choix comptables (lissage des revenus), puis relie ce résultat aux valorisations de l'entreprise reflétées par la valeur ajoutée économique. Elle est donc plus rigoureuse que si elle se contentait de relier la variable de décision (administrateurs indépendants) à un résultat sur le marché, puisqu'elle met en évidence la chaîne de causalité.

Méthodologie de calcul des coûts. La méthodologie de calcul des coûts est basée sur l'identification des entreprises qui disposent déjà de comités d'audit indépendants afin d'estimer les coûts supplémentaires associés à l'indépendance du comité qui résultent des jetons de présence de ses membres, des jetons de présence des administrateurs, des acomptes versés aux administrateurs et des coûts associés à l'assurance de la protection civile des administrateurs et des dirigeants. L'étude examinait également les coûts supplémentaires entraînés par la présence d'un expert financier au sein du comité d'audit. Elle tenait compte du fait que certaines entreprises satisfaisaient déjà aux exigences proposées. Un échantillon de 306 entreprises a été constitué dans la population de 1 299 entreprises cotées à la Bourse de Toronto (TSX), dont 154 remplissaient les critères d'indépendance totale du comité d'audit. Les informations sur la structure du conseil ont permis de calculer le nombre de nouveaux administrateurs requis. Sur la base des informations de coût existantes, les moyennes de l'échantillon, les valeurs médianes et les plages de valeurs pour les critères de coût mentionnés ci-dessus ont été calculées. Pour tenir compte des effets de taille des entreprises, les plages ont été calculées pour les entreprises possédant des actifs supérieurs à 5 milliards CAD et pour celles possédant des actifs inférieurs à 500 millions CAD.

Les coûts uniques tels que les coûts de recherche de nouveaux administrateurs ont été séparés des coûts récurrents, et une valeur actuelle escomptée (VAE) sur un horizon de dix

ans a été calculée sur la base d'un taux d'escompte de 7 %. L'intervalle de temps pose la question des hypothèses relatives à l'augmentation potentielle de la rémunération des administrateurs à mesure que la demande d'administrateurs indépendants augmente. En l'absence de référence fiable pour la hausse probable de la rémunération des administrateurs, l'étude suppose que le coût augmentera proportionnellement au taux d'escompte de 7 % sur dix ans. Toutefois, une analyse de sensibilité révèle que même si la rémunération des administrateurs augmente d'un facteur de 500 % sur cette période de temps, l'avantage net escompté ne s'en trouverait pas effacé. L'étude examine les variations potentielles des coûts d'assurance des administrateurs et des dirigeants en menant une enquête sur les principales compagnies d'assurance au Canada. Rétrospectivement, elle supposait à juste titre que ces coûts d'assurance n'augmenteraient pas, car l'amélioration du gouvernement d'entreprise réduirait les pertes potentielles pour les assureurs. Cette hypothèse a été confirmée par l'enquête¹².

L'étude n'envisageait pas les coûts d'application ou les coûts d'opportunité si souvent évoqués lorsque le conseil de l'entreprise se soucie davantage de conformité que de stratégie. Conformément à la pratique d'autres pays, l'étude examinait l'effet sur les petites entreprises, en cherchant notamment à déterminer si elles pouvaient être confrontées à une charge excessive.

Une approche économétrique de l'estimation des avantages. L'estimation des avantages utilise l'approche indirecte décrite ci-dessus, car l'objectif de l'instrument proposé – « des comités d'audit forts, efficaces et indépendants améliorent la qualité des informations financières communiquées, et renforcent à terme la confiance des investisseurs dans les marchés des capitaux canadiens » – n'est pas directement observable ou mesurable. Néanmoins, les mécanismes supposés ressortent clairement de la proposition qui, outre qu'elle préconise l'existence de compétences financières au sein du comité d'audit et son indépendance, demande au comité de gérer la relation avec l'auditeur externe et d'examiner les états financiers, l'analyse par la direction de la situation financière et des résultats d'exploitation et les communiqués de presse sur les bénéfices de l'entreprise avant que celle-ci ne rende ces informations publiques.

Une caractéristique importante de l'AIR est que les auteurs identifient une pratique comptable qui peut être associée à l'objectif d'améliorer la qualité des informations comptables communiquées : la gestion des résultats. Le raisonnement sur le plan des processus de marché est que la perte de confiance des investisseurs et la réponse réglementaire sont basées sur des problèmes de comptabilité agressive (manipulations comptables). Celle-ci est à son tour la conséquence d'une asymétrie de l'information : les initiés, tant parmi les émetteurs que les intermédiaires, ont accès à des renseignements qui échappent aux épargnants. Lorsque cette asymétrie conduit à des informations trompeuses, les investisseurs risquent de payer des prix excessifs et de subir de lourdes pertes lorsque des renseignements plus exacts deviennent disponibles. L'incertitude causée par l'asymétrie de l'information augmente la prime de risque et le coût du capital pour le marché dans son ensemble, et a également pour conséquence de réduire la liquidité du marché. La gestion des résultats, y compris leur lissage, est un aspect de la comptabilité agressive.

L'AIR reconnaît que la gestion des résultats n'est qu'un aspect du problème parmi d'autres, tels que la communication de résultats inexacts et les rapports financiers frauduleux. Toutefois, ces deux derniers aspects seraient plus difficiles à quantifier, mais leur omission aura pour conséquence une sous-estimation des avantages.

Plusieurs méthodes ont été proposées et évaluées dans la littérature afin d'examiner l'impact et la fréquence des différentes techniques de gestion des résultats, y compris l'examen des accruals discrétionnaires. Après examen de la littérature, l'AIR conclut que le lissage des résultats représente la technique majoritairement utilisée, et le calcule en divisant la volatilité moyenne de la trésorerie sur douze trimestres par la volatilité moyenne des résultats. En l'absence de gestion des résultats, ce ratio doit être proche de un. Les initiés sont supposés tirer profit de la gestion des résultats, mais le risque est moindre pour les administrateurs indépendants. C'est le fondement de la proposition.

L'élément essentiel consiste à déterminer l'avantage, ce qui implique plusieurs dimensions (coût du capital, absence de pertes lourdes...). L'AIR stipule explicitement que l'indicateur substitutif est la valeur de l'entreprise, et que les valeurs de marché (quotient Tobins, etc.) souvent utilisées dans les études empiriques sur la valeur d'un gouvernement d'entreprise de qualité peuvent être trompeuses. En effet, elles peuvent être directement influencées par la gestion des résultats, mais à tort (la relation à court terme ne reflétera pas du tout un lien « véritable » de cause à effet à plus long terme). Mieux vaut utiliser la valeur ajoutée économique (VAE) qui est aujourd'hui l'étalon de mesure privilégié de plusieurs études économétriques récentes sur le gouvernement d'entreprise. La VAE tient compte du coût d'acquisition du capital, du rendement généré par le capital investi et de la quantité de capital employée (Hall, 2002). L'hypothèse est que l'indépendance du comité d'audit a une incidence sur la VAE par le biais de la gestion des résultats.

L'AIR suit une procédure en deux étapes : premièrement, estimer l'impact de l'indépendance du comité d'audit sur le lissage des résultats, et deuxièmement, déterminer l'effet indirect de cette indépendance sur la VAE moyenne de l'entreprise. Les travaux empiriques ont montré que des comités d'audit indépendants réduisent les activités de lissage des résultats par les dirigeants et améliorent donc la communication financière. L'augmentation du lissage des résultats a un effet négatif sur la valeur ajoutée économique. Des montants en dollar pour l'indépendance du comité d'audit ont ensuite été calculés pour l'entreprise moyenne, en utilisant le coefficient estimé incluant un écart type de l'erreur de un.

