

SÉCURITÉ
JURIDIQUE ET
COMPLEXITÉ
DU DROIT

Considérations générales



Les considérations générales du Conseil d'État sur « *La sécurité juridique et la complexité du droit* » ont été rédigées par M^{me} Josseline de CLAUSADE, rapporteur général de la Section du rapport et des études, avec le concours d'Édouard GEFFRAY, Stéphane HOYNCK, Vincent DAUMAS, Laurent CABRERA et Damien BOTTEGHI, auditeurs au Conseil d'État.

Elles ont été adoptées par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 2 février 2006.

Jessica AMIOT, Pauline GAIN, Fanny JAFFRAY, ainsi que Baptiste BOURBOULON, Nicolas GUERRERO, Erwan LE NOAN et Guillaume RICHARD, étudiants en stage au Conseil d'État, ont contribué aux recherches documentaires menées en vue de ce rapport.

Sommaire

Introduction	229
---------------------------	-----

Première partie

La complexité croissante des normes menace l'État de droit	233
---	-----

A. Les causes	234
----------------------------	-----

1. La multiplication des sources externes et internes du droit, en même temps que l'apparition de nouveaux domaines	234
1.1. <i>Les récents développements du droit communautaire</i>	235
1.2. <i>Le Conseil de l'Europe</i>	242
1.3. <i>Un réseau complexe de conventions multilatérales et bilatérales</i>	245
1.4. <i>Les transferts ou aménagements de compétences de l'État</i>	249
2. L'« intempérance normative », source d'instabilité et de complexité ..	254
2.1. <i>L'impératif de communication médiatique</i>	254
2.2. <i>La pression des milieux professionnels et de l'opinion</i>	256
2.3. <i>La force symbolique de la loi</i>	259

B. Les effets	262
----------------------------	-----

1. Pour le législateur	262
1.1. <i>Le législateur contraint</i>	262
1.2. <i>Le législateur submergé</i>	265
1.3. <i>Le législateur contourné</i>	269
2. Pour la société	272
2.1. <i>L'usager égaré</i>	272
2.2. <i>L'insécurité des opérateurs économiques</i>	276
2.3. <i>Les juges perplexes</i>	277

Deuxième partie

Quelles disciplines pour quelle sécurité juridique ?	281
---	-----

A. La sécurité juridique constitue l'un des fondements de l'état de droit	281
--	-----

1. Le contenu du principe	281
1.1. <i>L'axe formel : la qualité de la loi</i>	282
1.2. <i>L'axe temporel : la prévisibilité de la loi</i>	282



2. La portée du principe	283
2.1. <i>En droit européen</i>	283
2.2. <i>En droit constitutionnel</i>	287
2.3. <i>La position du Conseil d'État</i>	291
2.4. <i>Les interrogations de la Cour de cassation</i>	296
B. Quelles solutions ?	300
1. Donner toute leur portée aux procédures constitutionnelles d'ores et déjà en vigueur	300
1.1. <i>La préparation d'une réforme : une responsabilité gouvernementale</i>	300
1.2. <i>Le vote de la réforme : la procédure parlementaire</i>	316
2. Explorer de nouvelles stratégies	322
2.1. <i>Vers de nouvelles formes d'intervention des Assemblées</i>	322
2.2. <i>Vers un nouveau rapport du législateur au citoyen</i>	327
2.3. <i>Vers un accès au droit plus sûr</i>	328
Conclusion	337



Introduction

« *Quand le droit bavarde,
le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite.* »
Rapport du Conseil d'État (1991),
*De la sécurité juridique*¹

Le principe de sécurité juridique ne figure ni dans notre droit administratif, ni dans notre corpus constitutionnel. Certains auteurs vont même jusqu'à qualifier le concept de « clandestin »².

Il comporte pourtant de nombreuses applications essentielles dans notre droit : prévisibilité de la loi, clarté et accessibilité de la norme, stabilité des situations juridiques, exigences encore tout récemment rappelées par des décisions du Conseil constitutionnel comme du Conseil d'État.

La Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme ont, pour leur part, consacré un principe de sécurité juridique. Leur jurisprudence exerce une influence sur les décisions des juridictions françaises, notamment pour les litiges concernant l'application du droit communautaire.

Dans le même temps, la complexité croissante de notre droit constitue une préoccupation constante des citoyens, des élus locaux, des entreprises, notamment des petites et moyennes entreprises³, et des juristes.

Elle a été évoquée à de nombreuses reprises par les plus hautes autorités de l'État, qu'il s'agisse du Président de la République⁴, du Président du Sénat⁵, du Président de l'Assemblée nationale⁶, du Président du Conseil constitu-

1. Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, La Documentation française.

2. Bertrand Mathieu, « La sécurité juridique, un principe constitutionnel clandestin mais efficace », *Mélanges Patrice Gélard*, Montchrestien, 2000, p. 301.

3. Lesquelles représentent actuellement 65 % de l'emploi salarié hors fonction publique en France. Cf. Conseil économique et social, avis présenté par Anne Duthilleul : « Entreprises et simplifications administratives », 25 mai 2005.

4. Discours du Président de la République prononcé le 19 mai 1995 devant le Parlement : « Trop de lois tuent la loi ».

5. Déclaration du Président du Sénat, « Surabondance de lois nuit au citoyen », *Libération*, 18 janvier 2005.

6. Interview du Président de l'Assemblée nationale, « Il faut concentrer la loi sur l'essentiel », *Libération*, 18 janvier 2005.



tionnel ⁷, notamment au début de l'année 2005, ou encore du Vice-président du Conseil d'État ⁸, qui dénonçait le « *droit gazeux et instable* » en 2001, lors de la cérémonie des vœux des corps constitués au Président de la République.

Ainsi que le souligne le rapport du Gouvernement sur les mesures de simplification de l'année 2003 : « *La complexité croissante de notre droit est devenue une source majeure de fragilité pour notre société et notre économie. [...] Elle peut détruire la lisibilité des décisions prises par le Gouvernement et le Parlement et ainsi conduire les Français à douter de l'efficacité de la décision politique* ⁹. »

Ainsi, « *face au désordre du droit, le principe de sécurité juridique apparaît comme la dernière branche à laquelle s'accrochent les juridictions suprêmes pour maintenir un semblant d'ordre et permettre au droit de remplir la mission qui est normalement la sienne* ¹⁰ ».

Les préoccupations exprimées, dès 1991, par le Conseil d'État, dans ses « *considérations générales* » consacrées à la sécurité juridique sur cette complexité du droit, caractérisée par la prolifération désordonnée des textes, l'instabilité croissante des règles et la dégradation manifeste de la norme ¹¹, n'ont eu que peu d'effets, à l'exception de progrès significatifs en matière d'accessibilité des textes, principalement par la codification et par la création de bases de données telles que « *Légifrance* » ou « *Service Public* ».

Malgré la détermination politique affichée par les circulaires successives des Premiers ministres appelant, depuis trois décennies, à l'évaluation rigoureuse, *ex ante*, des réformes législatives et à un effort de sobriété, et malgré les observations sans cesse réitérées du Conseil d'État, les trente dernières années se caractérisent par une accélération du rythme normatif, sous le regard désabusé du citoyen, et résigné de la doctrine ainsi que des praticiens ¹².

Souvent évoqués, les remèdes de nature purement légistique ont révélé leurs limites, dans la mesure où le respect des disciplines en la matière relève avant tout d'une volonté politique, ainsi qu'en témoignent les intéressantes expériences menées par le Canada à partir de 1995, ou par le Royaume-Uni à partir de 1997.

Certes, la complexité du droit est un phénomène commun à la plupart des pays développés.

7. Vœux du Président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République, allocution de M. Jacques Chirac, Président de la République, à l'occasion de la présentation des vœux du Conseil constitutionnel, échanges de vœux à l'Élysée le 3 janvier 2005.

8. Vœux au Président de la République et interview du Vice-président du Conseil d'État, « Trop de lois tue la loi », *Le Journal du Dimanche*, 21 janvier 2001.

9. Rapport du Gouvernement sur les mesures de simplification de l'année 2003, établi en application de l'article 37 de la loi du 2 juillet 2003.

10. Olivier Dutheillet de Lamothe, Séminaire franco-brésilien, « Regards croisés sur la sécurité juridique », Cour de cassation, 19 septembre 2005.

11. Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, La Documentation française.

12. Voir le numéro consacré à la loi de la revue *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2005.



Elle tient d'abord à *la multiplication des sources du droit*, notamment internationales et communautaires, en même temps qu'à *l'apparition de nouveaux domaines d'activité humaine et de nouvelles attentes à l'égard du droit*, en relation notamment avec les inquiétudes engendrées par les avancées scientifiques et technologiques.

Elle traduit l'existence, au sein des collectivités organisées, de désaccords sur les valeurs et les priorités qui s'expriment logiquement et légitimement à l'occasion des alternances politiques.

Cette complexité trouve aussi son origine dans la volonté politique d'encadrer les activités des opérateurs économiques dans le contexte d'économie de marché, *en période de libéralisation de secteurs auparavant protégés par un monopole*, ce qui implique l'organisation de procédures et de garanties.

Elle manifeste encore, souvent, le souci de protéger les plus faibles : « *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit* ¹³. »

Mais cela n'explique pas complètement l'évolution : des *facteurs pathogènes* viennent amplifier les effets de ces causes objectives et, dans une certaine mesure au moins, légitimes.

La communication médiatique autour de la loi, parfois qualifiée de « gesticulation », et la précipitation du politique qui ne prend probablement pas, faute de temps, la part qui devrait lui revenir dans la conception des réformes, expliquent en partie l'instabilité de la norme et son absence de lisibilité.

La force symbolique de la loi, caractéristique propre de la société française, ne favorise pas la recherche de solutions alternatives à l'élaboration de normes, et conduit à faire passer toute réforme importante par cet instrument. L'une des caractéristiques de l'exception française, liée aux colbertismes de droite ou de gauche, réside en effet dans la propension à attendre des miracles de la loi, *à la juger en fonction de ses motifs plutôt que de ses conséquences*, et à faire appel à l'État législateur à tout propos, en escomptant de la loi des résultats à la fois prompts, bienfaisants et exempts d'effets pervers.

De là le fréquent contraste entre l'objectif d'une réforme et *l'absence de consensus, voire de dialogue*, sur les modalités de cette réforme.

Un journaliste, Thierry Desjardins, rapporte qu'en 1966 déjà, Georges Pompidou, Premier ministre, apostropha en termes vigoureux des collaborateurs zélés qui lui proposaient trop de réformes législatives ¹⁴.

13. Lacordaire, 45^e conférence de Notre-Dame.

14. Thierry Desjardins, *Arrêtez d'emmerder les Français*, Plon, 2000.



L'ouverture des frontières, conséquence de la réalisation du grand marché intérieur voulue par l'Acte unique européen¹⁵, comme la concurrence très vive, au niveau mondial, entre les systèmes juridiques inspirés du « *Common Law* » et ceux issus de la tradition du droit romain, enjeu considérable d'influence économique, juridique et culturelle, rendent cette situation de moins en moins tolérable.

Il faut non seulement approfondir l'analyse des causes des désordres constatés, mais mettre au jour des remèdes suffisamment efficaces pour y mettre fin.

Comment mieux concilier l'impératif d'innovation ou d'adaptation, d'une part, et la stabilité, la prévisibilité et le consensus minimum indispensables non seulement à la sécurité juridique, mais aussi à l'efficacité de toute réforme, d'autre part ?

Telle est l'interrogation retenue par le Conseil d'État, quinze ans après son premier rapport sur le sujet, avec le souci de concourir à satisfaire la haute ambition exprimée par Portalis, dans son discours préliminaire sur le premier projet de Code civil, il y a deux siècles : « *De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, le palladium de la prospérité et la garantie de toute paix publique et particulière*¹⁶. »

15. Acte unique européen, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1987.

16. Portalis, *Discours préliminaire sur le premier projet de Code civil*, 1804.



Première partie

La complexité croissante des normes menace l'État de droit

« *Les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires*¹⁷. »
Montesquieu

L'élaboration des normes juridiques est, pour la France comme pour les autres pays développés, à la fois tributaire de contraintes objectives et plus ou moins inéluctables, et de fonctionnements ou de comportements « pathogènes ».

Certaines des contraintes objectives sont externes et liées *aux engagements internationaux de la France* résultant d'une volonté politique continue depuis la fin de la dernière guerre mondiale : la construction européenne et le droit communautaire, d'une part, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et les conventions négociées au sein du Conseil de l'Europe, d'autre part. S'y ajoute le maillage de conventions internationales, bilatérales et multilatérales, qui relie notre pays au reste du monde.

L'apparition *de nouveaux domaines de législation parfois complexes et difficiles* comme le droit de la concurrence, le droit monétaire et financier dans un contexte ouvert, les biotechnologies, l'économie numérique, les nouvelles approches de la propriété intellectuelle, la protection de l'environnement, contribue également à la multiplication et à la révision fréquente des normes.

Dans le domaine économique, *la libéralisation de secteurs entiers* tels que les transports, les télécommunications, ou bientôt l'énergie, appelle la fixation de règles de conduite des opérateurs dans des domaines par nature techniques et évolutifs, et justifie l'apparition d'un nouveau type de régulation caractérisé par de constantes adaptations.

D'autres contraintes résultent *de choix du constituant ou du législateur* : ainsi en est-il des transferts successifs de pouvoirs et de compétences en faveur des collectivités territoriales, du choix d'un statut spécifique pour chaque collectivité d'outre-mer, ou encore de la création d'autorités administratives indépendantes.

Les caractéristiques propres aux sociétés démocratiques, et notamment la nécessité de communiquer autour de la loi, la portée symbolique qu'elle revêt, les remises en cause dont elle est fréquemment l'objet à l'occasion de change-

17. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1758.



ments de majorité contribuent enfin, tantôt légitimement, tantôt de façon pathologique, à l'instabilité de la norme.

Ces dernières contraintes peuvent en effet, quand elles ne sont pas maîtrisées, conduire à des dérives, et à un dévoiement de l'usage de l'instrument normatif, soit qu'une préséance excessive soit donnée au souhait de communication, soit qu'en vue de satisfaire des groupes de pression ou l'opinion en général, on fasse voter des réformes avant de les avoir suffisamment pensées, ou bien encore qu'on se propose de faire jouer à la loi un rôle qui n'est pas le sien, dans une société sensible aux symboles.

De cette situation, le législateur est la première victime. Ses marges de liberté pour décider des sujets qu'il convient de traiter se révèlent de plus en plus restreintes. Et il en vient à ne plus exercer sa mission dans les conditions lui permettant d'élaborer des textes de qualité. Cela conduit en outre à sa dépossession.

Mais c'est surtout la société qui en pâtit. Le droit, au lieu d'être un facteur de sécurité, devient un facteur d'inquiétude et d'incertitude. La démarche de simplification court après ses objectifs. Les juges ne sont eux-mêmes pas toujours en état d'y remédier, et sont parfois conduits à prendre leur part de l'aggravation de la complexité.

A. Les causes

Parmi les raisons « objectives » du foisonnement normatif figurent le développement de nouvelles sources du droit, notamment européennes et internationales, la multiplication des auteurs de normes et la propension du législateur à ne pas s'en tenir à la sphère de compétence qui lui est constitutionnellement attribuée.

1. La multiplication des sources externes et internes du droit, en même temps que l'apparition de nouveaux domaines

Dans une étude parue en 2000 et consacrée à la norme internationale en droit français¹⁸, le Conseil d'État rappelait que « *les évolutions du cadre constitutionnel et de la jurisprudence, ainsi que l'adoption de normes internationales et communautaires dans des domaines de plus en plus divers, ont produit au cours des dix dernières années des ruptures majeures dans la place que le droit français fait au droit d'origine externe* ».

18. *La norme internationale en droit français*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 2000, p. 7.

1.1. Les récents développements du droit communautaire

Parmi les évolutions majeures figure le développement du droit communautaire et l'extension de son champ d'application à la suite des réformes institutionnelles successives.

Les étapes de la construction européenne ont conduit à modifier des secteurs entiers de l'économie et de la société françaises. Elles ont permis un développement de notre compétitivité, attesté par la croissance de nos exportations vers les autres États membres, et la croissance de nos investissements à l'étranger, au sein comme à l'extérieur de l'Union européenne.

Elles ont cependant été marquées par une prolifération de normes, liée à la nécessaire adaptation de pans entiers de notre droit.

1.1.1. La primauté du droit communautaire sur le droit national : vers un ordre juridique intégré

Aux termes de l'article 88-1 de la Constitution, dans sa rédaction issue de la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 intervenue avant la ratification du traité de Maastricht, « *la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'États qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences* ».

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 19 novembre 2004¹⁹ relative à l'examen du traité signé à Rome le 29 octobre 2004 établissant une Constitution pour l'Europe, a rappelé que le constituant avait, par cet article, « *consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international* ».

La primauté du droit communautaire sur le droit interne est solennellement affirmée par l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 15 juillet 1964, *Costa c/ENEL*²⁰, et reconnue aujourd'hui par les deux ordres de juridiction nationaux.

