

L'inflation législative et la qualité de la réglementation

Philippe Martin

Le thème de l'inflation législative et de la qualité de la réglementation a déjà donné lieu à trois rapports publics du Conseil d'Etat soulignant la dégradation de l'appareil normatif français. La première étude, consacrée en 1991 à la sécurité juridique, contenait une phrase devenue emblématique : « quand la loi bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite ». Un deuxième rapport, consacré en 2006 à la sécurité juridique et la complexité du droit, a formulé quelques propositions qui ont été inscrites dans le droit positif, telle la réalisation d'études d'impact pour les projets de loi, rendue obligatoire par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 puis la loi organique du 15 avril 2009. En dernier lieu, l'étude annuelle 2016 a été consacrée à la simplification et la qualité du droit.

Cette constance du Conseil d'Etat est admirable mais un peu inquiétante. Elle traduit en effet la persistance d'un problème malgré un soutien affirmé des pouvoirs publics à la résolution de ces difficultés et la prise de mesures correctrices. Une analyse de cette situation et de ses causes peut permettre de mesurer l'intervention possible du Conseil d'Etat.

I. Le constat du problème malgré des mesures correctrices

Le constat le plus apparent et le plus commenté, car il est quantitatif, est celui de l'inflation législative et normative en général. Paradoxalement, les outils de mesure ne sont pas très développés, et la première proposition de l'étude de 2016 est de créer un référentiel fiable pour mesurer la production normative (en stock et en flux) et les coûts et charges qu'elle induit.

Néanmoins, le constat largement partagé de l'inflation normative repose sur des chiffres qui peuvent être améliorés dans leur approche scientifique mais qui sont a priori parlants. Jean-Louis Debré, ancien président du Conseil constitutionnel, a utilisé un calcul en nombre de caractères consacrés aux lois au Journal officiel pour comparer un chiffre de 1,87 millions de caractères en 2003 à celui de 3,2 millions de caractères en 2013. En nombre de textes, on peut constater que le Conseil d'Etat a été saisi de 1371 textes en 2016 contre 1220 en 2011, ces deux années étant comparables car précédant des élections nationales. La longueur des textes a nettement augmenté. Une étude publiée en 2011 calculait une moyenne de 41 articles par loi en 2009 contre 22 en 1990. Pour prendre quelques exemples dans des lois récentes, la loi du 26 janvier 2016 de modernisation du système de santé comprenait 57 articles lors du dépôt du projet de loi et 227 articles à sa promulgation. La loi du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte comprenait 64 articles comme projet de loi et 215 à sa promulgation.

Ce recours massif et accéléré à la norme juridique s'accompagne de défauts qui lui sont partiellement liés : une instabilité de la règle de droit, un manque de qualité rédactionnelle de textes rédigés très vite, une complexité croissante du droit, une prise en compte insuffisante des conséquences concrètes de la nouvelle norme.

Deux exemples récents rencontrés par la section des travaux publics illustrent ces difficultés. A l'occasion d'un décret d'application, il est apparu que la loi du 8 août 2016 pour la

reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, par ses articles 30 et 102, a fixé une liste limitative des aires marines protégées, alors que le texte antérieur permettait de compléter la liste par décret en Conseil d'Etat. Les travaux préparatoires révèlent que le Parlement a pensé que ce décret n'avait pas été pris alors qu'il existe. Par ailleurs l'article 106 de la même loi prévoit un dispositif de repérage des mammifères marins dans deux aires marines, en Méditerranée et dans les Antilles, qui ne figurent pas sur la liste législative figée par les articles 30 et 102. La section des travaux publics a attiré l'attention du Gouvernement par une note sur le projet de décret, conseillant un déclassement de la liste législative par un décret pris sur le fondement de l'article 37, alinéa 2, de la Constitution.

A l'occasion d'un décret faisant application d'un article du code de la construction et de l'habitation issu de la loi Grenelle II du 12 juillet 2010 et récemment modifié par la loi de transition énergétique du 17 août 2015, la section des travaux publics s'est aperçue que le régime (jamais encore appliqué) de rénovation énergétique obligatoire des bâtiments existants à usage tertiaire, privés ou administratifs, ne précise pas si l'obligation concerne un bâtiment dans son ensemble ou éventuellement des parties de bâtiment. La loi utilise le mot « bâtiment », alors que les textes prévoyant des obligations sur des parties d'immeubles utilisent les expressions suivantes : « parties de bâtiments » ou « locaux ». Néanmoins les travaux préparatoires mentionnent parfois des parties de bâtiments, alors que les enjeux procéduraux et techniques d'un tel choix ne sont pas traités par le texte (copropriétés, interventions sur des étages isolés, traitement des parties communes...).

Les causes de ces difficultés ont été analysées dans l'étude 2016. L'étude distingue :

- des facteurs sociologiques, techniques et administratifs : progrès technique, mondialisation, ouverture à la concurrence, demande de normes en matière de sécurité, de santé, d'environnement, spécialisation des producteurs de normes...
- des facteurs politiques et médiatiques : instantanéité de la réponse normative à un événement médiatique, visibilité de la norme, force symbolique de la loi...
- des facteurs juridiques et institutionnels : multiplication des normes de référence, internationales et européennes, auto-alimentation de la production normative par processus de modification, d'application, d'interprétation...