Pour parvenir à une estimation globale des avantages, l'AIR formule plusieurs hypothèses pour garantir que les estimations restent prudentes et réalistes. Elle suppose en premier lieu que l'échantillon d'entreprises utilisé pour les régressions est représentatif et que la moitié des entreprises possèdent déjà un comité d'audit indépendant. Surtout, avec un R^2 ajusté de 0.52 (52 % seulement de la variation de la VAE est « expliqué » par le modèle économétrique), ce chiffre est utilisé pour revoir à la baisse l'estimation des avantages totaux. Ce dernier ajustement est souvent négligé dans les travaux empiriques.

L'étude calcule que les avantages en termes de VAE pour les investisseurs sont compris entre 1 milliard et 9.2 milliards CAD, sur la base de la densité de probabilité. L'extrémité inférieure de la plage des avantages mesurés l'emporte largement sur l'extrémité supérieure de l'estimation des coûts, conduisant l'AIR à conclure qu'il n'est pas nécessaire d'affiner l'estimation.

Améliorer l'asymétrie de l'information : coûts et avantages des contrôles internes et de l'attestation des auditeurs

L'une des questions les plus controversées ces dernières années en matière de gouvernement d'entreprise porte sur l'attestation des contrôles internes par les dirigeants et les auditeurs. Le cas le plus connu est celui de la section 404 de la loi Sarbanes-Oxley

(SOX 404) abordé dans la section suivante consacrée à l'analyse *a posteriori*. L'Ontario a également adopté une exigence de même nature (appelée s404 ci-après) et réalisé une analyse d'impact de la réglementation (Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, 2004). Le raisonnement suivi et le style d'approche illustrent de nombreux problèmes rencontrés dans d'autres domaines du gouvernement d'entreprise.

L'AIR constate que même en l'absence d'obligations réglementaires, les dirigeants étaient encouragés, pour des motifs d'ordre privé, à mettre en place certains contrôles internes. Les contrôles internes ont joué un rôle significatif pour réduire le taux d'erreur dans les informations financières (COSO, 1992). En outre, même avant les discussions sur la s404, les dirigeants aux États-Unis, au Canada et dans d'autres pays étaient tenus de veiller à l'exactitude des informations communiquées au public. Des scandales aux États-Unis, en Italie et dans d'autres pays ont conduit de nombreux responsables politiques à conclure que l'intérêt personnel et la réglementation existante ne suffisaient pas à empêcher des erreurs graves dans les informations financières communiquées (fraude par exemple).

Du point de vue économique, l'intervention se justifie par la nécessité de remédier à une défaillance du marché identifiable qui se traduirait par des contrôles internes inadéquats et la diffusion d'informations financières de mauvaise qualité. Il y a défaillance du marché en ce sens que les actionnaires ne disposent pas d'autant d'informations sur la qualité et l'efficacité des contrôles internes que les dirigeants et les conseils, ce qui peut les dissuader de maintenir un système rigoureux de contrôles internes. La défaillance du marché tient à l'asymétrie de l'information et peut-être également à une externalité négative, dans la mesure où les entreprises sérieuses seront elles aussi pénalisées par une augmentation du coût du capital. L'étude ne pousse pas le développement de cet argument jusqu'au bout. L'asymétrie de l'information peut diminuer le coût du capital pendant une certaine période, mais l'annonce de mauvaises nouvelles suffirait à inverser la tendance et à renchérir le coût du capital pour l'ensemble des entreprises. C'est probablement ce qui s'est produit après la crise Enron/Parmalat qui a généré une externalité négative. L'étude reconnaît que le coût marginal du capital est un coût social qui pourrait être réduit par une intervention réglementaire visant à remédier à la défaillance du marché. Mais la réglementation excessive est également une possibilité, de sorte que l'enjeu politique est de savoir si l'intervention pourrait engendrer des avantages sociaux en nombre suffisant pour compenser les coûts d'intervention.

À la différence d'autres études et de la logique qui sous-tend l'AIR, ce rapport se contente d'étudier un nombre limité d'options : il envisage l'hypothèse d'une attestation des dirigeants avec et sans attestation des auditeurs. Dans l'exemple de l'OFR ci-dessus, les autorités britanniques ont également envisagé de modifier le type de rapport d'audit afin de minimiser les coûts. D'autres options telles qu'une responsabilité accrue du conseil en matière de systèmes de contrôle interne ont été écartées. Cette décision peut s'expliquer par le fait que les autorités de l'Ontario souhaitaient maintenir la reconnaissance mutuelle avec la SEC des entreprises canadiennes cotées, ce qui excluait toute dérogation importante à la mise en œuvre américaine de la SOX 404.

Mesure des coûts. L'approche des coûts couvrait à la fois les coûts exceptionnels et ceux récurrents ventilés en fonction de la taille de l'entreprise, sachant que des études réalisées dans plusieurs pays constatent que les entreprises plus petites supportent une fraction disproportionnée des coûts. S'appuyant sur des entretiens avec un échantillon d'entreprises et de cabinets d'audit portant à la fois sur les coûts internes et externes, l'étude a permis

d'établir une équation de régression qui modélise les coûts totaux en fonction de la taille de l'entreprise. Ce modèle a ensuite servi à calculer les coûts totaux pour toutes les entreprises cotées sur la base d'informations relatives à la répartition globale des tailles. Compte tenu des différences marquées entre les coûts récurrents et les coûts initiaux, il était important que l'étude calcule une valeur actuelle nette sur une période de dix ans en appliquant un taux d'actualisation de 7 %. Enfin, l'attestation d'audit a été chiffrée à partir d'entretiens avec des entreprises et des cabinets d'audit. Les émetteurs ont estimé que la suppression de l'obligation d'attestation réduirait les coûts de 40 % à 70 %, bien qu'une partie de ces économies puisse être imputable à une diminution des dépenses consacrées aux contrôles internes, ceux-ci ne faisant plus l'objet d'une attestation des auditeurs.

Mesure des avantages. Du point de vue de la méthodologie qui sous-tend l'AIR, le calcul des avantages constitue l'aspect essentiel de l'étude. Pour ce faire, l'étude suit l'approche exposée au tableau 5.3. Une fois le problème identifié, quatre sources d'avantages sont répertoriées : l'augmentation des liquidités sur le marché conduisant à un resserrement de l'écart entre les prix vendeur et acheteur (l'externalité négative mentionnée ci-dessus) et donc à une diminution du coût du capital; l'augmentation générale de l'exactitude des informations financières, qui permet à l'actionnaire de déterminer plus précisément la valeur des émetteurs, ce qui incite du même coup les dirigeants à réviser à la hausse la valeur des véritables émetteurs (autre externalité); enfin, une plus grande probabilité que la SEC maintienne la reconnaissance mutuelle. Ces avantages n'ont pas été estimés. L'étude s'est au contraire focalisée sur un quatrième avantage, à savoir que la réglementation réduirait l'incidence d'erreurs significatives dans les rapports financiers publiés par l'entreprise qui ont, par le passé, entraîné une forte baisse des valorisations. L'étude s'emploie à mesurer cet avantage.

La méthode des variables substitutives indirectes a été utilisée, comme l'expose le tableau 5.3. L'étude s'appuie sur des données provenant de l'Ontario relatives à des erreurs suffisamment graves pour avoir un effet significatif et mesurable sur le cours d'un émetteur, associées à des recherches réalisées aux États-Unis sur les baisses de cours consécutives à des erreurs (rapports financiers frauduleux). Pour chiffrer les avantages, l'étude (le coût attendu actualisé d'erreurs graves dans les informations financières) multiplie la probabilité qu'un assureur commette une telle erreur par une estimation du coût de cette erreur pour les actionnaires. Elle estime ensuite dans quelle mesure les dépenses consacrées aux contrôles internes (coûts d'audit compris) réduisent la probabilité d'erreur grave dans les informations financières, avant de calculer la valeur attendue de l'avantage. Elle évalue également la baisse du coût du capital pour les émetteurs honnêtes. L'estimation de ces probabilités s'appuie sur une technique de régression qui constitue également la base du calcul du degré d'incertitude des résultats.