Ce principe ne saurait conduire toutefois dans l'ordre interne à remettre en cause la suprématie de la Constitution, ainsi que l'a rappelé le Conseil d'État dans l'arrêt *Sarran et Levacher* du 30 octobre 1998, puis dans la décision du 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*²¹.

Il emporte en revanche l'obligation pour l'administration d'écarter l'application de règles législatives incompatibles avec les règles européennes, et contraint le juge à ne pas faire application d'une disposition législative qui serait contraire à un règlement communautaire ou aux objectifs d'une directive dont la date limite de transposition est dépassée.

19. Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

20. CJCE, affaire 6/64, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*.

21. CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, rec. p. 369, conclusions de Christine Maugué ; CE, 3 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique et autres*, rec. p. 624.



Ainsi, le contrôle des aides d'État, instauré par l'article 88²² du traité instituant la Communauté européenne, peut conduire à la remise en cause de certaines législations nationales relatives, par exemple, aux services publics nationaux, à leur mode de financement, ou encore au fonctionnement des établissements publics.

La violation du droit communautaire peut être invoquée par tout justiciable devant les juridictions nationales, ce qui peut être source d'insécurité juridique : une décision prise en respectant le droit national peut être annulée au motif qu'elle ne respecte pas le droit communautaire non transposé. Cela s'est produit par exemple avec l'annulation de la délibération de la Communauté urbaine de Lyon décidant la réalisation du périphérique Nord et la convention de concession de l'ouvrage, pour non respect de l'obligation de publicité prévue par l'article 12 de la directive n° 71-305 CEE du 26 juillet 1971 du Conseil des Communautés européennes, modifiée par la directive n° 89-440 CEE du 18 juillet 1989 portant coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, qui n'était pas encore transposée en droit interne²³.

La procédure de renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes de Luxembourg, organisée par l'article 234²⁴ du traité instituant la Communauté européenne (ancien article 177), permet à celle-ci de statuer à tout moment, à la demande d'un juge national, sur la portée d'une disposition du droit communautaire.

Le défaut de transposition ou la transposition irrégulière d'une directive par le législateur entraîne la responsabilité de l'État français²⁵.

22. Article 88 du traité instituant la Communauté européenne : « 1. La Commission procède avec les États membres à l'examen permanent des régimes d'aides existant dans ces États. Elle propose à ceux-ci les mesures utiles exigées par le développement progressif ou le fonctionnement du marché commun. 2. Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché commun aux termes de l'article 87, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine. Si l'État en cause ne se conforme pas à cette décision dans le délai imparti, la Commission ou tout autre État intéressé peut saisir directement la Cour de justice, par dérogation aux articles 226 et 227 [...]. »

23. CE, Ass., 6 février 1998, *Tête et Association de sauvegarde de l'Ouest lyonnais*, rec. p. 30, conclusions de Henri Savoie.

24. Article 234 du traité instituant la Communauté européenne : « La Cour de justice est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation du présent traité ; b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions de la Communauté et par la BCE ; c) sur l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, lorsque ces statuts le prévoient. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de justice de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour de justice. »

25. CE, Ass., 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, rec. p. 78, conclusions de Martine Laroque, *Actualité juridique droit administratif*, n° 3, mars 1992, p. 210.



En application de ce principe de primauté, la Commission, gardienne des traités, vérifie la bonne application du droit communautaire, et peut demander à un État membre de justifier de la compatibilité de sa loi avec le droit communautaire.

Si les réponses ne sont pas jugées satisfaisantes, la demande d'information de la Commission peut être suivie d'une mise en demeure puis d'un avis motivé, lesquels constituent la phase précontentieuse. Elle peut aller jusqu'à la saisine de la Cour de justice des Communautés européennes en application de l'article 226²⁶ du traité instituant la Communauté européenne relatif au recours en manquement.

À titre d'exemple, au cours de l'année 2003, la Commission a engagé 1 552 mises en demeure, 533 avis motivés, et 215 saisines de la Cour de justice. Le nombre de dossiers d'infractions en cours au 31 décembre 2003 était de 3 927²⁷.

Pour la même année, la France était à l'origine de 16,36 % des saisines de la Cour, contre 15,25 % pour le Royaume-Uni, 12,06 % pour l'Italie, 7,73 % pour l'Allemagne, et 4,94 % pour l'Espagne.

Ainsi la Cour de justice des Communautés européennes a-t-elle rendu 19 arrêts sur recours en manquement visant la France en 2000, 24 en 2001, 15 en 2002, 14 en 2003, 25 en 2004 et 13 en 2005²⁸. Les quelques dizaines de décisions de manquement prononcées chaque année par la Cour de justice à l'égard des États membres peuvent éventuellement, depuis le traité de Maastricht, être accompagnées d'une sanction pécuniaire ou d'une demande d'astreinte, procédures prévues par l'article 228 du traité²⁹.

La deuxième application de cet article a concerné la France, après la Grèce, le 12 juillet 2005³⁰, en raison de ses manquements répétés dans l'application de la politique commune de la pêche, et de la non-application d'un premier arrêt

26. Article 226 du traité instituant la Communauté européenne : « *Si la Commission estime qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent, en vertu du présent traité, elle émet un avis motivé à ce sujet, après avoir mis cet État en mesure de présenter ses observations. Si l'État en cause ne se conforme pas à cet avis, dans le délai déterminé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice.* »

27. Chiffres du service juridique de la Commission.

28. Source : ministère des Affaires étrangères, février 2006.

29. Article 228 du traité instituant la Communauté européenne : « *1. Si la Cour de justice reconnaît qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice. 2. Si la Commission estime que l'État membre concerné n'a pas pris ces mesures, elle émet, après avoir donné à cet État la possibilité de présenter ses observations, un avis motivé précisant les points sur lesquels l'État membre concerné ne s'est pas conformé à l'arrêt de la Cour de justice. Si l'État membre concerné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour dans le délai fixé par la Commission, celle-ci peut saisir la Cour de justice. Elle indique le montant de la somme forfaitaire ou de l'astreinte à payer par l'État membre concerné qu'elle estime adapté aux circonstances. Si la Cour de justice reconnaît que l'État membre concerné ne s'est pas conformé à son arrêt, elle peut lui infliger le paiement d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte. Cette procédure est sans préjudice de l'article 227.* »

30. CJCE, affaire C-304/02, 12 juillet 2005, *Commission des Communautés européennes c/ République française*.



de manquement rendu par la Cour le 11 juin 1991 (astreinte de 57 M€ pour chaque période de six mois et une somme forfaitaire de 20 M€).

Ces impératifs de transposition du droit communautaire et d'adaptation des textes nationaux sont à l'origine d'un flux législatif et réglementaire important, caractérisé souvent par une marge d'action réduite pour le Gouvernement et le Parlement.

1.1.2. Le marché intérieur, la monnaie unique, les élargissements : les incursions en droit « régalien »

La mise en œuvre des premières politiques communes (politique agricole, politique de la pêche ou politique commerciale notamment) reposait essentiellement sur des règlements de gestion ou des décisions directement applicables dans les ordres juridiques nationaux.

Le marché intérieur, caractérisé selon les objectifs de l'Acte unique européen de 1985³¹ par la liberté de circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux, fut en revanche organisé par des directives, impliquant une transposition en droit national. L'attribution à l'Union européenne de nouvelles compétences, résultant du traité de Maastricht de 1992, du traité d'Amsterdam de 1997, puis du traité de Nice de 2001, a étendu l'application des règles européennes à de nouvelles branches du droit.

Les directives, en principe destinées à fixer les objectifs à atteindre tout en laissant aux États membres le choix des moyens, sont devenues plus précises et détaillées en raison du choix des principaux États membres en faveur d'une approche d'harmonisation jugée à l'époque plus sûre et plus protectrice que la reconnaissance mutuelle des règles de droit interne.

La méthode de transposition en vigueur en France repose sur la mise en conformité du droit national préexistant avec les objectifs des directives. Elle appelle donc des remaniements des dispositifs législatifs et réglementaires très considérablement supérieurs à ceux consentis par ceux des États membres qui se bornent à introduire en l'état dans leur ordre juridique les directives communautaires.

Comme pour le droit national, le recensement de l'ensemble des textes communautaires en vigueur constitue un exercice difficile.

Le droit communautaire originaire, composé des traités, des traités modificatifs, des actes d'adhésion et des protocoles annexés aux traités représente une masse croissante de normes, compte tenu à la fois des modifications institutionnelles intervenues en 1992, 1997, 1998 et 2001 et des élargissements successifs.

31. Article 13 de l'Acte unique européen : « *Le traité CEE est complété par les dispositions suivantes : article 8A, la Communauté arrête les mesures destinées à établir progressivement le marché intérieur au cours d'une période expirant le 31 décembre 1992, conformément aux dispositions du présent article, des articles 8B, 8C et 28, de l'article 57 paragraphe 2, de l'article 59, de l'article 70 paragraphe 1 et des articles 84, 99, 100A et 100B et sans préjudice des autres dispositions du présent traité. Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions du présent traité.* »



S'y ajoutent **les accords externes**, au nombre de 3 000 environ, conclus entre la Communauté ou l'Union européenne et des États tiers, notamment en ce qui concerne la politique commerciale commune (accords de l'Organisation mondiale du commerce), ou la sécurité, en particulier depuis les attentats du 11 septembre 2001.

Une étude récente du Secrétariat général des affaires européennes³² évalue **le droit dérivé** des traités en vigueur à **quelque 17 000** règlements, directives et décisions du pilier communautaire de l'Union européenne.

Sur les 34 104 règlements communautaires adoptés entre 1990 et 2005, seuls 5 191, soit un peu plus d'un septième, sont encore en vigueur³³. La plupart sont des règlements de gestion relatifs à la mise en œuvre annuelle des politiques communes, notamment la politique agricole et la politique de la pêche.

Sur les 1 516 directives adoptées depuis 1990, 1 244 sont encore en vigueur aujourd'hui. Elles ont nécessité ou impliquent une transposition, c'est-à-dire l'adaptation des textes nationaux.

Ces chiffres restent cependant d'ampleur limitée par rapport au stock des 10 500 lois et 120 000 décrets réglementaires en vigueur en France, et leur impact sur l'activité normative nationale doit être apprécié à sa juste mesure.

En termes de flux, le nombre de règlements communautaires s'élève en moyenne annuelle à 600 pour la dernière législature. Le nombre de directives communautaires s'élève annuellement à 96 pour la période allant de 1990 à 1999 inclus, et à 99 pour la période allant de 2000 à 2004 inclus³⁴.

Les 510 directives adoptées pendant les cinq dernières années ont pour principaux champs d'application *les échanges économiques et commerciaux (85), les transports (77), le secteur agroalimentaire (74), l'agriculture (63), les finances (52), l'environnement (36), les questions sociales (34), l'industrie (28), l'emploi et le travail (21)*³⁵.

La Commission vient, dans un souci de qualité de la réglementation, de décider de ralentir le flux normatif communautaire. Ainsi a-t-elle, en conséquence, retiré en septembre 2005 plus d'un tiers des propositions en instance devant le Conseil ou le Parlement, soit 68 textes sur 183.

Trois illustrations peuvent être données.

La première concerne **le droit de la concurrence**.

L'adoption de plusieurs règlements communautaires régissant le droit de la concurrence a contribué, en une vingtaine d'années, à un essor considérable de ce droit. Ces règles ont été complétées et interprétées par les autorités de régulation compétentes, qu'il s'agisse de la direction générale IV en charge de la

32. Jean Maïa, « La contrainte européenne sur la loi », *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2005, p. 54.

33. Données statistiques du Secrétariat général des affaires européennes au 1^{er} septembre 2005.

34. *Idem*.

35. *Idem*.



concurrence à la Commission européenne, ou, en France, du Conseil de la concurrence, lui-même intégré dans le réseau des vingt-cinq autorités de régulation des États membres.

L'exigence du respect des règles de concurrence entre les entreprises de la Communauté européenne lors de la passation des marchés publics de biens ou de services, et lors de l'octroi de concessions de service public, a conduit à l'adoption de nombreuses directives, plusieurs fois révisées, sur les procédures de passation de marchés publics. Toutes ces normes ont dû, chaque fois, être transposées en droit interne.

Une seconde illustration concerne *les nouvelles technologies de l'information et de la communication*.

Six directives ont été adoptées à cet égard par l'Union européenne. Elles ont été transposées en partie par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique et par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

Sur le modèle de la loi française n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés avaient notamment été adoptées la Convention n° 108³⁶ du Conseil de l'Europe et la directive n° 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données. Une directive n° 2002/58/CE du 12 juillet 2002 relative au même sujet est venue modifier la directive de 1995. La loi de 1978 a alors été complétée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 afin de tenir compte de cette directive.

Une troisième illustration concerne *l'environnement*.

Mis en œuvre en Allemagne au cours des années 1970, inscrit à l'article 130 R (devenu article 174) du traité de Maastricht, « *le principe de précaution* » apparaît pour la première fois en droit français dans la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement.

Tel qu'il est énoncé dans le droit français, ce principe signifie que « *l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable*³⁷ ».

Il conduit à l'exigence, pour les pouvoirs publics, de la prise en compte précoce des risques potentiels pour la santé ou pour l'environnement, et conduit à un abaissement du seuil d'intervention de la mesure de police administrative qu'il implique.

36. Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1985.

37. Article L. 110-1 du Code de l'environnement.



Désormais inscrit dans la Constitution française depuis la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, ce principe conduira nécessairement au développement de législations préventives relatives à la protection de la santé ou, plus généralement, à la préservation de l'environnement.

1.1.3. La spécificité de la coopération dans les affaires intérieures et de justice : au cœur du droit « régalién »

Cette coopération a commencé en juin 1985 avec la création de l'« espace Schengen », dans un cadre intergouvernemental qui réunissait cinq États (la France, l'Allemagne, la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas) afin de faciliter, par l'harmonisation des mesures de contrôle aux frontières extérieures de cet espace, une suppression progressive des contrôles aux frontières intérieures.

Elle s'est étendue à des domaines complémentaires, notamment la coopération judiciaire, dans une convention d'application des accords de Schengen signée le 19 juin 1990³⁸.

Tous les États de l'Union européenne y ont progressivement participé, avec des conditions spéciales pour le Royaume-Uni et l'Irlande, ainsi que pour certains États tiers voisins : la Norvège, l'Islande et la Suisse.

Ce succès a conduit à la création du « troisième pilier » de l'Union européenne par le traité de Maastricht en 1992 : la coopération pour les affaires intérieures et de justice³⁹.

Répondant à une nécessité objective, cette coopération s'est approfondie, pour voir ses méthodes de travail et de décision se rapprocher progressivement des procédures communautaires (traité d'Amsterdam de 1997, traité de Nice de 2001), notamment pour la politique désormais commune sur les visas et les décisions de coopération judiciaire civile. Elle a en outre repris l'ensemble de l'« acquis Schengen ».

Les différentes avancées institutionnelles relatives à ce secteur ainsi que les règlements et décisions-cadres adoptés ont entraîné des réformes de la Constitution française elle-même, pour permettre « *les transferts de compétence*

38. Le 19 juin 1990, aux fins de la mise en œuvre de l'accord Schengen, était signée la convention d'application de l'accord Schengen. La Convention prévoit des mesures compensatoires qui visent à garantir, suite à la suppression des contrôles aux frontières intérieures, un espace unique de sécurité et de justice. Elles portent notamment sur : l'harmonisation des dispositions concernant l'entrée et le séjour de courte durée d'étrangers dans l'espace Schengen (visa Schengen uniforme) ; l'asile (détermination de l'État membre responsable du traitement de la demande d'asile) ; les mesures de lutte contre le trafic de drogue transfrontalière ; la coopération policière (poursuite) et l'entraide judiciaire. La Convention de Schengen est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1993. Mais c'est seulement le 26 mars 1995, c'est-à-dire date à laquelle les conditions techniques et juridiques nécessaires ont été créées qu'elle est entrée en application.

39. L'Union européenne, créée par le traité de Maastricht, est représentée comme un temple reposant sur trois piliers : les Communautés européennes (pilier 1 ou « pilier communautaire »), la Politique étrangère et de sécurité commune ou PESC (pilier 2) et la Coopération policière et judiciaire en matière pénale (pilier 3).



nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés », ou pour organiser la coopération judiciaire pénale, notamment le mandat d'arrêt européen, à la suite des attentats du 11 septembre 2001 (article 88-2⁴⁰, deuxième et troisième alinéas). Elles ont conduit à modifier des codes au cœur du droit régalien tels que le Code pénal, le Code de procédure pénale ou encore le Code civil.

Les dispositions des décisions-cadres en cours de négociation doivent parfois être analysées au regard des principes constitutionnels, et notamment des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁴¹. Ainsi l'Assemblée générale du Conseil d'État a-t-elle, sur demande d'avis du Gouvernement, examiné la compatibilité avec la Constitution de l'éventuelle application de la règle « *non bis in idem* » sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne⁴², le 29 avril 2004, et de la transmission de documents ou de preuves dans le cadre des procédures d'entraide pénale pour les infractions revêtant un caractère politique, le 8 septembre 2005⁴³.