Face à ces facteurs très puissants, les mesures correctives n'ont pu endiguer l'évolution. L'étude d'impact des textes législatifs est le plus souvent réalisée au dernier moment pour justifier le texte. La création de structures administratives ou de commissions dédiées à la simplification, dont le champ est limité et qui interviennent en fin de processus normatif, n'a pas eu d'effet mesurable. L'intervention de textes horizontaux de simplification n'a pas permis de supprimer un nombre significatif de normes et a parfois compliqué l'ordonnancement juridique.

Les objectifs de sobriété normative et de simplification du droit sont pourtant régulièrement réaffirmés par les pouvoirs publics. Mais ces objectifs sont, à l'heure actuelle, des priorités de second rang, qui cèdent devant l'urgence politique et des impératifs perçus comme légitimement prioritaires, tels la sécurité, la santé, l'environnement, la moralisation.

Par ailleurs les dommages créés par l'inflation normative et la complexification du droit peuvent apparaître diffus, peu mesurables, par rapport aux avantages d'une production normative qui répond à des attentes immédiates des citoyens.

Pour clore ce constat sur une note moins pessimiste, il convient de signaler que des textes sectoriels peuvent apporter de réels changements en matière de simplicité du droit. On peut ainsi mentionner l'ordonnance du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale, qui unifie de nombreux régimes d'autorisation en matière environnementale, après un processus d'expérimentation.

II. L'intervention du Conseil d'Etat

Face à ce constat, le Conseil d'Etat, en tant que conseil de l'Etat et en tant que juridiction, ne peut rester sans réagir.

Le Conseil d'Etat est tout d'abord une force de proposition. Il ne lui appartient peut-être pas de formuler des recommandations analogues aux réflexions exprimées par le Président de la République à l'occasion dans son allocution prononcée lors de sa visite au Conseil d'Etat le 22 mars 2017. Le Président de la République, constatant que durant la législature qui vient de s'achever, 260 000 amendements ont été présentés dans les deux chambres du Parlement et 60 000 ont été adoptés, propose de revoir le processus de vote de la loi et d'encadrer le droit d'amendement.

L'étude 2016 du Conseil d'Etat observe, fondamentalement, que la solution du problème passe par un changement de culture normative. A ce titre, le Conseil d'Etat ne propose nullement d'enserrer la production normative dans des contraintes quantitatives qui seraient issues de la Constitution ou d'une loi organique.

Parmi les principales propositions du Conseil d'Etat, on peut noter :

- une programmation par le Gouvernement de son activité normative, incluant l'objectif de simplification ;
- la réalisation très en amont d'une étude d'option incluant l'option de ne pas créer de norme ;
- l'extension du champ des études d'impact, notamment aux propositions de loi et amendements substantiels ;
- une certification des études d'impact par un comité indépendant.

En complément de la limitation de la production normative, l'étude 2016 insiste sur l'effort de clarté et d'accessibilité de la norme, point sur lequel le bilan de la situation actuelle est d'ailleurs plus positif. Si l'on admet qu'il est utile d'accompagner un phénomène partiellement inévitable de complexification du droit, les efforts accomplis pour codifier le droit et pour le rendre plus accessible par des vecteurs tels que les sites Légifrance ou service-public.fr sont positifs et doivent être poursuivis.

La section du contentieux et les sections consultatives du Conseil d'Etat jouent aussi un rôle dans la prévention des excès de l'instabilité normative et de la complexité. La jurisprudence contentieuse fait application de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et de l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel pour limiter la rétroactivité des lois et leur abrogation prématurée portant atteinte à des droits protégés (Plénière fiscale 9 mai 2012, n° 308996, Société EPI). L'application du principe de sécurité juridique permet de censurer des règles d'entrée en vigueur de règles nouvelles portant une atteinte excessive à des situations constituées sous l'empire de la règle antérieure (Ass. 24 mars 2006, n° 288460 société KPMG). Les sections consultatives veillent à l'absence d'effet rétroactif de la norme,

à une entrée en vigueur différée pour permettre aux destinataires de la norme de se préparer et à l'édiction de règles transitoires pour les situations en cours.

L'interprétation de la loi par le contentieux et les sections consultatives peut permettre d'éviter des applications, par voie réglementaire, qui introduiraient un degré de contrainte juridique supplémentaire. C'est par exemple ce que s'efforce de faire la section des travaux publics sur les questions de contraintes en matière de rénovation énergétique des bâtiments à usage tertiaire.

L'inflation normative pose des problèmes particuliers aux sections consultatives confrontées à l'examen d'un nombre croissant de textes, présentés comme urgents et souvent préparés à la hâte. Cette contrainte conduit à adapter les méthodes de travail en proportionnant la composition de la section consultative à la difficulté du texte (formation plénière, ordinaire ou restreinte) et en réservant l'examen en séance aux questions principales identifiées par le rapporteur et le réviseur du texte. Mais le travail de réécriture du texte présenté par le Gouvernement n'est pas abandonné. Ce travail de réécriture, malgré la charge de travail qu'il représente, permet de valider une rédaction évitant les problèmes juridiques et d'améliorer la lisibilité du texte.

Ainsi la recherche des meilleures méthodes de limitation de la production normative ne dispensera jamais d'un travail quotidien de vérification de la clarté et de l'intelligibilité de la norme.