Interprétation des résultats. Cette étude est également utile dans la mesure où les résultats initiaux indiquaient que les coûts mesurés dépassaient les avantages mesurés (en valeur actualisée). Cette conclusion a conduit à s'interroger sur l'opportunité d'exempter les petites entreprises, sachant qu'elles supportent une fraction disproportionnée des coûts, et à examiner le rapport coûts-avantages de l'attestation des auditeurs. Elle a également suscité une discussion sur l'importance probable des avantages non mesurés puisque, en fin de compte, ce sont eux qui justifient en grande partie l'adoption de la s404.

Analyse d'impact de la réglementation *a posteriori*

L'OCDE (2006) note que les évaluations *a posteriori* peuvent être de trois types et propose un classement en trois parties : les tests *de contenu* examinent les AIR pour déterminer si elles contiennent les éléments spécifiés dans les exigences afférentes et, dans certains cas, mesurent la qualité de ces éléments; les tests *de résultat* examinent les AIR du point de vue du degré de cohérence entre leurs évaluations *a priori* des impacts de la réglementation et les impacts réels (impacts *a posteriori*) ; les tests *fonctionnels* examinent les AIR sur la base de leurs effets, c'est-à-dire leur capacité à faciliter le processus réglementaire et à produire une réglementation efficace et équitable. Même si de nombreux pays réalisent des tests de contenu sous une forme ou sous une autre, l'OCDE (2006) constate que, en général, rares sont les éléments qui attestent l'adoption systématique d'évaluations *a posteriori* des conclusions *a priori* sur les impacts probables de la réglementation formulées dans les documents d'AIR (tests de résultat). Les tests fonctionnels ne sont pas réalisés très souvent dans le cadre d'une AIR, mais portent davantage sur l'intervention réglementaire pour déterminer si elle produit les résultats escomptés. Cette section passe en revue plusieurs études de suivi *a posteriori*, y compris des consultations et des études économétriques formelles.

Test de contenu : examen opérationnel et financier au Royaume-Uni

L'analyse par le *National Audit Office* britannique (NAO) de la proposition d'examen opérationnel et financier (OFR) des entreprises décrit ci-dessus est un exemple de test de contenu (*National Audit Office*, 2006). Il faut remarquer que le NAO est juridiquement indépendant du gouvernement et qu'il n'est pas responsable de l'évaluation initiale de l'adéquation de l'AIR. Le NAO a examiné l'évaluation d'impact de l'OFR sur la base de six critères énumérés dans le tableau 5.7; même s'il a jugé que la qualité de l'analyse était généralement bonne, il a estimé qu'il existait une marge d'amélioration concernant le suivi et l'évaluation de la conformité et de la mise en œuvre. Il a encouragé les autorités responsables à développer leur processus d'examen après la mise en œuvre afin de déterminer si les objectifs de la réglementation sont atteints. Le ministère du Commerce et de l'Industrie (DTI) a lancé un projet de recherche visant à examiner des changements potentiels dans la méthodologie et les processus. Un test de contenu a également été mené en Nouvelle-Zélande sur les AIR en général, et a conclu que de nombreuses AIR n'étaient pas adaptées, les principales faiblesses étant la définition des problèmes et l'analyse des coûts et des avantages (NZIER, 2008).

Tableau 5.7. **Évaluation par le National Audit Office de l'analyse d'impact de l'OFR : Critères**

Critères	Principaux tests
Domaine d'application et objet	Énonce clairement les objectifs, analyse l'option « ne rien faire », envisage une option non réglementaire.
Consultation	Débute les consultations suffisamment tôt, utilise des techniques adéquates, inclut tous les protagonistes concernés.
Coûts et avantages	Quantifie les coûts et les avantages dans la mesure du possible, utilise une méthodologie robuste, teste la sensibilité.
Conformité	Tient compte du risque de non-conformité, mesure la conformité existante, cherche à améliorer la conformité.
Mise en œuvre/suivi/évaluation	Prépare un plan de mise en œuvre, établit une procédure de suivi et d'évaluation de la manière dont la réglementation atteint ses objectifs.
Concurrence	Réalise une évaluation de la concurrence. Complète le filtre de la concurrence de l' <i>Office of Fair Trading</i> (OFT). Consulte l'OFT selon les besoins.

Source : *National Audit Office*, 2006.

Consultations *a posteriori*

Plusieurs autorités ont mis en place une forme de consultation et de suivi des changements du cadre de gouvernement d'entreprise. Cette section décrit deux approches analogues. La première porte sur un pays doté d'un cadre de gouvernement d'entreprise principalement basé sur des principes, le Royaume-Uni, et sur son examen des amendements du *Combined Code* adoptés en 2003. D'autres pays adeptes d'une approche fondée sur des principes ont eux aussi engagé d'autres formes d'évaluation de suivi. Par exemple, le *Tabaksblatt Code* néerlandais et le *Kodex* allemand sont encadrés par des groupes de suivi permanents qui rendent régulièrement compte et proposent des améliorations aux organes permanents chargés de ces codes. La deuxième approche couvre la réglementation et souligne les discussions de suivi menées par la SEC afin de mesurer l'impact de la loi Sarbanes-Oxley, et notamment de la section 404.

Le *Combined Code* britannique

Le *Combined Code* a été révisé en 2003 afin d'intégrer des recommandations sur le rôle des administrateurs non dirigeants et de nouvelles orientations sur les comités d'audit. En juillet 2005, le *Financial Reporting Council* (FRC) a annoncé une nouvelle révision afin de mesurer les progrès dans la mise en œuvre du code et de déterminer si des problèmes pratiques étaient apparus. Cette révision a été supervisée par un groupe de représentants d'entreprises cotées, d'investisseurs et d'autres protagonistes, qui ont étudié 59 soumissions et d'autres informations. Un document de consultation contenant des propositions d'amendements a été publié pour commentaires et 38 réponses ont été examinées (FRC, 2006a). Enfin, une AIR simple décrivant les raisons qui sous-tendaient le choix de modifications alternatives du *Combined Code* a été réalisée (FRC, 2006b).

Concernant l'approche de l'amélioration de la réglementation, l'aspect le plus intéressant de la révision *a posteriori* était le recours à plusieurs questions spécifiques afin d'obtenir des réponses, y compris des informations émanant d'enquêtes ciblées auprès d'entreprises. Les questions sont directement liées aux objectifs fondamentaux du Code et cherchent donc à déterminer s'il atteint ses objectifs de manière rentable. Les questions étaient les suivantes :

- Le Code a-t-il commencé à produire un impact sur la qualité globale du gouvernement d'entreprise dans les sociétés britanniques cotées ? Y a-t-il des domaines dans lesquels les pratiques se sont notablement améliorées ?
- Les entreprises se sont-elles heurtées à des barrières pratiques dans la mise en œuvre du Code ?
- Quel est le contenu informatif des déclarations sur le gouvernement d'entreprise contenues dans les rapports annuels, et le niveau global de diffusion d'information a-t-il changé ?
- Lorsque les entreprises choisissent de fournir des explications plutôt que de se conformer à une disposition spécifique, ces explications sont-elles convaincantes et acceptées par les actionnaires ?
- Le Code a-t-il eu un impact sur le niveau et la qualité du dialogue entre les conseils d'administration et les actionnaires ?
- Quel impact le Code a-t-il eu sur les entreprises cotées plus petites, notamment celles qui ne font pas partie du FTSE 350 ?