Enfin, le principe imposant d'interpréter le droit national conformément au droit communautaire s'applique également aux décisions-cadres adoptées en matière pénale en application du titre VI du traité sur l'Union européenne, ainsi que vient de le juger récemment la Cour de justice des Communautés européennes dans un arrêt du 16 juin 2005, *Maria Pupino*⁴⁴.

1.2. Le Conseil de l'Europe

1.2.1. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a été signée en 1950. Sa ratification a été autorisée par la loi du 31 décembre 1973 et le dépôt des instruments de ratification est intervenu en mai 1974. Le recours individuel est ouvert depuis octobre 1981.

À partir de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme, siégeant à Strasbourg, a progressivement constitué un corpus de règles jurisprudentielles, largement reprises par les juridictions des États parties.

Le nombre de requêtes enregistrées a augmenté régulièrement au fur et à mesure des adhésions : 5 200 en 1990, 10 300 en 1994, 18 164 en 1998, 35 000 en 2002 et 38 435 en 2003. L'estimation du ministère des Affaires

40. Article 88-2 de la Constitution de la V^e République : « [...] 2. *Sous la même réserve et selon les modalités prévues par le traité instituant la Communauté européenne, dans sa rédaction résultant du traité signé le 2 octobre 1997, peuvent être consentis les transferts de compétences nécessaires à la détermination des règles relatives à la libre circulation des personnes et aux domaines qui lui sont liés.* 3. *La loi fixe les règles relatives au mandat d'arrêt européen en application des actes pris sur le fondement du traité sur l'Union européenne.* »

41. Bruno Genevois, « Principes fondamentaux, principes généraux », *Revue française de droit administratif*, 14/3, mai-juin 1998, p. 477.

42. CE, Ass., avis n° 370 136, 29 avril 2004.

43. CE, Ass., avis n° 371 741, 8 septembre 2005.

44. CJCE, affaire C-105/03, 16 juin 2005, *Maria Pupino*.



étrangères pour 2004 était de 45 000 requêtes et de 52 000 requêtes pour 2005. Près de la moitié d'entre elles ne sont pas recevables : sur l'année 2003 par exemple, seules 17 950 requêtes ont été examinées au fond.

En 2004, la Turquie (154 arrêts) et la Pologne (74 arrêts) précèdent la France (59 arrêts) dans le classement des États ayant fait l'objet d'un constat de violation d'au moins un article de la Convention et de ses protocoles additionnels. Pour notre pays, plus de la moitié des condamnations est liée à des délais de jugement excessifs, en méconnaissance de l'article 6-1 de la Convention relatif au droit à un procès équitable.

Alors que, pour la période 1990-1994, les arrêts de la Cour de cassation et les décisions du Conseil d'État dans lesquels il était fait référence à la Convention⁴⁵ se chiffraient par centaines, celle-ci a été visée, au cours de la période 2000-2004, dans 11 029 décisions du Conseil d'État, dont 8 526 relatives au contentieux des étrangers.

L'article 8 de la Convention⁴⁶, relatif au droit au respect de la vie privée et familiale, est le plus fréquemment invoqué ; du 1^{er} janvier 2000 au 20 septembre 2005, 5 641 décisions du Conseil d'État s'y réfèrent.

L'article 3 de la Convention⁴⁷, relatif à l'interdiction de la torture et des traitements humains dégradants, vient au second rang dans les litiges devant le Conseil d'État, avec 2 293 décisions au cours de la même période pour le contentieux des décisions désignant le pays de renvoi des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement.

Vient enfin l'article 6-1⁴⁸ de la Convention relatif au procès équitable, avec 447 décisions dont certaines sont essentielles.

45. *La norme internationale en droit français*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 2000, p. 22.

46. Article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la société publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

47. Article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

48. Article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »



Ainsi plusieurs textes de procédure ont-ils dû, ou devront-ils être modifiés en fonction de cet article et des exigences que la Cour européenne des droits de l'homme en a déduit : ceux relatifs à l'obligation de publicité des débats devant les instances disciplinaires⁴⁹, devant les juridictions de l'aide sociale statuant sur les prestations et les actions en récupération⁵⁰, devant la Cour de discipline budgétaire et financière⁵¹, ou devant la Cour des comptes⁵².

D'autres réformes dans des secteurs se rattachant à la compétence des juges de l'ordre judiciaire, en particulier sur la procédure suivie devant les juridictions du contentieux technique de la sécurité sociale, ont résulté des principes de la Convention.

L'article 6-1 fonde également une jurisprudence restrictive à l'égard des lois de validation⁵³.

Là encore l'effectivité des normes internationales est assurée par la possibilité de les invoquer directement devant le juge national et, une fois les voies de droit interne épuisées, de saisir la Cour européenne des droits de l'homme.

À ces textes sont venues s'ajouter les conventions conclues au sein du Conseil de l'Europe.

1.2.2. Les conventions élaborées sous l'égide du Conseil de l'Europe

Le droit du Conseil de l'Europe ne constitue pas, contrairement au droit de l'Union européenne, un ordre juridique véritable. Toutefois, il se présente comme un ensemble cohérent qui a profondément évolué depuis ses origines⁵⁴.

En tant qu'organisation de coopération intergouvernementale, le Conseil de l'Europe, avec ses 46 États membres, joue un rôle majeur dans le rapprochement des droits nationaux, notamment attesté par les 198 conventions ou traités du Conseil de l'Europe en vigueur, dont 186 ouverts à la signature des États tiers.

Ces conventions facilitent et simplifient la coopération entre les États membres. Les droits de l'homme⁵⁵, la coopération juridique⁵⁶, le domaine social et la coopération culturelle et scientifique⁵⁷ constituent des secteurs privilégiés

49. CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, rec. p. 35, conclusions de Marc Sanson, *Revue française de droit administratif*, 1996, p. 1186.

50. CE, Sect., 29 juillet 1994, *Département de l'Indre*, rec. p. 364 ; CE, Sect., 27 mars 1998, *Département de Saône-et-Loire*, rec. p. 106.

51. CE, Sect., 30 octobre 1998, *Lorenzi*, rec. p. 374.

52. CE, 16 novembre 1998, *SARL Deltana et Perrin*, rec. p. 415.

53. CE, 23 juin 2004, *Société « Laboratoires Genevrier »* ; Cass., Ass. plén., 23 janvier 2004, *SCI Le Bas Noyer*.

54. Florence Benoît-Rohmer, Heinrich Klebes, *Le droit du Conseil de l'Europe*, éditions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 11.

55. Convention sur les relations personnelles concernant les enfants, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2005.

56. Convention sur la cybercriminalité, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004.

57. Convention européenne sur la coproduction cinématographique, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1994.



de son activité normative. Seules sont explicitement exclues les questions relatives à la défense nationale.

La possibilité, souvent ouverte aux États parties de sélectionner les engagements auxquels ils entendent souscrire, si elle a pour effet de permettre un accord dans des domaines sensibles comme celui des minorités nationales, de la lutte contre le terrorisme, de la bioéthique, ou encore de la protection de l'environnement, ne facilite pas toujours l'intelligibilité de la règle applicable.

1.2.3. Le « droit mou » et ses effets juridiques

Les conventions ne constituent pas le seul instrument permettant d'unifier le droit des États membres du Conseil de l'Europe.

Les recommandations adoptées par le Comité des ministres, plus souples et plus faciles à modifier, les échanges d'informations entre États constituent aussi des procédés utilisés pour rapprocher les droits des États membres du Conseil de l'Europe.

Même en l'absence de force contraignante, elles peuvent constituer dans certains cas, ce que les anglo-saxons appellent de la « *soft law* », en français du « droit mou », et produire des effets directs en droit international public.

Ainsi, certaines recommandations du Comité des ministres ont-elles été expressément mentionnées dans des traités internationaux⁵⁸, ou invoquées par certaines cours constitutionnelles à l'appui de leurs raisonnements⁵⁹.

La Cour européenne des droits de l'homme elle-même s'en inspire parfois⁶⁰. Ses décisions relatives à l'égalité de traitement entre hommes et femmes se réfèrent, de façon récurrente, aux résolutions ou recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe⁶¹.

1.3. Un réseau complexe de conventions multilatérales et bilatérales

1.3.1. Une accélération du rythme de négociation

Des 40 000 traités conservés dans les archives diplomatiques depuis 1763, 7 400 liaient encore la France en 2005⁶², dont 1 700 accords multilatéraux⁶³

58. Traité bilatéral de coopération et de bon voisinage conclu entre la Hongrie et la Slovaquie en mars 1995.

59. La Recommandation 1201 a ainsi été mentionnée par la Cour constitutionnelle roumaine dans une décision du 20 juillet 1999 relative à la compatibilité de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires avec sa Constitution.

60. Jean-François Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme (août 2004-janvier 2005) », *Actualité juridique droit administratif*, mars 2005, p. 541.

61. CEDH, 16 novembre 2004, *Ünal Tekeli c/Turquie*, arrêt relatif à une différence de traitement litigieuse entre hommes et femmes en Turquie qui méconnaît l'article 14 (interdiction de discrimination) combiné avec l'article 8 (droit au respect de la vie privée et familiale) de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

62. Statistiques du ministère des Affaires étrangères au 1^{er} septembre 2005.

63. Dont 109 conventions signées et ratifiées au sein du Conseil de l'Europe et 345 accords multilatéraux déposés au Secrétariat général des Nations unies.



(contre 1 600 en 1999) et 5 700 accords bilatéraux (contre 5 100 en 1999), signés et ratifiés.

La France négocie depuis les années 1990 environ **200 accords bilatéraux par an**. Or ce chiffre n'était que de 175 par an entre 1980 et 1989, de 145 par an entre 1960 et 1979, de 80 par an entre 1950 et 1959, de **14 par an entre 1919 et 1939**, et de 4 par an entre 1881 et 1918.

Les partenaires privilégiés de la France pour les accords bilatéraux se situent sur le continent européen : les États membres de l'Union européenne représentent 28 % de ces conventions et le continent européen dans son ensemble 44 %.

La seconde zone géographique intéressée est l'Afrique, avec 25 % des accords bilatéraux.

Ce droit international investit les champs les plus larges, et même les domaines traditionnellement régaliens : le droit des étrangers⁶⁴, le droit pénal, le droit civil, la sécurité publique ou encore le droit bancaire et financier.

Cette extension du domaine du droit international, source de complexité juridique et parfois d'insécurité, peut créer des incohérences, compte tenu de la multiplicité des enceintes de négociation et du déroulement souvent concomitant des travaux préalables à leur adoption.

Le domaine de la bioéthique offre une première illustration de cette multiplication : en 1997, le Conseil de l'Europe a adopté une convention sur la biomédecine⁶⁵, et l'UNESCO a approuvé une Déclaration universelle sur le génome humain⁶⁶. L'Assemblée générale des Nations unies s'est par la suite ralliée à la Déclaration universelle adoptée par les États de l'UNESCO⁶⁷.

Le droit de l'environnement constitue également un champ privilégié de la négociation au sein des diverses organisations internationales. Il est en effet passé, en vingt ans, des relations de voisinage entre États et de la lutte contre les pollutions transfrontalières à la préservation de la biosphère et à la protection des écosystèmes⁶⁸. Il se trouve aujourd'hui abordé par plus de 500 traités et autres accords, dont 302 (60 % du total) conclus après 1972.

L'actualité jurisprudentielle montre que la question des conflits entre conventions internationales constitue désormais une préoccupation des juges nationaux, ainsi que l'illustrent par exemple deux décisions du Conseil d'État :

La première, en date du 21 avril 2000, *Zaidi*, se prononce sur l'application combinée de l'accord franco-algérien, de la Convention d'application des

64. Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, Convention d'application des accords de Schengen, signée le 19 juin 1990.

65. Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999.

66. Adoption de la « Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme » le 11 novembre 1997 par la Conférence générale de l'UNESCO.

67. Résolution 53/152, 9 décembre 1998, Assemblée générale des Nations unies.

68. Gilbert Guillaume, « L'unité du droit international public ? », *Revue internationale de droit comparé*, 2003, p. 25.



accords de Schengen et de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et portant création de l'Office national d'immigration à un ressortissant algérien muni d'un visa délivré par le consulat d'Italie à Alger. Il a été jugé qu'il ne peut faire l'objet d'une reconduite à la frontière dès lors que le visa, valable sur le « territoire Schengen », est en cours de validité.

La seconde, rendue le 5 septembre 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c/M. Benkhata*⁶⁹ est relative à la situation d'un ressortissant marocain, cuisinier d'un navire assurant une navette bihebdomadaire entre la France et le Maroc, interpellé à la gare de Nice, et faisant l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière, contesté en excès de pouvoir. Ce litige relevait à la fois des stipulations de la Convention de l'OIT (Organisation Internationale du Travail) du 13 mai 1958 relative aux pièces d'identité des gens de mer, de l'échange de lettres entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume du Maroc portant modification de l'accord du 10 novembre 1983 relatif à la libre circulation des personnes, signé à Paris le 25 février 1993, de la Convention de Londres du 9 avril 1965 visant à faciliter le trafic maritime international et de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 précitée. Le Conseil d'État a considéré que les stipulations de la Convention de Londres prévalaient et que ne pouvait être reconduit à la frontière un membre d'équipage au motif qu'il n'avait obtenu ni visa d'entrée ni titre de séjour.

1.3.2. *La multiplication des négociateurs et des acteurs*

Longtemps réservées au seul ministère des Affaires étrangères, la négociation internationale et la conclusion d'accords relèvent désormais de l'ensemble des départements ministériels, compte tenu de la multiplicité à la fois des domaines abordés et des enceintes de négociation.

Mais, de surcroît, la négociation d'engagements à caractère international n'est plus seulement le fait des autorités nationales. Elle est aussi le fait d'autres personnes morales de droit public : ce point sera développé ultérieurement avec l'examen des nouvelles règles de compétences relatives aux collectivités territoriales et aux autorités administratives indépendantes.

Enfin, les échelons déconcentrés de l'État mettent en œuvre de façon quotidienne une coopération internationale, qu'il s'agisse des consulats pour la délivrance des visas valables dans l'« espace Schengen » ou de la police, notamment au sein d'Europol.

De la même façon, les juridictions civiles et pénales des États membres de l'Union européenne entretiennent des relations de travail directes au sein d'Eurojust ou en application des conventions et décisions-cadres adoptées pour la coopération judiciaire civile ou pénale.

69. CE, 21 avril 2000, *Zaidi*, rec. p. 159 ; CE, 5 septembre 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes c/M. Benkhata*, rec. p. 420.



1.3.3. *Un nouveau droit international au statut juridique incertain*

Parallèlement à ces conventions classiques se développe une activité normative internationale au statut juridique incertain. Elle conduit parfois à des actes dont l'importance peut par la suite être fondamentale : ce fut notamment le cas de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe d'Helsinki du 1^{er} août 1975, ou de la Charte pour une nouvelle Europe du 21 novembre 1990 à l'origine de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe.

Deux exemples peuvent être rapidement cités :

– **Les arrangements administratifs**

Conclus par les ministres avec leurs homologues étrangers, ces actes internationaux non conventionnels, « *gentlemen's agreements* » ou « *actes innommés* », peuvent revêtir une importance politique notable.

Inconnus dans le droit international, ils présentent l'inconvénient de n'offrir aucune garantie au regard de leur application par l'autre partie. Aussi, la circulaire du Premier ministre du 30 mai 1997, relative à l'élaboration et à la conclusion des accords internationaux, a-t-elle recommandé de ne « *recourir à ces instruments que dans des circonstances particulières, pour compléter ou préciser un accord existant [...]. Pour un texte qui relèverait, soit en France soit en ce qui concerne la partie étrangère, de plusieurs ministres, il ne peut être fait usage de la technique de l'arrangement administratif* ». Toutefois, un nombre élevé d'arrangements administratifs est signé chaque année.

Ainsi, à la fin de l'année 1999 ⁷⁰, le ministère de la Défense comptait 142 arrangements administratifs en vigueur dans son domaine de compétence, tandis que le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en comptait 186, nombre auquel s'ajoutait alors 30 arrangements en cours de négociation.

– **La « *lex mercatoria* »**

De même, les usages commerciaux internationaux ou *lex mercatoria*, « *ensemble de normes généralement respectées par les acteurs du commerce international* » ⁷¹ régissant le recours à l'arbitrage international et les conflits de loi, ne résultent pas des négociations conventionnelles traditionnelles entre États, et sont tout au plus codifiés par des instances telles que la Commission des Nations unies pour le droit commercial international, ou la Chambre de commerce internationale de Paris.

70. Source : Secrétariat général du Gouvernement.

71. *Op. cit.*, *La norme internationale en droit français*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 2000, p. 16.



1.4. Les transferts ou aménagements de compétences de l'État

1.4.1. Une nouvelle génération d'autorités administratives indépendantes

Depuis la création de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), première institution qualifiée par le législateur d'autorité administrative indépendante en vertu de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, celles-ci se sont multipliées pour atteindre aujourd'hui la cinquantaine.

Elles disposent parfois d'un pouvoir normatif lorsqu'elles interviennent dans un domaine technique, ou nécessitant l'association des professionnels : tel est le cas par exemple de l'Autorité des marchés financiers (AMF), de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP, anciennement ART), de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), ou encore de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP), devenue Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM) depuis la loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de l'assurance.

Elles contribuent également à définir les règles applicables à travers la doctrine qui se dégage des décisions prises dans le cadre de leur pouvoir de régulation ou de répression, comme c'est le cas pour le Conseil de la concurrence par exemple.

Leur nombre, l'hétérogénéité de leurs statuts, et le caractère parfois difficilement accessible des règles qu'elles édictent ou qu'elles appliquent, peuvent constituer un facteur de complexité, voire d'obscurité du droit.

Ces autorités présentent cependant l'avantage d'une réactivité plus rapide aux évolutions internationales et techniques, doublée en général d'une meilleure écoute des milieux professionnels.

Le transfert de fonctions régaliennes du Gouvernement vers des autorités administratives indépendantes qui se voient maintenant, pour certaines, dotées d'une personnalité morale distincte de celle de l'État (AMF, CCAMIP, devenue ACAM, Haute Autorité de la santé) soulève parfois des interrogations sur le rôle des administrations centrales et sur le régime de responsabilité susceptible de découler de leurs décisions, ce dont atteste le récent avis d'Assemblée générale du Conseil d'État du 8 septembre 2005 sur le régime de responsabilité applicable aux décisions de la CCAMIP ⁷².

Cette multiplication des sources du droit et des auteurs de la norme applicable crée des **situations juridiques de plus en plus complexes**, pour lesquelles le juge doit non seulement appliquer la législation nationale, mais encore la combiner avec les textes d'origine communautaire ou internationale et les régulations provenant des autorités administratives indépendantes compétentes.

72. CE, Ass., avis n° 371-558, 8 septembre 2005.



Deux récentes ordonnances de référé émanant du Conseil d'État sont révélatrices et illustratives à cet égard.

La première, en date du 23 août 2005, rendue sur recours de l'Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications ⁷³ est relative aux opérations de dégroupage pratiquées par France Télécom : le droit applicable à ce litige trouvait sa source à la fois dans le droit communautaire, le droit national et la régulation de l'ARCEP.

La seconde, en date du 30 août 2005, répond à une demande de référé présentée par l'Association des utilisateurs et distributeurs de l'agrochimie européenne ⁷⁴. Elle est relative aux importations de médicaments vétérinaires, dans un contexte de libre concurrence, et fait néanmoins intervenir une pluralité de règles, provenant en même temps du droit communautaire, de la législation nationale et de la régulation de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS).

Enfin, ces autorités participent activement à des enceintes internationales, et passent des accords dans leurs domaines de compétence, dès lors que leur statut les y autorise expressément, ainsi que le montrent les deux exemples suivants :

L'Autorité des marchés financiers qui regroupe, depuis la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, les activités de l'ancienne Commission des opérations de bourse et du Conseil des marchés financiers, est membre de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV, IOSCO en anglais), du Comité européen des régulateurs de marchés de valeurs mobilières (*Committee of European Securities Commissions*, CESR), du Forum de stabilité financière (FSF) et de l'Institut francophone de la régulation financière (IFREFI).

La Commission nationale de l'informatique et des libertés fait partie du Groupe de protection des personnes, qui réunit les instances similaires des différents États membres pour la mise en œuvre de la directive 95/46/CE relative à la protection des données personnelles. Elle siège au sein de trois autorités de contrôle communes : *Europol*, *Schengen* et *Eurodac*, dont les missions « consistent à garantir la protection des droits des citoyens face aux traitements automatisés à caractère policier mis en œuvre dans le cadre de chacune des conventions ou règlements applicables ».

1.4.2. La libre administration des collectivités territoriales et l'expérimentation

Avant même la réforme constitutionnelle relative à la décentralisation, le principe de la libre administration des collectivités territoriales résultant de l'article 72 de la Constitution a rendu nécessaire **l'intervention de la loi chaque fois qu'est en cause l'encadrement de l'action de ces collectivités**. Il en résulte des ajustements permanents de la législation applicable pour les différentes compétences transférées. Des ajustements qui, par delà leur excès-

73. Ordonnance de référé du 23 août 2005, n° 283266 à paraître aux tables du recueil Lebon.

74. Ordonnance de référé du 30 août 2005, n° 282418.



sive fréquence, n'ont pas contribué à dessiner un paysage administratif lisible pour le citoyen.

Le Code général des collectivités territoriales compte 4 492 articles, sur lesquels sont intervenues 3 029 modifications entre le 1^{er} janvier 1996 et le 1^{er} septembre 2005, dont 2 085 pour la seule partie législative ⁷⁵.

Aux 36 000 communes françaises (à comparer aux 74 210 communes au sein de la Communauté européenne lorsqu'elle comptait 15 membres) ⁷⁶, viennent en effet s'ajouter 100 départements, 26 régions, 18 500 groupements de communes et 344 « pays ». Ce « mille-feuille administratif », outre les surcoûts notamment de fonctionnement ⁷⁷ qu'il entraîne, est à l'origine d'une grande complexité.

Les groupements de communes se sont vu conférer des compétences jusqu'alors exercées par les communes telles que les transports ou les équipements sportifs, mais sans que leur soient affectés les personnels correspondants. Par ailleurs, certaines structures devenues désormais inutiles, tels certains syndicats intercommunaux à vocation multiple (SIVOM), n'ont pas été pour autant supprimées.

L'exemple du logement illustre la difficulté qui existe désormais à comprendre la répartition des tâches entre l'État et les collectivités territoriales, alors que les décrets d'application des réformes de 2003 et 2004 n'ont pas tous été pris. Le récent projet de loi portant engagement national en faveur du logement comporte d'ailleurs une série de mesures de « re-centralisation » des procédures afin de gagner en efficacité et en rapidité dans la construction de nouveaux logements, notamment de logements sociaux.

Le même phénomène d'éclatement des compétences se constate en matière d'urbanisme, de formation et d'emploi, ou encore d'action sanitaire et sociale.

Ainsi les plans locaux d'urbanisme dont l'élaboration relève des communes ou de leurs groupements doivent-ils également être conformes aux prescriptions des schémas régionaux d'aménagement du territoire. La gestion de la voirie revient, pour sa part, à la sphère de compétence des départements et des communes et doit être conforme aux schémas et plans précités.

Par ailleurs, alors que la politique de l'emploi est décidée par l'État, les départements gèrent le revenu minimum d'insertion (RMI) et le revenu minimum d'activité (RMA) et les régions sont responsables de la formation professionnelle et des aides aux entreprises dans le cadre du développement économique régional.

Il résulte de l'enchevêtrement de ces compétences que les mesures réglementaires adoptées par les collectivités territoriales ont augmenté d'environ 40 %

75. Le Rapport du Sénat n° 447 du 18 juin 2000 fait au nom de la mission commune d'information chargée de dresser le bilan de la décentralisation et de proposer les améliorations de nature à faciliter l'exercice des compétences locales dénonçait cette complexité juridique. Il en est résulté la loi dite Fauchon qui protège les élus locaux sur le régime de la responsabilité, mais rien n'a été réalisé concernant la complexité du Code général des collectivités territoriales, bien au contraire.

76. *Collectivités territoriales et obligations communautaires*, Les études du Conseil d'État, La Documentation française, 2004, p. 94.

77. Rapport de la Cour des comptes, novembre 2005.



au cours des dix dernières années⁷⁸ avec un contrôle de légalité de l'État dont la modestie des moyens compromet l'effectivité. Le dernier rapport sur la qualité de la réglementation en France, établi en 2004 par l'OCDE, souligne que « *l'absence de mécanismes pour promouvoir la qualité de la réglementation au niveau local constitue une omission importante* ».

Ces collectivités dépendent, pour le financement de leurs actions, des décisions et arbitrages rendus par l'État. Dans un rapport publié en novembre 2005 sur l'intercommunalité en France⁷⁹, la Cour des comptes suggère que l'État assure aux décideurs locaux une visibilité à moyen terme sur l'évolution de leurs ressources et invite le législateur à la clarification des compétences dans le respect des principes de spécialité et d'exclusivité.

La réforme constitutionnelle du 28 mars 2003, suivie de la loi organique n° 2003-704 du 1^{er} août 2003⁸⁰ relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales, leur ouvre la possibilité de déroger, à titre expérimental et pour une durée limitée, aux dispositions législatives et réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences. Ces prescriptions, qui ne sont pas applicables lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, risquent de rendre le droit moins homogène, donc plus complexe.

1.4.3. Les subtilités du droit de l'outre-mer

Parmi les collectivités d'outre-mer, on distinguait traditionnellement celles qui relevaient de l'assimilation législative, essentiellement les anciens départements d'outre-mer et Saint-Pierre-et-Miquelon, de celles qui bénéficiaient de la spécialité législative, à savoir les anciens territoires d'outre-mer et Mayotte.

Cette distinction traditionnelle a été modifiée par la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République. Elle ouvre, en effet, une possibilité de diversification législative pour **les départements d'outre-mer**, non utilisée à ce jour, organisée par l'article 73 de la Constitution.

Certains territoires ont en outre acquis un statut spécifique.

La loi organique relative à la **Nouvelle-Calédonie** prise sur le fondement du titre XIII de la Constitution, promulguée le 19 mars 1999, compte 234 articles. Elle institue un exécutif local, le « Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie », autorise le Congrès à adopter des « *lois de pays* » qui ont pleine valeur législative, répartit les compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les commu-

78. OCDE, *France. Vers des orientations stratégiques plus claires*, Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation, 2004.

79. Cour des comptes, *L'intercommunalité en France*, novembre 2005.

80. Alinéa 4 de l'article 72 de la Constitution de la V^e République : « *Dans les conditions prévues par la loi organique [13 août 2004], et sauf lorsque sont en cause les conditions essentielles d'exercice d'une liberté publique ou d'un droit constitutionnellement garanti, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, lorsque, selon le cas, la loi ou le règlement l'a prévu, déroger, à titre expérimental et pour un objet et une durée limitée, aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences* ».



nes. Elle organise le fonctionnement du Sénat coutumier et des institutions provinciales, fixe les modalités d'élection aux assemblées locales et les conditions dans lesquelles la Nouvelle-Calédonie sera appelée à se prononcer sur son avenir, et prévoit un transfert progressif des compétences jusqu'au référendum.

Ce statut provisoire de « collectivité spécifique » s'appliquera jusqu'au résultat de la consultation par référendum local portant sur l'accession de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté ou son maintien au sein de la République française, qui doit être organisée au cours du mandat du Congrès qui commencera en 2014.

S'agissant de la **Polynésie française**, la loi organique n° 2004-192 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et la loi n° 2004-193 complétant ce statut ont été promulguées le 27 février 2004. Elles organisent un statut spécifique, avec des lois de pays qui sont en réalité des actes administratifs, sur lesquels il appartient au Conseil d'État de se prononcer ⁸¹.

Mayotte conserve un statut particulier, de type mixte, fixé par la loi n° 2001-616 du 11 juillet 2001. Ce statut se caractérise par une application de plein droit du droit national dans de nombreux domaines énumérés au I de l'article 3 ⁸² de cette loi complété par le maintien du principe de spécialité législative dans les autres secteurs.

Les **Terres australes et antarctiques françaises** ont vocation à devenir une collectivité d'outre-mer, mais en l'absence de dispositions législatives nouvelles, elles conservent le statut de territoire d'outre-mer. Leur statut relève de la loi, alors que celui des collectivités d'outre-mer de l'article 74 de la Constitution et celui de la Nouvelle-Calédonie exigent une loi organique.

Ces évolutions ont progressivement fait disparaître le statut commun des TOM (territoires d'outre-mer), cette notion s'étant éteinte.

Cette diversification du droit applicable est la source d'une réelle complexité. Elle rend parfois délicate la délimitation des compétences respectives de la République et de la collectivité. Elle ne facilite guère la détermination du type de droit de la République applicable, dans chaque domaine, lors de l'application quotidienne et lors de toute réforme ⁸³.

Bien souvent, ces droits se trouvent mêlés ou superposés dans une situation juridique ou un litige, avec un risque de conflits de lois, comme l'illustre tout récemment l'arrêt d'Assemblée rendu le 4 novembre 2005, *Président de la Polynésie française* ⁸⁴.

81. CE, Section, 1^{er} février 2006, *Commune de Papara, M. Sandras*, aux conclusions de Jacques-Henri Stahl.

82. À savoir la nationalité, l'état et capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, successions et libéralités, le droit pénal, la procédure pénale, la procédure administrative contentieuse et non contentieuse, le droit électoral, et les postes et télécommunications.

83. Stéphane Diemert, « Le droit de l'outre-mer », revue *Pouvoirs*, n° 113, avril 2005.

84. CE, Ass., 4 novembre 2005, *Président de la Polynésie française*, à paraître au recueil Lebon, conclusions de Célia Vérot à la *Revue française de droit administratif*, n° 6, 2005.



Le Conseil d'État a dû, dans cette affaire, déterminer quelle était l'autorité compétente pour trancher un conflit de normes relatif aux règles de fond du droit du travail applicables en Polynésie française pour un travailleur métropolitain : la Polynésie au titre de ses compétences propres, ou la Polynésie et l'État concurremment, et au sein de l'État le législateur ordinaire ou le législateur organique ? Il a jugé que de telles règles de combinaison, qui participent directement à la définition des compétences respectives de l'État et de la Polynésie française, ne pouvaient être déterminées que par une loi organique en application des articles 73 et 74 de la Constitution et des dispositions de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Il a par voie de conséquence annulé les dispositions de l'ordonnance n° 2005-57 du 26 janvier 2005 portant actualisation et adaptation du droit du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle en tant qu'il rend applicable à la Polynésie française l'article L. 800-6 du Code du travail.

Il n'est pas possible pour des mesures de cette nature de recourir à une ordonnance prise en vertu de l'article 38 de la Constitution ⁸⁵.

Sur 91 ordonnances adoptées en 2005, 15 sont relatives à l'outre-mer. Pour 2004, 12 ordonnances sur 52 portent sur le droit de l'outre-mer, et en 2003, 5 sur 18.

2. L'« intempérance normative », source d'instabilité et de complexité

Plusieurs facteurs, de nature plus sociologique et politique que juridique, viennent s'ajouter aux causes objectives de complexité et d'instabilité normative pour en aggraver les effets.

2.1. L'impératif de communication médiatique

La relation de l'homme politique à l'électeur s'opère principalement à travers les médias : la pression s'exerçant sur le Gouvernement en faveur de nouveaux textes se voit ainsi amplifiée, appelant, à un rythme largement dicté par l'événement, des réponses de plus en plus rapides.

L'impossibilité pour le Parlement d'adopter des résolutions, à l'exception des positions sur les affaires européennes, le conduit en outre, en certaines circonstances, à voter des lois purement déclaratives ou incantatoires.

2.1.1. Pas d'existence politique sans communication médiatique

Alors que la communication institutionnelle s'était développée à la fin des années 1970 pour mieux informer l'opinion publique sur les projets de réforme du Gouvernement, la logique s'est depuis lors inversée en raison de l'emprise croissante des médias.

85. Conseil constitutionnel, décision n° 81-134 DC du 5 janvier 1982 relative à la loi d'orientation autorisant le Gouvernement par application de l'article 38 de la Constitution à prendre des mesures d'ordre social.



Le dialogue direct ainsi instauré avec l'opinion publique devient alors la manifestation tangible du talent et de l'efficacité politiques. Elle en constitue le critère d'évaluation prépondérant attesté par les sondages d'opinion périodiques.

La logique de communication démultiplie les effets de la complexité objective : ainsi convient-il d'annoncer des mesures en faveur de la famille à la veille de la Conférence annuelle de la famille à laquelle le Premier ministre a coutume de se rendre, ou de se préoccuper, dans la précipitation, de l'égalité de traitement des femmes à la veille d'un référendum qui s'annonce incertain quant à son issue ⁸⁶. Le Conseil d'État est alors saisi en urgence, dans la hâte, sans disposer à l'appui du projet d'une étude d'impact, d'une fiche financière ou d'une présentation d'ensemble, quitte à ce que le texte soit ensuite différé, faute du maintien de sa priorité.

Ainsi en est-il allé à propos d'un projet de loi sur la lutte contre les discriminations à l'égard des homosexuels, soudain prioritaire avant la « Gay Pride » de juin 2004, mais finalement privé du débat parlementaire attendu, au profit d'un amendement inséré dans un autre projet, devenu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ⁸⁷.

Cette logique conduit également à l'inflation des accords internationaux de toute nature signés notamment lors des déplacements ministériels à l'étranger.

Comme pouvait l'affirmer le Président du Conseil constitutionnel le 3 janvier 2006 lors des vœux au Président de la République « *la griserie de l'annonce l'emporte bien souvent sur les contraintes de l'arbitrage et de la prévision* ⁸⁸ ».