La révision a réuni des informations importantes sur le fonctionnement du Code et ne s'est pas contentée d'examiner un chiffre de synthèse pour le degré de conformité. Contrairement à certaines opinions, le recrutement d'administrateurs non dirigeants ne semble pas poser de difficultés systémiques. Selon les données d'enquête reçues, le nombre total d'administrateurs non dirigeants dans les entreprises du classement FTSE 350 a augmenté de près de 5 % entre 2003-04 et 2004-05, et 95 % des entreprises cotées plus petites comptaient au moins deux administrateurs non dirigeants indépendants, conformément à la recommandation du Code. La révision a également obtenu des informations d'associations professionnelles sur la manière d'atteindre les objectifs du Code. Une grande association de gestionnaires d'investissement a fait savoir que, « ces dernières années, le niveau et la qualité du dialogue entre les conseils et leurs actionnaires se sont améliorés, grâce en partie au *Combined Code* [...]. En outre, les présidents de sociétés ont tendance à être plus proactifs pour rencontrer les investisseurs institutionnels » (FRC, 2006a). Par ailleurs, des éléments montrent que le niveau général de vote lors des AGA avait augmenté et avait atteint 63 % en 2005 pour l'ensemble de l'indice FTSE All Share (le niveau est inférieur pour l'indice FTSE 100 – 59 % – mais néanmoins en hausse – 54 % auparavant).

Néanmoins, l'examen *a posteriori* a mis en évidence un problème potentiel avec les comités d'audit. Plusieurs entreprises ont déclaré avoir rencontré des difficultés pour trouver des candidats suffisamment qualifiés et désireux de jouer le rôle du membre du comité d'audit possédant « l'expérience financière récente et pertinente » préconisé par le Code. Cela peut s'expliquer en partie par le fait que les candidats établissaient des parallèles avec les exigences légales aux États-Unis imparties aux entreprises de désigner une personne en qualité de « spécialiste financier » qui se voit ainsi exposée à une responsabilité potentielle accrue. Certaines sociétés préféraient fournir des explications plutôt que se conformer à cette disposition, en déclarant que le comité d'audit dans son ensemble possédait l'expérience nécessaire. La révision y voit un problème important lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre la 8^e directive « droit des sociétés » de l'UE qui comporte des exigences analogues à celles en vigueur aux États-Unis.

Le suivi opéré par la SEC de la mise en œuvre de la loi Sarbanes-Oxley

La section 404 de la loi Sarbanes-Oxley suscite la controverse depuis le début, et des critiques sévères sont adressées à la SEC pour ses réglementations, et au PCAOB pour ses normes d'audit. Il est donc important de souligner que la SEC a conservé une attitude ferme en matière de surveillance *a posteriori* et s'est efforcée, dans les limites de ses compétences, de contrôler les coûts et d'assurer que les objectifs finaux de la loi sont atteints. Cette section passe brièvement en revue les questions qu'elle a posées et les ajustements qu'elle a opérés à la lumière des consultations qui ont mis en évidence les problèmes rencontrés dans la réalisation des objectifs (avantages) et au niveau des coûts.

La SEC a sollicité des commentaires écrits sur la première année de mise en œuvre et a organisé une table ronde en avril 2005. Dans sa réponse écrite à la table ronde, elle a indiqué que deux messages étaient passés (SEC, 2005). Premièrement, le respect des exigences portant sur le contrôle interne des informations financières a porté ses fruits, avec notamment le renforcement du contrôle interne aux niveaux supérieurs de direction des sociétés ouvertes. Certains ont prétendu à l'époque que cette mesure pouvait entraîner un coût d'opportunité élevé en détournant l'attention de la stratégie. Deuxièmement, la mise en œuvre la première année a entraîné des coûts significatifs. Certains de ces coûts

peuvent être compensés, mais la SEC a conclu que d'autres coûts perduraient, notamment des coûts superflus générés par des efforts excessifs, en double ou mal orientés.

En réponse, la SEC et le PCAOB ont publié des orientations supplémentaires. Les orientations de la SEC ciblaient les domaines de mise en œuvre qui, selon elle, nécessitaient plus d'attention ou une clarification afin de réduire les coûts inutiles et d'autres contraintes résultant des nouvelles exigences. Ces domaines incluaient l'importance d'adopter une approche fondée sur les risques, la portée des tests et des évaluations, l'analyse des défaillances du contrôle, la qualité des informations fournies sur les faiblesses significatives, et les communications entre les auditeurs et les dirigeants. Les orientations révisées du PCAOB portaient sur des domaines dans lesquels l'efficacité de l'audit pouvait être considérablement améliorée. Les thèmes incluaient l'importance d'un audit intégré, le rôle de l'évaluation des risques tout au long du processus, l'importance d'une approche descendante et l'utilisation par l'auditeur du travail d'autres intervenants. Les deux institutions ont ainsi répondu aux accusations selon lesquelles les « fonds de la caisse étaient contrôlés, mais pas les écritures du grand livre ».

La SEC a suivi les améliorations lors d'une deuxième réunion en 2006 afin de déterminer si les processus étaient plus efficaces et efficaces la deuxième année, et s'il subsistait des obstacles sur la voie de l'établissement d'un processus durable qui soit à la fois efficace et efficient (SEC, 2006). Comme dans la présentation de la révision du *Combined Code* britannique, il est instructif de passer en revue les renseignements que la SEC souhaitait obtenir en demandant des commentaires écrits et en organisant une deuxième table ronde le 10 mai 2006. Ces renseignements sont résumés dans l'encadré 5.2. En résumé, la SEC voulait déterminer si les ajustements opérés à la fin de la première année avaient été efficaces, si l'approche était devenue plus axée sur les risques la deuxième année, la nature des problèmes restants, dans quelle mesure les contrôles amélioraient la gestion, si les investisseurs tiraient parti des rapports de contrôle interne, et les amendements spécifiques des règles et des normes éventuellement nécessaires. En d'autres termes, elle entendait réunir tous les éléments normalement requis pour une AIR.

Études économétriques : exemples sélectionnés

Les examens *a posteriori* des coûts et des avantages des lois et réglementations sont souvent menés dans le cadre de projets de recherche universitaires et sont parfois soutenus ou mandatés par les autorités. Dans certains cas, les études jouent un rôle important en recensant les effets secondaires inopinés et les questions en suspens, et peuvent constituer la base d'une AIR *a priori* sur les changements réglementaires. D'un autre côté, les différentes études présentent des résultats souvent contradictoires et, portent sur des variables qui ne présentent qu'un intérêt partiel ou indirect pour les objectifs politiques des autorités. Cette section a pour objet de décrire ce qui peut être fait et dans quels domaines un travail supplémentaire est souvent nécessaire, plutôt que de tirer des conclusions de fond.

Études des changements politiques

Ces dernières années, « l'analyse d'événement » a été de plus en plus utilisée pour étudier les changements politiques et le comportement des entreprises liés au cadre du gouvernement d'entreprise (ex. réglementation des appels d'offres – voir Bhagat et Romano, 2005, pour un examen). L'analyse d'événement part de l'idée que le prix des actions est la valeur actualisée des flux de trésorerie futurs escomptés. Un « événement »

Encadré 5.2. Questions d'évaluation posées par la SEC dans la mise en œuvre de la section 404

Dans le cadre de l'examen de la deuxième année d'expérience des dispositions sur les rapports de contrôle interne et sur l'audit, la SEC a posé un certain nombre de questions, notamment :

Examen de la deuxième année

- Les exigences de la section 404 ont-elles contribué à améliorer la qualité des états financiers annuels et trimestriels ? Quels sont les coûts de contrepartie de mise en conformité ?
- Quelle a été l'expérience de la deuxième année comparée à la première année ?