L'annonce d'une réforme constitue en effet la démonstration que le Gouvernement agit et réagit rapidement, plus particulièrement dans un pays où la force symbolique de la loi est une constante, tant pour l'opinion que pour les médias.

On a pu aller jusqu'à dire, avec une pointe d'excès et une part de vérité, par référence à la télévision, que « *Tout sujet d'un "vingt heures" est virtuellement une loi* » ⁸⁹. **Une fois annoncée, la réforme suscite des attentes qui contribuent à la rendre urgente.**

Un projet de réforme conduit parfois, en raison de l'encombrement de l'ordre du jour du Parlement, soit à l'introduction d'amendements gouvernementaux dans un projet de loi d'ores et déjà en discussion soit, parfois, à la rédaction d'une ordonnance fondée sur une habilitation déjà existante ou portée par un amendement, gouvernemental ou parlementaire, dans un projet de loi en cours de discussion.

86. Projet de loi sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes examiné en urgence par le Conseil d'État en avril 2005.

87. Commission permanente, Séance du 21 juin 2004.

88. Vœux du Président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud au Président de la République, 3 janvier 2006, site du Conseil constitutionnel.

89. Guy Carcassonne, « Penser la loi », revue *Pouvoirs* précitée, p. 39.



Cette évolution générale conduit aussi à **une personnalisation excessive de la loi** comme en témoignent les appellations communément utilisées de « *loi Fillon* », « *loi Borloo* », « *loi Perben I* » et « *loi Perben II* », « *loi Aubry* », ou encore de « *dispositif Strauss-Kahn* ».

L'annonce de la réforme risque alors de se confondre avec l'action, vis-à-vis d'un citoyen parfois peu au fait des procédures d'élaboration des textes, des délais d'adoption et de la nécessité fréquente de recourir à des décrets d'application pour assurer la mise en œuvre effective de la loi.

2.1.2. Légiférer : la réforme la plus rapide et d'apparence la moins coûteuse

Nombre de projets de loi sont accompagnés de l'annonce d'une dépense publique supplémentaire. Ainsi que le souligne un rapport paru récemment sur la dépense publique, l'action publique est de plus en plus jugée selon deux critères : le montant des moyens supplémentaires dégagés et la rapidité avec laquelle ils sont annoncés⁹⁰.

Mais dans un contexte de marges budgétaires limitées et de fortes résistances aux réformes structurelles, l'action législative apparaît aussi comme un moyen d'éviter une dépense budgétaire. Elle est parfois préférée au redéploiement ou à l'allègement fiscal ou encore à toute autre forme d'action publique.

Ce phénomène se renforce en période d'alternance politique ou de remaniement ministériel en l'absence de consensus politique autour de la plupart des réformes. Il s'explique notamment par le fonctionnement de la procédure législative, caractérisé par le cumul des effets du « parlementarisme rationalisé » et du « fait majoritaire ». Il rend difficile la discussion entre majorité et opposition, à la différence de ce qui se passe dans les parlements des autres principaux pays européens.

2.2. La pression des milieux professionnels et de l'opinion

Les citoyens, les syndicats et les groupes de pression conservent une déférence pour la loi et ses effets nécessairement bénéfiques, qui ne s'est guère démentie pendant les législatures successives. Il en résulte une constante pression en faveur de l'élaboration de nouvelles lois.

2.2.1. Les revendications itératives de normes

Indépendamment de la préoccupation des décideurs de s'illustrer, les citoyens sont eux aussi demandeurs de normes, en vertu du pouvoir quasi magique conféré à la loi. *Comme le faisait clairement apparaître le colloque organisé sur ce sujet au Sénat le 25 mai 2004*⁹¹, *la demande de loi fait peser une pression constante sur les élus, et a fortiori sur les ministres.*

90. Rapport Pébereau sur la dette de la France, décembre 2005.

91. « Vive la loi », Colloque au Sénat le 25 mai 2004.



Ainsi les agriculteurs, inquiets de la réforme de la politique agricole commune, ont-ils été, à l'automne 2005, l'objet d'une sollicitude particulière, comme en témoigne le dernier projet de loi d'orientation agricole visant à « *favoriser l'adaptation du secteur agricole à l'évolution du contexte mondial et européen et aux modifications des attentes de nos concitoyens en terme de respect de l'environnement, de traçabilité et de qualité des produits* »⁹².

Une telle loi est considérée, pour chaque ministre de l'Agriculture, comme emblématique d'une politique agricole, alors même que l'avenir de l'agriculture française est fortement tributaire de la politique communautaire et de l'issue des négociations de l'Organisation mondiale du commerce. Cette sollicitude, largement partagée par les parlementaires, a débouché sur la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole, comprenant 105 articles et représentant 25 pages du *Journal officiel*⁹³.

2.2.2. Les « *stroboscopes législatifs* » permanents : le droit fiscal et le droit social

Le droit fiscal et le droit social offrent d'innombrables exemples de modifications réitérées conduisant à une véritable insécurité juridique.

Certes, la multiplication des textes s'explique en partie par la persistance de difficultés à la fois structurelles et conjoncturelles : le chômage, la faible croissance, les déficits récurrents de l'assurance maladie ou encore les difficultés de l'intégration.

Mais l'instabilité, lorsqu'elle est excessive, en vient elle-même à nuire à l'efficacité.

De nombreux exemples en témoignent.

Le crédit d'impôt recherche est un régime d'incitation visant à *accroître la compétitivité des entreprises en soutenant leur effort de recherche-développement*⁹⁴. Il concernait, en 2003, 2 756 entreprises bénéficiaires pour un montant de 428 M€⁹⁵. Organisé par l'article 244 quater B du Code général des impôts, il a connu au 1^{er} septembre 2005 vingt-trois modifications en vingt-trois ans d'existence, dont six depuis 2000.

En 2004, cet article a été modifié deux fois le même jour, soit une première fois par la loi de finances rectificative pour 2004, mais également par la loi de finances pour 2005, toutes deux publiées au *Journal officiel* le 31 décembre 2004. À cette instabilité s'ajoute la complexité même de ce régime fiscal que présente un manuel, « document simplifié »⁹⁶ de quarante-deux pages à l'attention des entrepreneurs français.

92. Présentation du projet de loi d'orientation agricole par le ministre de l'Agriculture, de la Pêche et de la Ruralité devant l'Assemblée nationale le 5 octobre 2005.

93. *Journal officiel* du 6 janvier 2006, p. 229 à 254.

94. Guide du crédit d'impôt recherche, publié par le ministère délégué à l'Enseignement supérieur et à la Recherche, janvier 2005.

95. Bilan national du crédit d'impôt recherche au titre de l'année 2003, publié par le ministère délégué à l'Enseignement supérieur et à la Recherche.

96. Guide du crédit d'impôt recherche, *op. cit.*



Dans la même perspective, le régime de réduction d'impôt sur le revenu des dons aux œuvres, et organismes d'intérêt général figurant à l'article 200 du Code général des impôts, a été modifié **vingt-deux fois depuis sa création**, il y a trente ans, à savoir une fois entre 1976 et 1989, neuf fois entre 1990 et 1999, soit une fois par an en moyenne, onze fois entre 2000 et 2005, soit deux fois par an en moyenne.

La partie législative du Code du travail relative à la **durée du travail** vient d'être modifiée par huit lois ou ordonnances en moins de douze mois. Entre le 24 juillet et le 2 août 2005, soit en deux semaines, le droit du travail a été modifié par six lois, six ordonnances et quinze décrets d'application.

De nouveaux contrats de travail spéciaux aidés ou dérogatoires sont constamment créés.

Aux contrats « initiative-emploi », « emploi-solidarité », « local d'orientation », « vendanges », « de retour à l'emploi », « d'accès à l'emploi », « emploi consolidé », « de conversion », « de professionnalisation » ou encore « d'insertion », « revenu minimum d'activité » se sont ajoutés, au cours de l'année 2005, les contrats « d'accompagnement dans l'emploi », « d'avenir », « d'insertion dans la vie sociale », « de mission à l'exportation » et de « volontariat de solidarité internationale ».

Le dernier-né est le contrat de travail « nouvelles embauches » résultant d'une ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005⁹⁷. Il sera bientôt suivi du « contrat de transition professionnelle », destiné à aider les salariés licenciés à retrouver un nouvel emploi. Proposé par le ministre en charge de la Cohésion sociale, cofinancé par les ASSEDIC et l'État, il sera soumis à une expérimentation préalable, et viendra s'ajouter à la vingtaine de dispositifs de contrats de travail aidés d'ores et déjà en vigueur. Sont déjà annoncés le contrat « première embauche » destiné aux jeunes et un nouveau contrat susceptible de bénéficier aux « seniors ».

Les conditions d'insertion de ces nouveaux dispositifs dans le corpus juridique préexistant ne sont, en outre, pas toujours très cohérentes : ainsi l'ordonnance relative aux contrats « nouvelles embauches » n'a-t-elle pas été insérée dans le Code du travail.

Six textes de lois se sont succédés depuis trois ans⁹⁸ sur l'apprentissage, modifiant à chaque fois le régime en vigueur. Alors même que le développement de l'apprentissage peut constituer un remède au chômage des jeunes sans qualification, la procédure d'enregistrement, préalablement à l'embauche, est fréquemment modifiée.

Jusqu'à la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales transférant cette responsabilité aux régions, le projet de contrat

97. Article précité sur le « stroboscope législatif », *Revue droit social*, septembre-octobre 2005.

98. Il s'agit des lois n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, n° 2004-391 du 4 mai 2004 relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social, n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et à la responsabilité locale, n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale, n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.



d'apprentissage devait être préalablement adressé à la direction départementale du travail et de l'emploi. En raison de difficultés de tous ordres rencontrées par les régions pour exercer ce contrôle préalable, et avant même que la loi de 2004 puisse être effectivement appliquée, la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale a redonné cette compétence aux directions départementales du travail et de la main-d'œuvre.

Mais une nouvelle loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises a finalement dévolu l'enregistrement préalable des contrats d'apprentissage aux chambres consulaires. Ainsi, l'article L. 117-14 du Code du travail a-t-il été modifié quatre fois depuis sa création par la loi n° 92-675 du 17 juillet 1992, dont trois fois entre 2004 et 2005. Le dernier transfert intervenu n'empêche cependant pas les directions départementales du travail et de l'emploi de conserver un contrôle.

Il existe donc à ce stade une double procédure d'enregistrement des contrats d'apprentissage auprès de ces deux instances, dans des conditions mal définies quant aux compétences et aux conséquences respectives de l'une et de l'autre.

De nouvelles mesures législatives proposées en réaction aux récents événements survenus dans les banlieues sont en cours de préparation : elles visent à abaisser, sous certaines conditions, à 14 ans l'âge minimum requis pour bénéficier de contrats d'apprentissage.

2.3. La force symbolique de la loi

La force symbolique de la loi reste prégnante dans la culture juridique française. Il en résulte une demande sociale importante tant est ancrée la croyance selon laquelle la loi vient à bout des difficultés, qu'elle est une solution, une garantie ou, en quelque sorte, une thérapeutique.

2.3.1. La préoccupation sécuritaire

Au premier rang des préoccupations des Français, exprimées à travers les médias et les sondages, la sécurité a été à l'origine d'une dizaine de lois au cours des cinq dernières années. On peut ainsi citer la loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice, la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, la loi n° 2003-495 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile, et selon la même inspiration enfin la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur ⁹⁹.

La loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers

99. Guy Carcassonne, « Penser la loi », *Pouvoirs*, septembre 2005, n° 114, p. 41.



est venue compléter la législation existante en modifiant la loi de 1995 sur les conditions de la vidéosurveillance, en aggravant la répression par une modification du Code pénal qui porte de dix à quinze ans les délais de déchéance de la nationalité française, et en instaurant une procédure de gel des avoirs.

La maîtrise des flux migratoires se voit implicitement associée à l'objectif sécuritaire. Ainsi chaque gouvernement se croit-il tenu de modifier l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, désormais reprise dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CEDESA) de novembre 2004, entré en vigueur le 1^{er} mars 2005 : c'est ce dont attestent pas moins de soixante-dix réformes subies par ce texte depuis 1945.

Les actuels débats sur l'introduction de quotas, sur la limitation du regroupement familial et sur la réforme des mariages mixtes confirment cette instabilité : la 71^e modification vient d'être annoncée. Elle s'inscrira alors dans ce nouveau Code.

2.3.2. Le plein emploi et la lutte contre la précarité

Au cours du seul été 2005, le Gouvernement a proposé trois lois portant sur l'économie : la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 relative à la confiance et à la modernisation de l'économie, la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises. Ces longs textes, composés de 426 529 signes à eux trois, soit environ 190 pages de format A4, viennent répondre directement à une inquiétude des citoyens, dans un contexte économique de croissance ralentie et de taux de chômage soutenu.

Le vote d'une nouvelle loi, introduisant de nouveaux dispositifs d'aide, est supposé rétablir la confiance, comme l'illustre explicitement d'ailleurs le titre de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 relative à la confiance et à la modernisation de l'économie.

L'abondante législation dans ce domaine, si elle témoigne d'une volonté politique forte, n'en contribue pas moins à accentuer une situation de complexité, d'instabilité, d'opacité et d'imprévisibilité des règles, facteur d'insécurité juridique.

La lutte contre la précarité justifie de façon récurrente l'élaboration de nouveaux instruments normatifs, dont la loi de cohésion sociale constitue l'un des derniers exemples.

Le 2 novembre 2005, le Conseil d'État a examiné un nouveau projet de loi relatif au retour à l'emploi et au développement pour l'emploi.

Il est déjà suivi du nouveau projet de loi sur l'égalité des chances, présenté le 5 janvier 2006 en Assemblée générale. Il devrait notamment comporter la création d'une Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, en plus de l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations, créée par la loi du 18 janvier 2005¹⁰⁰ par la transformation de l'Office des migrations internationales (OMI).

100. Loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.



Ces textes récents ont été précédés, sur le même sujet, de la loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions en 1998, de la loi de modernisation sociale en 2002, de la loi portant relance de la négociation collective en matière de licenciement économique en 2003, de la loi relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social en 2004.

2.3.3. *La reconnaissance ou l'interprétation de l'histoire*

Trois lois récentes portant reconnaissance et interprétation de faits ou événements historiques sont illustratives de cette force incantatoire attachée à la loi, en même temps qu'elles traduisent l'impossibilité pour le Parlement, depuis la Constitution du 4 octobre 1958, d'adopter des résolutions (sauf dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution).

La loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, composée d'un article unique dénué de valeur normative, affirme que « *la France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915* ¹⁰¹ ».

La loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tend à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crimes contre l'humanité.

La loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés ¹⁰² dispose, en son article 1^{er}, que « *la Nation exprime sa reconnaissance aux femmes et aux hommes qui ont participé à l'œuvre accomplie par la France dans les anciens départements d'Algérie, au Maroc, en Tunisie et en Indochine ainsi que dans les territoires placés antérieurement sous la souveraineté française* », et, en son article 4 alinéa 2, que « *les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit* ».

Un comité de dix-neuf historiens a, le 12 décembre 2005, réclamé l'abrogation de ces lois, qui « *ont restreint la liberté de l'historien, lui ont dit, sous peine de sanctions, ce qu'il doit chercher et ce qu'il doit trouver, lui ont prescrit des méthodes et prescrit des limites* ¹⁰³ ».

La loi n'avait pas été déférée au Conseil constitutionnel. La controverse a cependant, dans un premier temps, conduit à la création par le Président de la République d'« *une mission pluraliste pour évaluer l'action du Parlement dans les domaines de la mémoire et de l'histoire* », annoncée le 9 décembre 2005, réunie auprès du Président de l'Assemblée nationale, et qui devait remettre ses conclusions en mars 2006. Il a ensuite, dès avant ce terme, été décidé de demander le

101. Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, *Journal officiel* du 30 janvier 2001, et l'article de Georges Vedel, publié dans les *Mélanges François Luchaire*, « Les questions constitutionnelles posées par la loi du 29 janvier 2001 », Collection Travaux de l'École de droit public et de droit fiscal, Université Paris I, Publications de la Sorbonne, 2005.

102. Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

103. *Le Monde*, 14 décembre 2005.



déclassement des dispositions contestées, prononcé par une décision du Conseil constitutionnel n° 2006-203 L du 31 janvier 2006 ¹⁰⁴.

2.3.4. La réaffirmation de valeurs républicaines ou du pacte social

Se situent dans cette perspective les propositions tendant par exemple à réformer la loi de 1901 sur les associations.

Les lois récurrentes sur l'école, dont la dernière dite « *loi Fillon* », sanctionnée par le Conseil constitutionnel pour absence de caractère normatif de certaines de ses dispositions, relèvent en partie de la même préoccupation, à l'exception de la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics, qui reprend assez largement les conclusions de la « Commission Stasi » et de la « mission Debré » et revêt une portée normative.

L'introduction dans la Constitution du 4 octobre 1958 de la Charte de l'environnement par la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 en constitue une troisième illustration : elle manifeste solennellement l'attachement de la Communauté nationale à la préservation de l'environnement.

Ces tendances sont aggravées par la propension du législateur, qui n'en a pas été dissuadé jusqu'à une époque récente par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ¹⁰⁵, à excéder la sphère de compétence qui lui est attribuée par l'article 34 de la Constitution, notamment par la voie des amendements (*cf.* développement consacré dans la deuxième partie aux articles 34 et 37 de la Constitution, p. 316).

B. Les effets

Les contraintes et les dérives décrites comportent, à l'évidence, des effets peu satisfaisants, tant pour le législateur, à la fois contraint, submergé et contourné, que pour la société en général, les opérateurs économiques en particulier, jusqu'aux juges qui se trouvent exagérément sollicités.

1. Pour le législateur

1.1. Le législateur contraint

Les impératifs de transposition en droit interne des directives communautaires, d'autorisation de la ratification des traités internationaux, de détermination des modes d'exercice de l'organisation décentralisée, avec recours à la loi organique pour les collectivités d'outre-mer, pèsent lourdement sur le temps parlementaire.

104. Décision n° 2006-203 L sur la nature juridique d'une disposition de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

105. Conseil constitutionnel, 30 juillet 1982, décision dite « *Prix et Revenus* ».

1.1.1. Les impératifs tenant à l'élaboration et à la mise en œuvre du droit communautaire dérivé

En application de l'**article 88-4 de la Constitution**, issu de la loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992, ajoutant à la Constitution un titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », préalable à la ratification du traité de Maastricht, « *le Gouvernement soumet à l'Assemblée nationale et au Sénat, dès leur transmission au Conseil de l'Union européenne, les projets ou propositions d'actes des Communautés européennes et de l'Union européenne comportant des dispositions de nature législative. Il peut également leur soumettre les autres projets ou propositions d'actes ainsi que tout document émanant d'une institution de l'Union européenne* ».

Le dispositif de l'article 88-4 a été étendu en 1999 aux actes afférents à la politique extérieure et de sécurité commune et aux projets de texte élaborés dans le cadre de la coopération sur la justice et les affaires intérieures. De plus, le Gouvernement peut désormais adresser au Parlement tout document issu des instances de l'Union européenne même s'il ne répond pas aux critères fixés par l'article 88-4 de la Constitution. Le Conseil d'État est en principe associé à la mise en œuvre de cette procédure, mais le faible nombre de demandes d'avis, comme les délais très courts impartis, ne lui permettent pas de remplir pleinement son rôle de conseil juridique.

Une circulaire du Premier ministre, en date du 22 novembre 2005, étend cette obligation de transmission au Parlement à toutes les propositions de texte qui doivent être adoptés en application de la procédure dite de « codécision » du Conseil et du Parlement européen, en application de l'article 251 du traité instituant la Communauté européenne, « *que ce projet d'acte comporte ou non des dispositions à caractère législatif* ».

Le nombre de textes communautaires ou européens soumis par exemple au Sénat est passé de 40 en 1992 à 183 en 1993, puis à 253 en 2000 pour atteindre 331 en 2004. Il a donc doublé de 1993 à 2004. Selon le dernier rapport de la Délégation pour l'Union européenne du Sénat¹⁰⁶, ces textes ont donné lieu à 96 résolutions émanant du Sénat et à 141 résolutions provenant de l'Assemblée nationale.

Si l'on se réfère aux mesures de transposition adoptées entre 2000 et 2004, seules 85 directives ont nécessité l'intervention du législateur, soit 17 % des directives transposées en droit interne¹⁰⁷.

Par comparaison, 105 directives, soit 21 %, ont été transposées par décret, et 327, soit 64 %, l'ont été par arrêté ministériel.

La charge moyenne annuelle pour le législateur n'en reste pas moins importante : sur la période 2000-2004, elle s'élève à environ 17 lois de transposition par an. *L'impératif de transposition du droit communautaire est donc à l'ori-*

106. Hubert Haenel, Rapport d'information n° 176 du Sénat du 3 février 2005, au nom de la délégation pour l'Union européenne du Sénat.

107. Source : Service juridique du Secrétariat général des affaires européennes.



gine de plus du tiers des lois, une fois mises à part les lois autorisant la ratification d'un traité.

Cette appréciation doit cependant être nuancée par le recours, depuis 2001, aux ordonnances pour la transposition législative des directives : ainsi la loi d'habilitation n° 2001-1 du 3 janvier 2001¹⁰⁸ a-t-elle donné la possibilité de transposer selon cette procédure près de 60 directives. Plus récemment, la loi n° 2004-837 du 18 mars 2004 habilite le Gouvernement à transposer 23 directives par ordonnances.

En 2003, il a été recouru pour la première fois à un projet de loi « portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire » (DDAC) qui a permis de transposer 18 directives en un seul texte de loi. Un projet de loi de même nature a été examiné par le Parlement à l'automne 2005.

Force est de constater cependant qu'en dépit des habilitations délivrées au Gouvernement pour transposer par voie d'ordonnances, ou de l'élaboration de projets de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire, **le retard de transposition risque de persister, notamment du fait de l'encombrement de l'ordre du jour du Parlement.**

1.1.2. Le poids des projets autorisant la ratification de traités internationaux

L'accroissement du nombre des projets de loi de ratification des traités internationaux, en application de l'article 53 de la Constitution¹⁰⁹, aggrave la contrainte. Cette augmentation est attestée par les chiffres suivants¹¹⁰ :

- sur 94 projets ou propositions de loi adoptés définitivement par l'Assemblée nationale en 2004-2005¹¹¹, 62 sont des projets autorisant l'approbation d'un accord, *soit 65,9 %* ;
- pour la session ordinaire 2003-2004, sur 73 projets ou propositions de loi adoptés définitivement, 44 sont des projets autorisant l'approbation d'un accord, *soit 60,2 %* ;
- enfin, pour la session ordinaire 2002-2003, sur 85 projets ou propositions de lois adoptés définitivement, 43 sont des projets autorisant l'approbation d'un accord, *soit 50,5 %*.

La procédure simplifiée qui peut être mise en œuvre pour l'examen de ces projets reste finalement peu utilisée.

108. Loi n° 2001-1 du 3 janvier 2001 portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnances, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire.

109. Article 53 al. 1 de la Constitution : « *Les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoires ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi.* »

110. Statistiques du ministère des Affaires étrangères.

111. Source : site de l'Assemblée nationale sur <http://www.assemblee-nationale.fr>.



1.1.3. Le droit des collectivités territoriales et de l'outre-mer

Les différentes réformes introduites par la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 sur l'organisation décentralisée de la République ont conduit à des incursions législatives plus fréquentes et plus systématiques dans le domaine des compétences et surtout des modes d'administration des collectivités territoriales.

Pour la seule année 2004, 120 textes sont venus modifier la partie législative du Code général des collectivités territoriales, dont quatre lois organiques de plus de 200 articles chacune, 19 dispositions de lois de finances, 77 lois, 19 ordonnances et un décret autonome. Ceci représente 2 276 interventions sur des articles législatifs, soit 709 articles créés, 195 articles supprimés, 899 articles modifiés, et 113 articles renumérotés.

Sur les 89 articles de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école de 2005, 30 concernent exclusivement les collectivités d'outre-mer.

1.2. Le législateur submergé

1.2.1. Des projets de loi de plus en plus longs et des amendements de plus en plus nombreux

Si la Conférence des Présidents de chaque Assemblée organise le travail de la séance publique, et si des propositions de loi peuvent y trouver place, les projets de loi du Gouvernement conservent la priorité instituée par la Constitution du 4 octobre 1958, et sont massivement majoritaires.

À peu près constants en nombre si on raisonne hors projets de loi autorisant la ratification de traités internationaux (48 lois en 2005, 40 lois en 2004, 54 lois en 2003), **les projets de loi se caractérisent par une longueur et une complexité accrues.**

Ainsi, par exemple, parmi les lois adoptées au cours de la période allant du 21 avril au 13 août 2004, publiées au Recueil des lois de l'Assemblée nationale, plusieurs dépassent les 100 pages, comme la loi n° 2004-806 du 9 août 2004 relative à la politique de santé publique (218 pages avec 158 articles et un rapport annexé), la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales (231 pages et 203 articles), la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie (119 pages soit 76 articles), la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (101 pages avec 58 articles), la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (99 pages soit 40 articles) ou la loi n° 2004-811 du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile (99 pages avec 103 articles et un rapport annexé)¹¹².

D'une longueur moyenne de 15 000 pages par an au cours des années 1980, le *Journal officiel* comporte plus de 23 000 pages annuelles au cours des dernières années.

112. Georges Hispalis, « Pourquoi tant de lois ? », *Pouvoirs*, n° 114, septembre 2005, p. 109.



Le Recueil des lois de l'Assemblée nationale est passé de **433 pages en 1973** à 1 067 pages en 1983, 1 274 pages en 1993, 2 400 pages en 2003 **et 3 721 pages en 2004**¹¹³.

La multiplication des amendements parlementaires contribue aussi à l'allongement des textes : *le total des amendements présentés à l'Assemblée nationale et au Sénat est passé de 16 039 en 1990 à 37 471 pour la session 2003-2004, triplant pour la seule Assemblée nationale de 9 910 à 27 073 au cours de cette même période.*

À titre d'exemple, le texte qui était à l'origine de la loi n° 2005-157 du 23 février 2005 sur le développement des territoires ruraux comportait initialement 76 articles ; il en compte 240 lors de son adoption définitive.

Les amendements parlementaires changent de nature pour devenir un instrument de négociation entre le Gouvernement et sa majorité, négociation dont l'opposition est le plus souvent exclue. Les disciplines prévues par les articles 41 et 44 de la Constitution pour encadrer le droit d'amendement ne sont en réalité que très exceptionnellement utilisées par le Gouvernement.

Le règlement de l'Assemblée nationale autorise le dépôt d'amendements jusqu'au début de la discussion générale des projets ou des propositions de loi, le délai de droit commun – quatre jours ouvrables suivant la distribution du rapport – trouvant rarement à s'appliquer. Le règlement du Sénat reconnaît à la Conférence des Présidents la possibilité de fixer des délais impératifs en amont de la séance publique, généralement jusqu'à 17 heures la veille du jour où doit commencer la discussion du texte.

Ces souplesses dans la pratique, ainsi que la tolérance et le non-usage par le Gouvernement des compétences que lui confère la Constitution finissent par vider en partie de sa portée cette prérogative parlementaire : l'examen préalable par la commission compétente devient très difficile, voire impossible, la discussion publique est souvent réduite à sa plus simple expression, et l'opposition parlementaire n'y participe guère.

1.2.2. Un délai d'examen parfois inversement proportionnel à la complexité des textes

La Constitution organise de façon précise les délais dans lesquels doivent être adoptés les projets de loi de finances et les projets de loi de financement de la sécurité sociale.

Pour les premiers, l'article 47 de la Constitution prévoit que « *le Parlement vote les projets de loi de finances dans les conditions prévues par une loi organique. Si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de quarante jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45. Si le Parlement ne*

113. Selon une étude du Secrétariat général du Gouvernement réalisée en 2005.



s'est pas prononcé dans un délai de soixante-dix jours, les dispositions du projet peuvent être mises en vigueur par ordonnance [...] ».

Pour les seconds, l'article 47-1, issu de la loi constitutionnelle n° 96-138 du 22 février 1996 instituant les lois de financement de la sécurité sociale, organise des délais encore plus courts, puisque qu'il dispose : « *Le Parlement vote les projets de loi de financement de la sécurité sociale dans les conditions prévues par une loi organique. Si l'Assemblée nationale ne s'est pas prononcée en première lecture dans le délai de vingt jours après le dépôt d'un projet, le Gouvernement saisit le Sénat qui doit statuer dans un délai de quinze jours. Il est ensuite procédé dans les conditions prévues à l'article 45. Si le Parlement ne s'est pas prononcé dans un délai de cinquante jours, les dispositions du projet peuvent être mises en œuvre par ordonnance [...].* »

Or, ces projets de loi ne se contentent pas de prévoir les conditions de financement pour l'année à venir : ils comportent fréquemment des réformes fondamentales.

Par ailleurs les parlementaires sont saisis d'amendements gouvernementaux, directs ou portés par un parlementaire de la majorité, jusqu'à la dernière minute, dans des conditions d'improvisation qui sont peu propices à un débat politique pertinent, et qui ne garantissent pas l'adoption d'un texte adéquat.

Dans son bilan pour l'année 1998, le Conseil constitutionnel notait à cet égard que « *trop souvent, de nombreux textes de caractère hétéroclite, comme les lois de finances ou les lois portant diverses dispositions se sont révélés être des supports aisés pour accueillir en cours de route – le plus souvent en fin de route – des amendements portant sur des sujets divers et sur lesquels la Représentation nationale était appelée à se prononcer sans disposer des informations nécessaires* ¹¹⁴ ».

1.2.3. Urgence et obstruction : les déviations de procédure

Même lorsque la Constitution n'encadre pas le délai d'examen, la procédure d'urgence, qui permet au Gouvernement de saisir la commission mixte paritaire après une seule lecture du texte en discussion par chaque Assemblée, en application de l'article 45 de la Constitution, est de plus en plus souvent utilisée, en raison notamment de l'annonce médiatique préalable.

En 2004, l'urgence a été invoquée par le Gouvernement pour plus du tiers des projets de loi, hors projets autorisant la ratification de traités internationaux. Cependant, les rapports parlementaires constatent, chaque année, que les projets votés en urgence ne sont toujours pas entrés en vigueur l'année suivante, faute de décrets d'application.

114. Conseil constitutionnel, Bilan de l'année 1998, Services du Conseil constitutionnel.



Il en vient à s'établir, entre obstruction et urgence, une sorte de cercle vicieux, même si historiquement l'urgence a été invoquée par le Gouvernement à la suite d'amendements d'obstruction ¹¹⁵. De telles pratiques font en tout état de cause obstacle à un dialogue serein entre la majorité et l'opposition parlementaires, condition pourtant nécessaire à l'élaboration d'un consensus aussi large que possible.

1.2.4. La déception de la session unique

Instaurée par la réforme constitutionnelle d'août 1995, celle-ci n'a pas répondu à l'attente du Constituant.

Ainsi, depuis le début de la législature, le Parlement a-t-il siégé chaque année en session extraordinaire :

- en 2002, entre le 2 juillet et le 3 août, pour voter 24 textes ;
- en 2003, jusqu'au 25 juillet pour adopter 15 projets de loi dont la réforme des retraites, le référendum local, la maîtrise de l'immigration ;
- en 2004, jusqu'au 30 juillet, pour procéder à un débat d'orientation budgétaire, et examiner un projet de loi organique, neuf projets de loi et trois propositions de loi concernant en particulier l'assurance maladie, la bioéthique, les traitements des données à caractère personnel et le service public de l'électricité et du gaz. Au cours de cette session extraordinaire, le Premier ministre a engagé la responsabilité du Gouvernement, en application de l'article 49 alinéa 3 sur le projet de loi relatif aux responsabilités locales : la motion de censure déposée par l'opposition, en application du même article, ayant été repoussée le 27 juillet, la session extraordinaire s'est arrêtée le 30 juillet 2004, sans que, pour autant, l'ordre du jour ait été épuisé ;
- en 2005, jusqu'au 13 juillet, pour se prononcer notamment sur le projet de loi habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnance des mesures d'urgence pour l'emploi, le projet de loi relatif au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale, le projet de loi en faveur des petites et moyennes entreprises, le projet de loi pour la confiance et la modernisation de l'économie, le projet de loi de sauvegarde des entreprises, et le projet de loi relatif à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

La session unique fait d'ailleurs aujourd'hui l'objet des réserves des Présidents des deux Assemblées parlementaires.

Le Président du Sénat, M. Christian Poncelet, lui reproche de n'avoir atteint aucun de ses trois objectifs, qui étaient d'éviter le recours aux sessions extraordinaires, les séances de nuit, et de renforcer les pouvoirs de contrôle du Parlement ¹¹⁶.

115. La loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et la liberté des personnes, dite « Sécurité et Liberté », présentée par Alain Peyrefitte, garde des Sceaux, en octobre 1980, devant l'Assemblée nationale.

116. Allocution de fin de session prononcée par le Président Poncelet le 30 juin 2004.



Le Président de l'Assemblée nationale, M. Jean-Louis Debré, impute en partie à la session unique des lois bavardes et les nombreuses incursions de la loi dans le domaine réglementaire ¹¹⁷.

1.3. Le législateur contourné

L'encombrement de l'ordre du jour parlementaire conduit au recours de plus en plus fréquent à des procédures exceptionnelles qui écartent de droit le législateur.

1.3.1. Le recours aux ordonnances

L'article 38 de la Constitution permet au Gouvernement pour l'exécution de son programme de demander au Parlement « *l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi* ». Les articles 47 et 47-1 permettent au Gouvernement de mettre en vigueur par ordonnance les projets de lois de finances et les lois de financement de la sécurité sociale lorsque le Parlement ne s'est pas prononcé dans le délai prescrit. Enfin, l'article 74-1, issu de la loi constitutionnelle n° 2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République, fonde une habilitation permanente pour actualiser le droit applicable outre-mer.