Évaluation et appréciation des dirigeants

- Les orientations supplémentaires publiées en 2005 ont-elles été utiles ? Les processus d'évaluation des contrôles étaient-ils plus fondés sur les risques la deuxième année ? Quels sont les principaux défis pour la mise en œuvre d'une approche fondée sur les risques ?
- Y a-t-il eu des cas dans lesquels les dirigeants pensaient avoir suivi une approche adéquate basée sur les risques pour évaluer le contrôle interne sur la communication financière, mais ont modifié cette approche en fonction des exigences des auditeurs ?
- Qu'est-ce qui explique le niveau de documentation élevé et coûteux ?

Audit du contrôle interne sur la communication financière

- Quel a été l'impact de l'examen par le PCAOB des audits du contrôle interne de l'entreprise la première année sur le processus d'audit ?
- Des audits intégrés ont-ils été réalisés la deuxième année ?
- Le processus d'identification des comptes significatifs, des processus significatifs et des principales catégories de transactions s'est-il amélioré ou dégradé la deuxième année ? S'il s'est dégradé, quelle est la principale difficulté dans ce domaine ?
- Les auditeurs adaptent-ils leur vérification du contrôle interne à la complexité de la société ?

Effet sur le marché

- Pensez-vous que les objectifs de la loi sont atteints ? Le sont-ils à un coût qui est justifié par les avantages procurés aux actionnaires ? Votre opinion est-elle influencée par la taille et ou la complexité de l'entreprise ?
- Les investisseurs bénéficient-ils des rapports de contrôle interne ? Comment s'exprime cet avantage ?
- Les investisseurs et les autres participants au marché comprennent-ils généralement la définition existante du terme « faiblesse significative » ? Les informations publiées par les entreprises sur l'existence de faiblesses significatives renseignent-elles correctement les investisseurs et le marché sur l'effet de ces faiblesses sur les rapports financiers ?

Prochaines étapes

Des amendements spécifiques des règles de la Commission ou des normes du PCAOB sont-ils envisageables pour améliorer l'efficacité et l'efficacité de l'évaluation des dirigeants et du rôle de l'auditeur ?

survient lorsque de nouvelles informations arrivent sur le marché, qui conduisent les investisseurs à procéder à une nouvelle estimation de ces flux de trésorerie escomptés. Les investisseurs peuvent déjà s'attendre à des rendements basés sur le marché dans son ensemble ou sur une fraction du marché, de sorte qu'ils doivent être estimés et déduits des

rendements effectifs, la différence correspondant aux « rendements anormaux » dus à l'événement ou aux nouvelles informations. Ces rendements, convertis d'un taux de rendement en un changement de valeur de l'action, reflètent la valeur privée attribuée à l'action par les investisseurs et doivent en principe fournir une évaluation nette des avantages privés (non sociaux) aux fins d'une AIR *a posteriori* d'un changement relativement discret de la réglementation.

Dans la pratique, l'analyse d'événement est beaucoup plus difficile et doit être abordée avec circonspection, comme pour toutes les techniques économétriques. Trois problèmes ressortent¹³. Premièrement, les événements doivent être définis avec soin et les résultats finaux sont parfois sensibles à ce choix. L'ajout d'un événement sans information nouvelle (ex. une signature dans un cadre parfaitement connu à l'avance) faussera le résultat. Il faut également veiller à corriger d'autres informations, notamment des événements de large portée qui affectent toutes les entreprises et tous les actionnaires, tels qu'une variation des taux d'intérêt le même jour. Deuxièmement, une date unique pour un événement est rarement possible, car des informations peuvent avoir filtré avant la publication ou l'annonce officielle par l'entreprise, et plusieurs jours peuvent être requis pour prendre toute la mesure de l'événement. Cela conduit les chercheurs à définir une « fenêtre d'événement », par exemple la veille (en cas de fuite d'information) et plusieurs jours après un « événement ». Les résultats, et notamment leur importance économique et statistique, dépendront de cette période de temps.

Troisièmement, définir un rendement escompté est loin d'être simple, car les techniques économiques et statistiques produisent parfois des résultats différents. C'est la nécessité de définir un référentiel qui conduit à devoir conserver une fenêtre d'événement étroite. Même si l'on peut s'attendre à ce que les marchés mettent un certain temps à digérer une nouvelle, une telle fenêtre d'événement rendrait le scénario contrefactuel encore plus difficile à définir. En d'autres termes, plus la fenêtre d'événement est étendue, plus le ratio signal-bruit augmente. Une méthode utilisée dans la pratique pour gérer un événement étendu est de scinder les périodes en cellules d'information spécifiques, chacune dotée d'une fenêtre étroite. Les rendements anormaux sont alors totalisés pour obtenir des rendements anormaux cumulés (RAC).

Les travaux empiriques basés sur l'analyse d'événement sont souvent complétés par des régressions transversales. L'étude d'un changement réglementaire qui s'appuie sur une analyse d'événement pourrait s'intéresser aux rendements anormaux de chaque événement et examiner la taille du rendement anormal pour différents types d'entreprises, de structures de gouvernement, etc. La spécification du modèle transversal pose tous les problèmes habituels rencontrés en économétrie dans le domaine du gouvernement d'entreprise : qu'est-ce qui est exogène et qu'est-ce qui est endogène. Cette question n'est pas pertinente pour l'analyse d'événement car c'est l'impact de l'événement sur une entreprise donnée qui est mesuré, et pas l'effet potentiel sur les entreprises exclues.

L'analyse d'événement est notamment utilisée pour examiner les questions d'intégrité du marché, qui sont fondamentales pour la qualité du gouvernement d'entreprise. Deux études de cas présentées ci-dessous portent sur la diffusion des informations d'entreprise et sur le fait de savoir si, et dans quelle mesure, une fuite d'informations relatives aux OPA a pu se produire avant l'annonce, entraînant une opération d'initié. Une autre étude d'événement de nature plus spéculative cherche à déterminer si les investisseurs ont réagi positivement à l'annonce de la loi Sarbanes-Oxley.

La Réglementation FD de la SEC a-t-elle fonctionné?

La communication efficace et efficiente d'informations est une caractéristique fondamentale des Principes et le principe V.E stipule que « *les modes de diffusion retenus doivent permettre aux utilisateurs d'accéder aux informations pertinentes dans des conditions équitables, en temps opportun et au meilleur coût* ». Plusieurs pays ont adopté des obligations d'information continue. Hormis aux États-Unis, rares sont les études de suivi effectuées. L'introduction de la réglementation sur la divulgation équitable (*Fair Disclosure*, FD) par la SEC en 2000 représente un domaine intéressant d'analyse *a posteriori*, car dès le début, on s'attendait à ce que la réglementation génère à la fois des avantages et des coûts. La règle finale rend bien compte de l'essence de la Réglementation FD :

La réglementation sur la divulgation équitable est une règle applicable aux nouveaux émetteurs portant sur la divulgation sélective. Elle stipule que lorsqu'un émetteur ou une personne agissant pour son compte divulgue des informations importantes de nature non publique à certaines personnes (en général, des professionnels des marchés boursiers et des détenteurs de titres de l'émetteur qui peuvent très bien les négocier sur la base de ces informations), il doit communiquer publiquement ces mêmes informations.

La SEC indique que :

Nous nous inquiétons de plus en plus de la divulgation sélective d'informations importantes par les émetteurs. Comme l'indiquent des rapports récemment publiés, de nombreux émetteurs divulguent des informations importantes non publiques, telles que des préavis de résultats, aux analystes boursiers ou à des investisseurs institutionnels sélectionnés ou aux deux, avant de communiquer toutes ces informations au grand public. Lorsque cela s'est produit, ceux qui ont été au courant des informations ont pu réaliser un bénéfice ou éviter une perte aux dépens de ceux tenus dans l'ignorance.

Néanmoins, certains participants au marché se sont résolument opposés à cette règle, en alléguant qu'elle réduirait la qualité et la quantité de données disponibles aux parties prenantes et nuirait à l'efficacité globale des marchés. Du point de vue de l'AIR *a posteriori* et des études économétriques, quatre questions se posent : les objectifs fixés par la SEC ont-ils été atteints ? L'efficacité du marché a-t-elle diminué ? Quelle est la nature des effets secondaires éventuels ? Et les avantages sont-ils supérieurs aux coûts ?

Quelques études seulement ont tenté de déterminer si les objectifs de la SEC ont été atteints. L'une d'elles examine directement les préoccupations de la SEC en recherchant les signes de fuite d'informations avant et après la mise en œuvre de la Réglementation FD, en excluant une période de « contamination » – celle pendant laquelle le marché savait que la règle était à l'étude (Gadaowski et Sinha, 2005). Cette étude utilise l'analyse d'événement et cible les divulgations d'informations volontaires par les entreprises. Toute fuite d'information serait révélée par un lien entre des rendements anormaux le premier jour de la fenêtre d'événement et ceux survenant plus tard dans la fenêtre. Confirmant l'hypothèse de la Réglementation FD, elle constate une corrélation positive entre une fuite d'information antérieure à l'annonce officielle et la réaction ultérieure du public aux informations contenues dans ces divulgations. Conformément à l'idée selon laquelle la Réglementation FD améliore l'équité des marchés, les auteurs réunissent des éléments probants d'une diminution des fuites d'informations associées à ces divulgations entre le moment précédent l'adoption de FD et celui ultérieur à sa mise en œuvre.

De nombreuses études examinent l'efficacité du marché mais en donnent des définitions très différentes (flux de l'information, volatilité, etc.). Les résultats sont mitigés. Une autre étude analyse les effets secondaires et constate que les coûts de la Réglementation FD pour les petites entreprises sont significatifs : certaines petites entreprises ne sont plus suivies par les analystes et subissent un coût du capital plus élevé, ce qui corrobore l'hypothèse sur la reconnaissance des investisseurs (Gomes et al., 2006). Nous ne formulons pas de jugement, mais constatons simplement que si la Réglementation FD entraîne certains coûts, une évaluation globale des coûts analogue à celle des avantages serait possible, bien que difficile compte tenu des différentes dimensions de l'efficacité du marché. À notre connaissance, aucun ouvrage ne s'y est essayé.

Intégrité du marché : Les nouvelles lois sur les opérations d'initiés sont-elles efficaces ?

Deux études d'événement ont été réalisées au Royaume-Uni sur les opérations d'initiés afin de déterminer si les nouveaux pouvoirs de poursuite instaurés en 2001 ont eu un effet sur une mesure indirecte des opérations d'initiés, appelée « informed trading » (transactions effectuées sur la base d'informations privilégiées) dans les études (Monteiro, 2007; FSA, 2006)¹⁴. Ces études ont été menées par l'Autorité de réglementation des marchés (*Financial Services Authority*, FSA) afin d'élaborer une mesure du degré de « propreté » des marchés et d'évaluer la performance globale de l'Autorité. Deux types d'opération ont été examinés : la diffusion d'informations normale et périodique par les entreprises et les annonces d'offre publique d'achat. Dans ce dernier cas, l'annonce d'une offre publique d'achat est considérée comme un événement significatif, car les prix subissent invariablement une montée en flèche après une telle annonce. L'étude la plus récente (Monteiro, 2007) utilise une fenêtre d'événement de 2 et de 5 jours avant l'annonce et une fenêtre d'après événement de 2 jours, comprenant le jour de l'annonce et le lendemain. Le rendement estimé (la base de référence) fait également l'objet d'une recherche de modifications dans l'échantillon, concernant par exemple la taille des entreprises, la volatilité des cours, la liquidité (des actions moins liquides peuvent être susceptibles de connaître des variations de cours plus importantes que des actions plus liquides), le degré d'innovation des entreprises (des activités de R-D plus soutenues peuvent rendre une entreprise plus difficile à évaluer) et le secteur d'appartenance.

Les résultats de l'analyse ont posé à la FSA un certain nombre de questions, la conduisant à enquêter directement sur le nombre de personnes ayant accès aux informations d'initiés lors des offres publiques d'achat. Concernant les OPA, l'étude définit la propreté des marchés comme étant le pourcentage des annonces importantes (annonce d'OPA) pour lesquelles l'annonce était précédée d'un « mouvement informé des prix » (rendement anormal). Elle a constaté une hausse significative entre 2000 et 2004 du nombre d'OPA associées à des mouvements informés des prix, ce nombre avoisinant le tiers des annonces d'OPA. Même si ce nombre a diminué à environ un quart en 2005, il n'était pas statistiquement différent de 2000, année précédant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. L'étude en conclut que ces « résultats suggèrent que des fuites d'informations d'initiés sur les offres publiques d'achat sont plus nombreuses que cela devrait être le cas sur un marché propre ». Cela pourrait s'expliquer par le fait qu'il a fallu attendre 2004 pour que la loi soit effectivement appliquée et qu'il faut encore un certain temps pour qu'elle produise tous ses effets. Néanmoins, les résultats concernant les divulgations normales révèlent une baisse considérable des abus et une amélioration sensible depuis l'application initiale de la loi. L'analyse *a posteriori* met également en évidence des problèmes

significatifs de nature politique portant sur la question de savoir si les règles sont efficaces sur le marché des OPA et sur les spécificités de ce marché.

Modifications des dispositions relatives aux apporteurs d'affaires : la loi Sarbanes-Oxley

La loi Sarbanes-Oxley est un autre domaine dans lequel des estimations de coûts ont été effectuées au moyen de l'analyse d'événement. Une étude qui définit soigneusement les événements et les rendements escomptés des actions parvient à la conclusion que les rendements anormaux cumulés pendant l'adoption et la mise en œuvre de la loi Sarbanes-Oxley ont été fortement négatifs. En d'autres termes, les investisseurs s'attendaient à ce que les dispositions de la loi entraînent des coûts privés bien supérieurs aux rendements privés. C'est peut-être aussi la conséquence du fait que les investisseurs s'attendaient à une législation perçue comme plus défavorable par les entreprises. D'autres études aboutissent à des résultats différents, mais semblent classer de façon erronée certains événements et confondre les dates durant lesquelles il aurait pu y avoir d'autres informations affectant le marché. Il serait instructif d'examiner les réactions du marché aux changements importants dans la mise en œuvre de la loi SOX introduits par la SEC en 2005 et 2006.

Conclusion

Ce chapitre constate que plusieurs autorités dans la zone OCDE utilisent les méthodes d'AIR pour renforcer leur action politique basée sur des faits en matière de gouvernement d'entreprise. Ce qui semble être à première vue un problème insurmontable dans le domaine de l'application des techniques d'AIR pour le gouvernement d'entreprise (surtout dans des secteurs difficiles tels que la transparence, les droits de vote et la structure des comités d'audit) peut être et a effectivement été surmonté grâce à l'utilisation judicieuse d'indicateurs substitutifs et de techniques qualitatives basées sur un cadre analytique clairement défini. C'est notamment le cas pour l'estimation des avantages potentiels.