À l'exception de ce dernier article, le recours à la procédure des ordonnances a traditionnellement été conçu comme une **procédure exceptionnelle**, à la seule initiative du Gouvernement, ce qu'elle fut jusqu'à ces dernières années. Mais ce recours à l'article 38 devint progressivement, à partir de la loi du 16 décembre 1999 autorisant le Gouvernement à procéder à l'adoption de la partie législative de neuf codes par voie d'ordonnance, **une procédure législative ordinaire**.

D'abord liées à la codification et à la simplification administrative, puis à la transposition des directives communautaires en droit interne, celles-ci ont progressivement, du fait notamment de l'objectif de la simplification du droit, vu leur nombre augmenter et leur champ d'application s'élargir, comme en attestent les dernières mesures sur ***l'emploi, sur la réforme de la filiation naturelle ou sur le droit des sociétés*** ¹¹⁸.

La loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit contient en effet trente-deux articles autorisant le Gouvernement à légiférer dans les domaines les plus variés.

La loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004, également relative à la simplification, compte soixante articles d'habilitation dans des domaines aussi différents que le droit des sociétés, le droit de la concurrence, le droit de l'environnement, l'agriculture, le droit de l'urbanisme et de la construction, la santé et la protection sociale, les relations des usagers avec l'administration ou encore la filiation.

117. Discours prononcé le 29 juillet 2004.

118. Marc Guillaume, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi », *Pouvoirs*, septembre 2005, n° 114.



Depuis le début de l'année 2002, plus de 150 ordonnances ont été adoptées : 85 en 2005 (à rapporter aux 50 lois adoptées), 53 en 2004 (à rapporter aux 40 lois votées) et 18 en 2003 (contre 56 lois).

Le recours aux ordonnances est donc devenu le principal mode de législation.

Le Sénat vient d'analyser, dans une étude récente ¹¹⁹, ce recours habituel aux ordonnances.

Au total, ce sont cinq lois d'habilitation en 2002, sept en 2003, neuf en 2004 qui ont été votées.

Par ailleurs, dix-sept lois votées entre 2002 et 2004 comportent *des mesures d'habilitation isolées*, issues pour la plupart de projets du Gouvernement, à l'exception de trois, dont deux résultent d'un amendement gouvernemental ¹²⁰ et une d'un amendement parlementaire ¹²¹ en méconnaissance de la Constitution qui en réserve l'initiative au Gouvernement.

L'année 2004 offre cinq nouveaux exemples d'insertion de mesures d'habilitation *sur initiative parlementaire*. Le Conseil constitutionnel a, dans une décision n° 2004-510 DC du 20 janvier 2005, censuré l'une d'entre elles, l'article 10 de la loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance ¹²², en rappelant qu'il résultait du premier alinéa de l'article 38 que « *seul le Gouvernement [pouvait] demander au Parlement l'autorisation de prendre de telles ordonnances* ».

Le Parlement, du fait de l'encombrement de son ordre du jour, devient donc acteur de son dessaisissement temporaire.

Le Conseil constitutionnel admet en outre que cet encombrement puisse contribuer à justifier l'habilitation à légiférer par voie d'ordonnance.

Tel est le sens de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, comme de celle du 16 décembre 1999, sur la codification ¹²³, aux termes desquelles : « *Considérant que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution ; qu'en l'espèce, l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire fait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification ; que cette double finalité répond à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi [...].* »

119. Sénat, Service des études juridiques, Division des recherches et études, « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution », janvier 2005.

120. Article 6 de la loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité médicale et article 46 de la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 pour la ville et la rénovation urbaine.

121. Article 93 de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité.

122. Il avait pour objet d'autoriser le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures permettant de rendre cette loi applicable en Nouvelle-Calédonie, à Wallis-et-Futuna et à Mayotte.

123. Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 relative à la loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.

1.3.2. Le retard ou l'absence des décrets d'application de la loi

Nombre de ces textes médiatiquement annoncés restent, par la suite, lettre morte pour divers motifs : absence ou retard des décrets d'application, complexité trop grande, orientation différente décidée par un nouveau ministre avant même que les décrets d'application de la loi présentée par son prédécesseur aient été pris.

En dehors des lois qui, pour environ un quart d'entre elles, s'appliquent directement, il faut en moyenne entre dix et douze mois pour que les décrets d'application paraissent au *Journal officiel*, délai parfois jugé un peu long, notamment pour les décrets les plus simples. À ce titre, le Président de l'Assemblée nationale a manifesté sa préoccupation à l'égard de tout délai qui dépasserait les six mois ¹²⁴.

Le rapport du Sénat sur le contrôle de l'application des lois adoptées en 2004-2005 fait apparaître que :

- 15 d'entre elles ne nécessitent aucune mesure de suivi réglementaire et sont d'application immédiate ;
- sur les 33 restantes :
 - 17, soit plus de la moitié ne sont pas encore applicables au 1^{er} décembre 2005 ;
 - 13 ne le sont que partiellement, puisqu'une partie seulement des mesures d'application a été publiée ;
 - enfin, 3 seulement sont devenues pleinement applicables : il s'agit de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 ayant créé la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, la loi n° 2005-47 du 26 janvier 2005 relative aux compétences du tribunal d'instance, de la juridiction de proximité et du tribunal de grande instance, et la loi n° 2005-159 du 23 février 2005 relative au contrat de volontariat de solidarité internationale.

Aucune des 53 mesures d'application prévues dans la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, votée en urgence n'a, à la date du rapport cité (décembre 2005), été prise.

Le Sénat rappelle que parmi les 1 000 textes législatifs adoptés et promulgués depuis 1981, 222 n'avaient pas encore reçu entière application, par défaut des décrets indispensables. S'il se félicite du progrès du taux d'application, au 30 septembre 2005, des dispositions prévoyant explicitement un suivi réglementaire, qui passe de 14,4 % en 2003-2004 à 16,4 % en 2004-2005, pour un total de 670 prescriptions, certaines carences subsistent.

La Haute Assemblée déplore ainsi la modicité du taux d'application (8 %) de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées. Sept mois après la publication de la loi, seuls cinq décrets et deux arrêtés sont parus. Compte tenu du faible nombre des mesures réglementaires prises à ce jour, cette loi reste donc largement inapplicable.

124. Entretien à *Libération*, 18 janvier 2005.



« Rien ne sert de légiférer si les conséquences n'en sont pas tirées rapidement sur le plan de l'action. Il faut malheureusement attendre en moyenne dix mois pour que les décrets d'application d'une loi soient publiés au Journal officiel [...]. Ce délai trop long n'est pas compris par nos concitoyens ¹²⁵. »

Les « délais raisonnables », appréciés par la jurisprudence en fonction de la nature et de la difficulté des textes, depuis l'arrêt d'Assemblée du 27 novembre 1964, *Ministre des finances c/ Dame veuve Renard* ¹²⁶, sont trop souvent dépassés.

Certaines lois ne sont pas appliquées en raison probablement d'une trop grande complexité.

Ainsi, dans un contexte de délocalisations nombreuses accompagnées d'un mouvement d'inquiétude de la part de l'opinion publique, le Gouvernement a-t-il annoncé, en 2004, un plan de lutte contre les délocalisations, qualifié de « priorité absolue » : l'une de ces mesures, définie à l'article 244 quater I du Code général des impôts, voté dans la loi de finances 2005, lequel représente environ 7 660 signes, instaure un « crédit d'impôt sur les bénéfices institué pour les entreprises qui choisissent de relocaliser leurs activités en France ¹²⁷ ». À ce jour, pas une seule demande n'a été déposée en ce sens, peut-être en raison d'une rédaction trop compliquée de la législation applicable.

D'autres lois sont en attente d'application parce que les dispositions finalement adoptées par le Parlement n'avaient en réalité pas l'accord du Gouvernement, qui s'abstient de prendre les décrets d'application.

2. Pour la société

Ce rythme et ce désordre normatifs créent de nombreux effets préjudiciables pour l'ensemble des acteurs de la société : ils désorientent les citoyens qui perdent leurs repères et n'ont pas le temps d'en trouver de nouveaux, ils pénalisent les opérateurs économiques et nuisent à l'attractivité de notre territoire, ils désarçonnent les autorités publiques en charge de l'application et les juges sans cesse confrontés à de nouvelles normes.

2.1. L'utilisateur égaré

2.1.1. Un droit peu lisible, trop peu accessible et instable

Pour le citoyen, le droit devient instable, peu lisible et en partie inaccessible.

Le nombre de textes de portée générale en vigueur ne cesse d'augmenter : avec les précautions dues au processus de codification, on peut estimer qu'aux

125. Président de l'Assemblée nationale, M. Jean-Louis Debré, lors de la présentation des vœux au Président de la République en janvier 2005.

126. CE, Ass., 27 novembre 1964, *Ministre des finances c/Dame veuve Renard*, aux conclusions d'Yves Galmot.

127. www.premier-ministre.gouv.fr



9 000 lois et 120 000 décrets recensés en 2000¹²⁸ sont venus s'ajouter, en moyenne, 70 lois, 50 ordonnances, et 1 500 décrets par an.

Le Code du travail est composé de 2 000 pages. Le Code général des impôts comporte, pour sa part, plus de 2 500 pages et regroupe 4 000 articles législatifs et réglementaires.

À cela s'ajoute la circonstance que les normes sont **de plus en plus fréquemment modifiées**.

Le taux d'instabilité d'un code, qui équivaut, selon une mesure établie par le Secrétariat général du Gouvernement, au nombre total d'interventions sur un code rapporté au nombre d'articles de ce code, révèle que **plus de 10 % des articles d'un code changent chaque année**¹²⁹.

Compte tenu de la constance de certains codes, comme le Code civil, cela se traduit par un taux nettement supérieur pour d'autres, notamment le Code du travail, le Code de la santé publique, le Code de la sécurité sociale, le Code général des impôts, le Code monétaire et financier ou encore le Code général des collectivités territoriales.

Dans de telles conditions, il devient très difficile, parfois impossible, pour l'utilisateur, le citoyen ou l'entreprise de connaître la loi, et d'organiser ses comportements d'investissement ou de consommation en fonction de celle-ci.

Une telle évolution accroît la « **fracture juridique** », une partie de la population se trouve marginalisée par un droit devenu trop complexe, tandis que d'autres acteurs s'accommodent de la complexité, voire l'exploitent à leur profit.

La complexité du droit engendre donc à la fois un « coût psychologique » et un « coût démocratique ».

« L'inflation et l'instabilité des normes juridiques provoquent parfois, chez nos concitoyens, un grand désarroi. Se sentant souvent isolé dans un maquis de procédures contraignantes et souvent incompréhensibles, le citoyen ressent avec amertume la distance qui le sépare des centres de décision »¹³⁰.

2.1.2. *L'illusion de la simplification*

Ainsi que le souligne à juste titre le dernier rapport de l'OCDE sur la qualité de la réglementation en France : « *Par nature, le système juridique français de droit romain écrit, qui ne connaît pas de date limite pour la validité des textes, conduit à un empilement historique des textes. Le mouvement de codification et de simplification administrative apparaît alors comme le pendant nécessaire qui accompagne d'une certaine façon la complexité croissante. Jusqu'à présent la codification permet de rationaliser en partie l'empilage des textes existant mais elle n'en réduit pas la complexité car elle s'est effectuée à droit*

128. Conseil d'État, Rapports publics annuels 1991 et 2000. Cf. aussi les mesures des flux fournies par le Secrétariat général du Gouvernement.

129. Selon une étude du Secrétariat général du Gouvernement : « Statistiques sur l'activité législative et réglementaire », 1^{er} mai 2005.

130. Rapport du Médiateur de la République pour l'année 2001.



constant, c'est-à-dire sans changement dans la substance de la loi ou de la réglementation. De plus, les mouvements de simplification administrative ont longtemps été conduits dans une optique autocentrée sur les propositions des administrations, plus que sur les besoins des usagers. Elle a abouti à une architecture complexe, partageant les compétences réglementaires entre le niveau national et trois niveaux d'administration infranationale. »

La démarche de **simplification administrative** a commencé, en France, à la fin des années 1950, pour se poursuivre dans les années 1970, avec notamment :

- la création du Centre pour l'enregistrement des formulaires administratifs (CERFA) ;
- l'établissement en 1983 d'une Commission pour la simplification (COSIFORM) ;
- l'institution dans les années 1990 de la Commission pour la simplification administrative (COSA) ;
- enfin, la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 a créé le Conseil d'orientation de la simplification administrative. Il comprend trois députés, trois sénateurs, un conseiller régional, un conseiller général, un maire et six personnalités qualifiées dont trois sont nommées sur proposition du ministre chargé de la Réforme de l'État et trois autres sur proposition du ministre chargé des Petites et Moyennes Entreprises, désignés pour cinq ans. Mis en place le 22 janvier 2004, sa mission est de porter une appréciation sur les ordonnances présentées par le Gouvernement. Il est consulté sur le programme de simplification annuel de chaque ministère, quelle que soit la nature des textes sur laquelle porte la simplification (loi, ordonnance, code...). En outre, il établit chaque année un rapport public.

Le bilan des deux premières étapes de simplification, en application des lois d'habilitation de 2003 et de 2004, reste mitigé. Certes de nombreuses améliorations¹³¹ ont été obtenues. Mais les diverses ordonnances prises au cours des deux dernières années ont aussi provoqué de la *complexité supplémentaire*, dans un contexte où les administrations centrales, privées par la déconcentration et par la décentralisation de l'essentiel de leurs compétences opérationnelles, « *ne voient d'autres façons d'intervenir sur les événements que par la production de lois et de règlements* »¹³².

En outre, et comme le souligne à ce sujet le Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics dans son premier rapport d'étape sur ce sujet, « *la simplification est vouée à l'échec tant que les processus de production de la complexité resteront intacts* ».

Ainsi, pour reprendre un exemple qu'il développe, l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003, portant simplification de l'organisation et du fonctionnement du système de santé ainsi que des procédures de création d'établissements ou de services sociaux ou médico-sociaux soumis à autorisation, a fait

131. Marc Guillaume, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi », *Pouvoirs*, septembre 2005, n° 114, p. 117.

132. Rapport d'étape du comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics, juillet 2005.



l'objet depuis sa signature de six modifications inscrites dans des lois du 18 décembre 2003 (financement de la sécurité sociale), et des 9 et 13 août 2004 (santé publique et assurance maladie), et des ordonnances du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, du 1^{er} juillet 2004 relative à la simplification de la composition et du fonctionnement des commissions administratives et à la réduction de leur nombre et du 2 mai 2005 simplifiant le régime juridique des établissements de santé. Cette ordonnance nécessite en outre *38 mesures réglementaires d'application* : huit décrets en Conseil d'État, 18 décrets simples et trois arrêtés du ministre.

La même démonstration pourrait être apportée pour la plupart des ordonnances de simplification adoptées en application des deux lois d'habilitation de 2003 et 2004. Certaines sont d'ailleurs modifiées par la loi de ratification elle-même, mais de façon marginale et souvent après avis du Conseil d'État.

De plus, quelques-unes de ces ordonnances ne sont pas encore entrées en vigueur faute d'accord entre les ministères sur les décrets d'application : tel est le cas de l'ordonnance n° 2004-637 du 1^{er} juillet 2004 relative à la simplification de la composition et du fonctionnement des commissions administratives et à la réduction de leur nombre.

*La relance de la démarche de simplification engagée en 2003 a donc permis des progrès, dans la logique qui est la sienne de **suppression des effets les plus néfastes de la sédimentation** des textes, mais ces exemples viennent démontrer qu'elle gagnerait à être **complétée par une logique de prévention des nouveaux flux**.*

En dépit des ambitions annoncées, le système juridique français n'a en effet pas échappé à la logique de la sédimentation, consistant à prendre successivement des textes sur le même sujet sans réévaluation d'ensemble du dispositif et sans abrogation en conséquence de tout ce qui est devenu inutile, superfétatoire, redondant ou encore obsolète.

Aux termes du Rapport Pébereau, une partie de la dérive de la dépense publique trouve son origine dans cette superposition des dispositifs et des structures, en partie liée à *l'absence d'évaluation préalable de l'impact des mesures en préparation au regard des dispositifs d'ores et déjà existants*. Cette lacune ne favorise guère l'allocation optimale des ressources publiques. Ainsi depuis 25 ans de nombreuses structures publiques ont été créées, tant au niveau central qu'au niveau local, sans que soient remises en cause les structures déjà existantes.