Ce chapitre montre qu'aucune raison valable ne s'oppose à ce que d'autres pays, et éventuellement d'autres sphères de l'action publique, améliorent l'élaboration de leurs politiques en utilisant les techniques d'AIR disponibles. De fait, de plus en plus d'organismes de réglementation des valeurs mobilières s'orientent dans cette direction. D'autres autorités accusent du retard et pourraient avoir besoin d'un soutien. Ce soutien est également nécessaire compte tenu du fait que les AIR actuellement menées ne sont pas toutes satisfaisantes. Un appui politique résolu reste donc nécessaire, surtout dans le domaine du gouvernement d'entreprise où des pressions politiques considérables peuvent s'exercer pour agir après un scandale.

L'expérience dans le domaine du gouvernement d'entreprise confirme les enseignements tirés d'autres sphères d'intervention : plus tôt les questions relatives aux AIR sont intégrées au processus de décision, mieux cela vaut, ce qui implique de définir et d'envisager un certain nombre d'actions possibles. Cela peut aussi rendre le processus de consultation plus productif et plus générateur d'informations. Dans certains cas, il peut être nécessaire d'agir vite, comme pendant la crise sur les marchés financiers en 2008. Toutefois, les bonnes pratiques montrent qu'il faudrait réaliser au moins une analyse *a posteriori* pour déterminer si les mesures d'urgence ou prises dans la hâte ont été efficaces et efficientes.

Le Groupe de direction sur le gouvernement d'entreprise de l'OCDE continuera de favoriser la diffusion des pratiques exemplaires à l'avenir.

Notes

1. L'entité responsable varie beaucoup d'un pays de l'OCDE à l'autre. Dans certains, il s'agit du ministère de l'Économie et des Finances (ex. Australie, Royaume-Uni), alors que dans d'autres, les organismes de contrôle des marchés financiers jouent un rôle dominant. Les ministères de la Justice peuvent aussi jouer un rôle fondamental. Dans d'autres cas, la compétence juridique est détenue par les administrations infranationales (Canada, États-Unis). Aux fins du présent document, le terme « responsable politique » est utilisé pour désigner toutes les autorités institutionnelles, même si certaines, comme les organismes de contrôle des marchés financiers, peuvent être plus enclines à utiliser les techniques d'AIR que d'autres, les ministères de la Justice par exemple.
2. Pour de plus amples informations, veuillez consulter le site : www.oecd.org/daf/corporate-affairs.
3. Ces pays ont constitué le réseau dit SCM (*Standard Cost Model*) afin d'examiner les évolutions dans ce domaine et de décider d'actions futures. Voir www.administrative-burdens.com.
4. L'AIR note que l'introduction simultanée d'un rapport de gestion en vertu du droit des sociétés de l'UE (la directive de modernisation, 2003) pour les grandes entreprises concernerait également les sociétés cotées, de sorte que ces exigences et celles de l'OFR pourraient se chevaucher partiellement, contraignant les sociétés cotées à se conformer aux deux. Pour supprimer ce doublon, l'AIR note que « le gouvernement propose d'exonérer les sociétés cotées qui établissent déjà un OFR de l'obligation de reproduire ces mêmes informations dans un rapport de gestion distinct ». En toute dernière minute, le gouvernement a annulé l'OFR, invoquant des économies d'environ 10 millions de livres, ce qui est peu eu égard aux coûts totaux recensés dans l'AIR, et son souci de ne pas « plaquer » la réglementation de l'UE.
5. L'AIR fait plusieurs fois référence aux parties prenantes. Dans un rapport rédigé par MORI en 2004 et cité par l'AIR, le principal soutien en faveur de l'OFR vient des experts CSR et des ONG, tandis que les investisseurs institutionnels y sont à 41 % favorables et à 34 % opposés. Ce résultat peut suggérer la présence d'autres systèmes d'information. Voir OCDE (2006a) pour une description de certains des mécanismes dans le domaine des actifs intellectuels.
6. À des fins d'estimation, l'AIR s'appuyait sur un nouveau recensement d'entreprises « en activité » : 36 000 grandes et moyennes entreprises enregistrées au Royaume-Uni et 1 290 entreprises cotées enregistrées. Les entreprises du FTSE 100 ont été traitées séparément compte tenu du fait que leurs coûts d'audit étaient beaucoup plus élevés.
7. Voir *Competition Assessment Guidance*, SG/GRP(2006)4/ANN1.
8. Voir Oxera, *op. cit.*, p. 7, pour la liste des références consultées.
9. Cela pose le problème lié au fait que, dans les régressions, la privatisation ne constitue pas une variable exogène, mais endogène. Il faudrait donc estimer deux équations, dont l'une sur la probabilité de privatisation. À moins de résoudre le problème du caractère endogène de la variable, les paramètres estimés censés illustrer l'effet indépendant de la privatisation seront biaisés.
10. Cité dans Oxera, *op. cit.*, par Boardman, A.E. et C. Laurin (2000).
11. Oxera, *op. cit.*, p. 9. Les problèmes économétriques posés par de nombreuses études existantes concernent la simultanéité : le lien de cause à effet peut aller de mauvaises performances à la défense contre les rachats, plutôt que dans l'autre sens. Voir Bhagat, S. et R.H. Jefferis (2002).
12. Il est utile de rappeler qu'à l'époque, d'aucuns estimaient que la Loi SOX allait augmenter les coûts d'assurance des administrateurs et des cadres (Foley et Lardner, 2003). Toutefois, cette étude posait l'hypothèse erronée que l'augmentation des coûts d'assurance des administrateurs et des cadres était la conséquence de la loi SOX. En réalité, ils augmentaient depuis déjà un certain temps avant la loi du fait de la multiplication des procédures en justice et dans le sillage des scandales Enron et Worldcom.
13. Un quatrième aspect qui n'est pas abordé est celui de la taille de l'échantillon : le nombre d'entreprises incluses pour calculer la valeur des rendements anormaux. Voir Bhagat et Romano, 2005, pour une discussion approfondie.
14. La loi sur les services et les marchés financiers (*Financial Services and Markets Act*) de 2001 introduit un régime de poursuites civiles dans les cas d'abus de marché et permet à la FSA de réagir plus rapidement dans des circonstances plus nombreuses. Les règles en matière de diffusion d'informations prévoient des amendes d'un montant illimité pour les entreprises qui ne communiquent pas des informations exactes, complètes et en temps voulu au marché. Toutefois, le premier cas de poursuite date de 2004 seulement.

Bibliographie

- Boardman, A.E. et C. Laurin (2000), « Factors Affecting Stock Price Performance of Share Issued Privatisations », *Applied Economics*, p. 32.
- Bhagat, S. et R.H. Jefferis (2002), *The Econometrics of Corporate Governance*, MIT.
- Bhagat, S. et R. Romano (2005), « Empirical Studies of Corporate Law », *ECGI Law Working Paper Series*, 44/2005.
- Coates J. (2003), « Ownership, Takeovers and EU: How Contestable Should EU Corporations Be? », *ECGI Law Working Paper*, 11/2003.
- Comité d'analyse d'impact de la Commission européenne (2007), *Impact Assessment on the Commission Recommendation on the Proportionality between Capital and Control in EU Companies*, Bruxelles.
- Commission des Communautés européennes (2007), « Impact Assessment on the Proportionality between Capital and Control in Listed Companies », document de travail du personnel de la Commission, décembre.
- Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (2003), *Investor Confidence Initiatives: A Cost-Benefit Analysis of Proposed Multilateral Instrument 52-110 Audit Committees*, Bureau du chef économiste.
- Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (2004), « The Cost and Benefits of Management Reporting and Auditor Attestation on Internal Controls over Financial Reporting », document préparé par Charles River Associates.
- Commonwealth of Australia, Treasury (2006a), « Corporate and Financial Services Regulation, Review Proposals Paper 2006, Draft Regulation Impact statement », www.treasury.gov.au, Canberra.
- Commonwealth of Australia (2006b), « Corporate and Financial Services Regulation, Review Proposals Paper », novembre.
- CONSOB (2008), « CONSOB Issues a Consultation Document on the Regulation of Related Party Transactions », www.consob.it/eng.
- Deloitte (2005), *The Cost of Regulation Study*, Financial Services Authority, Londres.
- Department of Trade and Industry (2006), « Company Law Reform Bill, Regulatory Impact Assessment », Londres, www.dti.gov.uk.
- Department of Trade and Industry (2003), « Final Regulatory Impact Assessment on the Operating and Financial Review », Londres.
- European Policy Forum (2007), « One Share One Vote: European Commission Study Impact Assessment Template », mimeo.
- Financial Services Authority (2005), *Better Regulation Action Plan*, Londres.
- Financial Services Authority (2006a), *A Framework for Assessing the Benefits of Financial Regulation*, Oxera, Londres.
- Financial Services Authority (2006b), *A Guide to Market Failure Analysis*, novembre, Londres.
- Financial Services Authority (2007), « Disclosure of Contracts for Differences », document de consultation, 7/20, Londres.
- Financial Reporting Council (2006a), *Review of the 2003 Combined Code: The Findings of the Review*, janvier, Londres.
- Financial Reporting Council (2006b), *Amendments to the 2003 Combined Code: Regulatory Impact Assessment*, juin, Londres.
- Foley et Lardner (2003), *The Increased Financial and Non-financial Costs of Staying Public*, avril, Chicago.
- Gadarowski, C. et P. Sinha (2005), *On the Efficacy of Regulation Fair Disclosure*, SSRN.
- Gomes, A. et al. (2006), *SEC Regulation Fair Disclosure*, SSRN.
- Hall, J. (2002), *Dissecting EVA: The Value Drivers Determining the Shareholder Value of Industrial Companies*, Université de Pretoria, résumé SSRN = 3041960.
- Jacobs, S.H. (2006), « Les tendances internationales dans les études d'impact de la réglementation : Leçons pour le Canada », document de travail du Projet de recherche sur les politiques, 026, 2006, http://policyresearch.gc.ca/page.asp?pagenm=pub_wp_abs#WP026.

- Meggison, W.L. et J.M. Netter (2001), « From State to Market: A Survey of Empirical Studies on Privatisation », *Journal of Economic Literature*, p. 39.
- Monteiro, N. et al. (2007), « Updated Measurement of Market cleanliness », *Financial Services Authority Occasional Paper Series*, Londres, p. 25.
- National Audit Office (2006), *Evaluation of Regulatory Impact Assessments 2005-06*, juin, Londres.
- NZIER (2008), « Compliance with Regulatory Impact Analysis Requirements, 2007 Evaluation », www.nzier.org.nz.
- OCDE (2007), « Orientation et cadres méthodologiques concernant les AIR », GOV/PGC/REG(2007)8, Paris.
- OCDE (2006), « Déterminant de la qualité dans l'analyse d'impact de la réglementation », SG/GRP(2006)3, Paris.
- OCDE (2006a), « Actifs intellectuels et création de valeur : Conséquences pour la communication d'informations par les entreprises », Paris.
- OCDE (2005), *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation* approuvés par le Conseil de l'OCDE le 28 avril 2005, éditions de l'OCDE, Paris.
- OCDE (2004a), « RIA Inventory », GOV/PGC/RD(2004)1, Paris.
- OCDE (2002), *Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE : De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation*, éditions de l'OCDE, Paris.
- OCDE (1995), *Recommandation du Conseil de l'OCDE concernant l'amélioration de la qualité de la réglementation officielle*, éditions de l'OCDE, Paris.
- Oxera (2005), « Special Rights of Public Authorities in Privatised EU Companies: The Microeconomic Impact », préparé par Oxera pour la Commission européenne, Oxford.
- Oxera (2006), « A Framework for Assessing the Benefits of Financial Regulation », rapport préparé pour l'Autorité des services financiers, Oxford.
- Romano, R. (2004), « The Sarbanes-Oxley Act and the Making of Quack Corporate Governance », *ECGI Finance Working Paper*, 52/2004.
- Securities and Exchange Commission (2005), « Staff statement on Management's Report on Internal control Over Financial Reporting », www.sec.gov/info/accountants/staffcreporting.htm.
- Securities and Exchange Commission (2006), « Roundtable on Second-Year Experiences with Internal Control Reporting and Auditing Provisions », Briefing Paper, www.sec.gov/spotlight/soxcomp/soxcomp-briefing0506.htm.
- Wiener, J.B. (2006), « Better Regulation in Europe », *Joint Centre Related Publication*, pp. 06-26.
- Zhang, I.X. (2005), « Economic Consequences of the Sarbanes-Oxley Act of 2002 », *Joint Center Related Publication*, pp.05-07.

LES ÉDITIONS DE L'OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 PARIS CEDEX 16
IMPRIMÉ EN FRANCE
(42 2009 16 2 P) ISBN 978-92-64-04368-8 – n° 56888 2009

Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation

L'ANALYSE D'IMPACT DE LA RÉGLEMENTATION

UN OUTIL AU SERVICE DE LA COHÉRENCE DES POLITIQUES

L'analyse d'impact de la réglementation (AIR) est une démarche systémique d'évaluation critique des effets positifs et négatifs de la réglementation en projet ou en vigueur, ainsi que des substituts non réglementaires. L'AIR, telle qu'elle est pratiquée dans les pays de l'OCDE, recouvre toute une série de méthodes. Il s'agit par essence d'un outil favorisant une approche de l'action publique basée sur les faits. L'OCDE a mis en évidence que l'application de l'AIR dans un cadre bien défini peut, dans un monde complexe et en perpétuelle évolution, permettre aux autorités de mieux veiller à l'efficacité et à l'efficacités de la réglementation. Les pays membres de l'OCDE ont à présent pratiquement tous adopté l'AIR sous une forme ou sous une autre, mais leur expérience met en lumière les difficultés administratives et techniques rencontrées lors de la mise en œuvre de cette démarche.

Cette publication rassemble des travaux récents de l'OCDE portant sur les aspects méthodologiques et les expériences nationales résultant de la mise en œuvre de l'AIR. Les différents chapitres de l'ouvrage traitent d'un certain nombre de défis auxquels se trouve confrontée l'efficacité de l'AIR, notamment les facteurs systémiques qui influent sur sa qualité, les cadres méthodologiques qui peuvent lui être utiles pour améliorer la réglementation, ainsi que les orientations concernant son emploi qui permettent d'éviter de réglementer inutilement des marchés concurrentiels. Un examen de l'application de l'AIR en matière de gouvernement d'entreprise dans un certain nombre de pays de l'OCDE est également proposé. Au total, cette publication constitue une source d'indications pratiques particulièrement utiles sur les moyens de renforcer l'efficacité des méthodes d'AIR afin de promouvoir la prospérité économique grâce à une réglementation de meilleure qualité.

Le texte complet de cet ouvrage est disponible en ligne à l'adresse suivante :

www.sourceocde.org/gouvernance/9789264043688

Les utilisateurs ayant accès à tous les ouvrages en ligne de l'OCDE peuvent également y accéder via :

www.sourceocde.org/9789264043688

SourceOCDE est une bibliothèque en ligne qui a reçu plusieurs récompenses. Elle contient les livres, périodiques et bases de données statistiques de l'OCDE. Pour plus d'informations sur ce service ou pour obtenir un accès temporaire gratuit, veuillez contacter votre bibliothécaire ou SourceOECD@oecd.org.