Un ouvrage récent sur la *Politique de l'emploi*¹³³ appelle par exemple à une évaluation plus systématique, *a priori* et *a posteriori*, des politiques de

133. Olivier Dutheillet de Lamothe, *Politique de l'emploi*, Éditions Liaisons, p. 167 : Cette politique « aboutit au mieux à créer environ 150 000 emplois en période de croissance et à réduire le nombre de chômeurs de 150 000 en période de récession. À titre de comparaison, et selon les données de l'OCDE qui ne prennent pas en compte toutes les mesures de baisse des charges liées aux 35 heures, les États-Unis, le Royaume-Uni et le Japon ont consacré respectivement 0,53 %, 0,89 % et 0,79 % de leur PIB aux politiques de l'emploi ».



l'emploi, auxquelles la France consacre 4,1 % de son PIB. Celle-ci offre un exemple manifeste de la logique de la législation par strates successives, sans qu'il soit procédé à l'étude de l'impact effectif, du coût, et de l'efficacité relative des dispositifs d'ores et déjà en vigueur.

2.1.3. *L'autorité publique désarçonnée*

Le droit devient tout aussi complexe, et parfois difficilement compréhensible pour les *fonctionnaires chargés de l'appliquer quotidiennement* et de le faire respecter. Les administrations centrales multiplient par conséquent les *circulaires et instructions*, qui constituent la référence essentielle. Celles-ci, pour la plupart, ne sont ni publiées, ni opposables. Il en résulte qu'elles échappent à l'information du législateur comme du citoyen, et au contrôle du juge de l'excès de pouvoir.

Se développe ainsi *un droit souterrain, clandestin, inaccessible, asymétrique*.

Les élus locaux sont perdus par les multiples changements apportés chaque année au Code général des collectivités territoriales et aux textes qu'ils sont chargés d'appliquer, et qui viennent périodiquement modifier leurs compétences et leurs moyens. L'instabilité du droit constitue l'un des thèmes récurrents de discussion entre les associations des élus locaux, qu'ils soient maires, présidents de conseils généraux ou présidents de conseils régionaux, et l'État. Un récent colloque d'avocats, tenu en novembre 2005, consacre ses travaux aux besoins de conseils juridiques émanant des collectivités territoriales, nouveau domaine d'intervention considéré comme particulièrement prometteur pour cette profession.

2.2. *L'insécurité des opérateurs économiques*

2.2.1. *Le coût de l'insécurité juridique*

Le Président de la République déclarait au Parlement le 19 mai 1995, juste après son élection : « *Trop de lois tuent la loi... Aujourd'hui l'inflation normative est devenue paralysante. Il faut mettre un terme à cette situation qui pénalise les plus faibles et entrave l'esprit d'entreprise au seul bénéfice des spécialistes qui font écran entre le citoyen et le droit.* »

« *Il faut éviter que, globalement, l'ensemble de nos procédures freine la création d'activités. Cela implique un élan nouveau pour que notre territoire soit plus attractif et que la matière fiscale ou réglementaire ne soit pas systématiquement une occasion de découragement* », déclare devant le Parlement le Premier ministre, M. Jean-Pierre Raffarin, le 3 juillet 2002.

Les règles sociales et fiscales continuent cependant à être édictées comme si toutes les entreprises, à l'instar des plus grandes d'entre elles, disposaient de services juridiques ou de directions des ressources humaines importantes. Or plus de 65 % de l'emploi salarié hors fonction publique, en France, est assuré par des petites et moyennes entreprises pour lesquelles il est de plus en plus difficile de maîtriser la réglementation, à plus forte raison ses successives modifications.



Aussi bien ces entreprises se voient-elles souvent obligées de recourir à des cabinets spécialisés, ce qui se traduit par un coût économique, détourné de l'investissement productif ou de l'emploi. ***Le coût de la complexité des normes et des procédures est évalué, pour les pays de l'OCDE, à une somme représentant, en 2000, entre trois et quatre points de PIB selon les pays.***

Par ailleurs, établir des prévisions de coût, une stratégie d'embauche ou d'investissement dans un contexte qui n'est jamais juridiquement et financièrement stabilisé devient une gageure. L'absence de prévisibilité des règles crée en elle-même un coût.

C'est l'une des raisons pour lesquelles certains dispositifs d'aides à l'emploi ou à l'investissement ne sont jamais ou ne sont que peu utilisés.

2.2.2. Une image détériorée dans la compétition mondiale

Un droit écrit trop complexe finit par perdre l'avantage comparatif dont on pourrait *a priori* le créditer par rapport aux systèmes de « *Common Law* », dans lesquels le recours permanent aux contrats amène à s'entourer d'une assistance juridique adaptée.

L'excellence des infrastructures de transport, de communication et d'énergie, ainsi que le fort potentiel scientifique et technique de la France, reconnus par l'OCDE et par la Banque mondiale, ne peuvent faire oublier que nombre d'entreprises candidates à une implantation en France sont parfois découragées par la lourdeur des procédures administratives et surtout par l'instabilité du droit.

L'Agence française pour les investissements internationaux (AFII) souligne d'ailleurs que « *c'est dans l'environnement administratif que se trouvent certains des points faibles le plus souvent mis en avant dans les enquêtes d'opinion* ».

L'hommage rendu par le dernier rapport de la Banque mondiale, « *Doing Business 2005* », aux dernières réformes entreprises par la France en 2004 sur le régime des créations d'entreprises ne constitue qu'un modeste infléchissement de ce diagnostic.

2.3. Les juges perplexes

Les magistrats peinent à se repérer dans les multiples réformes du Code pénal, du Code de procédure pénale, du droit des sociétés ou encore du Code du travail, intervenues au cours des dernières années. La Cour de cassation consacre en 2005 un séminaire de plusieurs mois au thème de l'« incertitude juridique ».

Le flou des dispositions législatives ou réglementaires renforce nécessairement le pouvoir du juge, contraint d'aller au-delà de l'interprétation pour poser la norme, alors même que de nombreuses mesures de nature réglementaire échappent au contrôle du juge de l'excès de pouvoir du simple fait de leur insertion dans une loi.

Cette accélération normative crée en même temps une perplexité liée à la fois à un foisonnement de normes, nationales et internationales, parfois incohérentes, et au flux de dispositions nouvelles que les juges doivent appliquer chaque année, sans qu'une jurisprudence ait eu le temps de s'élaborer.



Il en résulte des risques accrus de conflits de juges ou de jurisprudences, notamment lorsque le droit connaît de nombreux destinataires et relève de la compétence territoriale d'un nombre élevé de juridictions différentes, à l'exemple du droit de la consommation.

Plusieurs mécanismes permettent heureusement de recourir, avant même qu'un jugement soit rendu, à un dialogue des juges.

2.3.1. Les conflits de normes et le recours aux questions préjudicielles

Le conflit de normes amène le juge à déterminer seul le droit applicable, lorsque par exemple deux conventions internationales, ou une convention internationale et un texte communautaire, édictent concurremment des règles. Il en va de même lorsque des textes nationaux ne sont pas encore, ou plus du tout, en conformité avec ces normes internationales. C'est encore le cas lorsqu'une des questions de droit invoquées par le justiciable relève de la compétence d'un autre ordre de juridiction.

Le renvoi préjudiciel, destiné à permettre au juge compétent de trancher, rend alors possible le règlement du conflit.

Ainsi le recours aux *questions préjudicielles* devant la Cour de justice des Communautés européennes à Luxembourg est-il parfois nécessaire afin qu'elle se prononce sur la portée du droit communautaire pertinent au regard de la norme nationale dont il est fait application. Les juridictions françaises y ont eu recours plus de six cents fois depuis la création de la Cour, dont 21 fois en 2004 et 17 en 2005 (2 par la Cour de cassation, 5 par le Conseil d'État et 10 par les autres juridictions).

Dans un arrêt rendu le 19 octobre 2005, la Section du contentieux du Conseil d'État a décidé de renvoyer à la Cour de justice des Communautés européennes l'appréciation de la portée du droit communautaire pertinent et la conformité à ce dernier de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2005-892 du 2 août 2005 selon lequel les salariés de moins de 26 ans embauchés à compter du 22 juin 2005 ne sont pas pris en compte dans le calcul de l'effectif d'une entreprise ¹³⁴.

Au cours de l'année 2005, les autres renvois préjudiciels portaient notamment sur le régime des arrhes en cas de dédit au regard des règles régissant la TVA ¹³⁵, les modalités d'application de la sixième directive TVA à l'organisation des foires ou salons ¹³⁶, et l'interprétation des stipulations du premier paragraphe de l'article 20 de la Convention d'application de l'accord de Schengen en ce qui concerne la notion de première entrée sur le territoire ¹³⁷.

134. CE, Sect., 19 octobre 2005, *Confédération générale du travail CGT et autres*, n° 283892, aux conclusions de Christophe Devys, *Actualité juridique droit administratif*, 2005, p. 1980 et 2162, chronique de M^{me} Claire Landais et M. Frédéric Lénica.

135. CE, 23 mars 2005, *Société Thermale d'Eugénie-les-Bains*, n° 263653 aux conclusions de Pierre Collin.

136. CE, 10 janvier 2005, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie*, n° 255095 aux conclusions de Laurent Olléon.

137. CE, 9 mai 2005, *M. Bot*, n° 256575 aux conclusions de Nicolas Boulouis.



2.3.2. Le recours aux avis des juridictions suprêmes

Les questions de droit nouvelles résultant parfois de l'entrée en vigueur de nouvelles dispositions législatives ou réglementaires peuvent donner lieu à des interprétations diverses des juridictions de première instance ou d'appel réparties sur l'ensemble du territoire.

Afin d'éviter les risques d'incohérence, voire d'injustice, susceptibles d'en résulter, des mécanismes de renvoi pour interprétation vers la juridiction de dernier ressort, Conseil d'État ou Cour de cassation, sont organisés et mis en œuvre ¹³⁸.

Pour les juridictions de l'ordre administratif, l'article L. 113-1 du Code de justice administrative ¹³⁹ autorise les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel à solliciter l'avis du Conseil d'État avant de statuer sur une question de droit nouvelle créant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges. Il a été utilisé 19 fois en 2004.

En ce qui concerne les juridictions de l'ordre judiciaire, la procédure de renvoi est organisée par les articles L. 151-1 et suivants du Code de l'organisation judiciaire ¹⁴⁰. De la même façon, ces dispositions autorisent les tribunaux et les cours d'appel à solliciter l'avis de la Cour de cassation avant de statuer *sur une question de droit nouvelle créant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges*.

Il est alors sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à ce que la Cour de cassation se prononce dans un délai de trois mois. Ce renvoi n'a été mis en œuvre que quatre fois en 2004.

138. Dominique Pouyaud, « Les avis contentieux du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, juin 2004, p. 327.

139. « Avant de statuer sur une requête soulevant une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut, par une décision qui n'est susceptible d'aucun recours, transmettre le dossier de l'affaire au Conseil d'État, qui examine dans un délai de trois mois la question soulevée. Il est sursis à toute décision au fond jusqu'à un avis du Conseil d'État ou, à défaut, jusqu'à l'expiration de ce délai. »

140. Code de l'organisation judiciaire, article L. 151-1 : « Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation qui se prononce dans le délai de trois mois de sa saisine. Il est sursis à toute décision sur le fond de l'affaire jusqu'à l'avis de la Cour de cassation ou, à défaut, jusqu'à l'expiration du délai ci-dessus mentionné. Toutefois, les mesures d'urgence ou conservatoires nécessaires peuvent être prises. L'avis rendu ne lie pas la juridiction qui a formulé la demande. Il est communiqué aux parties. »



Deuxième partie Quelles disciplines pour quelle sécurité juridique ?

« *La loi permet, ordonne ou interdit*¹⁴¹. »
Portalis

Pour les raisons évoquées, le désordre et l'instabilité du droit appellent une politique énergique visant à ralentir un emballement normatif préjudiciable aux citoyens, aux entreprises et à la crédibilité même de l'action politique.

L'exigence de sécurité juridique, fondement de l'État de droit, doit être confortée.

Le respect des compétences et des procédures d'ores et déjà inscrites dans la Constitution, en s'inspirant peut-être de quelques pratiques étrangères, constitue une première voie d'action.

L'exploration de stratégies complémentaires, relatives au fonctionnement du Parlement, au rapport du législateur avec les citoyens, à une meilleure accessibilité au droit, au statut des circulaires et instructions ainsi qu'aux relations entre l'administration et l'usager, s'avère également indispensable.

A. La sécurité juridique constitue l'un des fondements de l'état de droit

1. Le contenu du principe

Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles.

141. Portalis, *Discours préliminaire du Code civil*, 1804.



1.1. L'axe formel : la qualité de la loi

La loi est faite pour prescrire, interdire, sanctionner. Elle n'est pas faite pour bavarder, créer des illusions, nourrir des ambiguïtés et des déceptions. La loi doit donc être normative : la loi non normative affaiblit la loi nécessaire en créant un doute sur l'effet réel de ses dispositions.

Certes, l'appréciation peut varier dans le temps : ainsi certaines dispositions du Code civil ont-elles vu leurs effets normatifs progressivement dégagés par le juge. Ce fut également le cas de conventions internationales, comme par exemple la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont l'effet utile a progressivement été affirmé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et par les juridictions nationales des États parties.

Pour savoir ce que prescrit la loi, il ne suffit pas qu'elle soit matériellement accessible. Il s'agit certes là d'une exigence essentielle, et la publication de la norme, qui est destinée à la rendre accessible, constitue d'ailleurs une condition de son opposabilité. Mais il faut aussi que la norme soit intelligible. L'intelligibilité implique la *lisibilité* autant que la *clarté* et la *précision* des énoncés ainsi que leur cohérence. Elle suppose encore que les règles prennent toute leur portée à la lumière du corpus juridique dans lequel elles sont appelées à s'insérer, sans qu'il faille, pour y parvenir, faire appel à trop de dispositions extérieures au texte.

1.2. L'axe temporel : la prévisibilité de la loi

Le principe de sécurité juridique suppose que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables.

La prise en compte de l'exigence de sécurité juridique entre parfois en concurrence avec l'application du principe de légalité, principe essentiel du droit public, même si les deux concepts se renforcent souvent mutuellement¹⁴². Le principe de légalité peut avoir des conséquences sur la sécurité juridique, notamment en cas d'annulation contentieuse à caractère rétroactif, ou encore dans les hypothèses de revirement de jurisprudence.

Cette prise en compte doit, en outre, rester compatible avec la nécessité de réserver au pouvoir politique et à l'administration les marges de manœuvre nécessaires à l'application de son programme et à l'exercice de ses missions de service public. Il en résulte un principe d'adaptation ou de mutabilité. Le concept de sécurité juridique ne saurait en effet constituer, comme certains le redoutent, « *un habillage moderne du conservatisme juridique, un mécanisme institutionnalisé de protection des situations acquises, même injustes, au nom de la stabilité de la règle de droit*¹⁴³ ».

142. Daniel Labetoulle, « Principe de légalité et principe de sécurité », *Mélanges Guy Braibant*, Dalloz, 1996.

143. Michel Pinault : « Incertitude et sécurité juridique », *Rapport du Groupe de travail n° 1* du séminaire de la Cour de cassation, de l'Institut des hautes études sur la justice, du Centre des hautes études sur l'assurance et de l'École nationale supérieure de sécurité sociale, 22 mars 2005.



Mais il faut, pour échapper à ce verdict, veiller à ce que les conciliations pratiquées soient empreintes de rigueur et de mesure.

1.2.1. La non-rétroactivité de la loi

La non-rétroactivité de la loi constitue l'un des fondements de la sécurité juridique : elle est impérative en droit pénal, et de façon plus générale en matière répressive, notamment pour les sanctions financières. Elle n'a pas la même portée dans les autres domaines où il peut y être dérogé pour des motifs d'intérêt général.

Le juge constitutionnel a été conduit, en application de cette règle, à limiter les possibilités d'application des validations législatives, par nature rétroactives ¹⁴⁴.

1.2.2. La protection des droits acquis et la stabilité des situations juridiques

L'équilibre, ici encore, doit être atteint entre, d'une part, l'exigence de sécurité juridique et, d'autre part, les nécessités de l'adaptation et le respect de la légalité.

Pour le retrait des actes illégaux, cet équilibre n'est respecté que si des délais raisonnables sont fixés. L'Union européenne est ainsi divisée entre les pays qui retiennent de façon objective un délai dans lequel ce retrait peut intervenir, comme la France ou la Belgique, et ceux qui l'appréhendent au regard d'une appréciation subjective de la sécurité juridique, comme l'Allemagne ou l'Italie.

2. La portée du principe

2.1. En droit européen

Influencés par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, le juge communautaire et le juge européen ont progressivement consacré un principe de sécurité juridique. La Cour de justice des Communautés européennes a également introduit dans sa jurisprudence le principe de confiance légitime.

Plus rarement mis en œuvre, *ce principe de confiance légitime* tend à limiter les possibilités de modification des normes juridiques, dès lors que des engagements ou leur équivalent ont été pris par les autorités compétentes. Garant d'une certaine prévisibilité dans l'application du droit, ce principe vient protéger « *la confiance que les destinataires de règles et de décisions [...] sont normalement en droit d'avoir dans la stabilité, du moins pour un certain temps, des situations établies sur la base de ces règles ou de ces décisions* ¹⁴⁵ ». Le principe de confiance légitime impose donc de ne pas tromper la confiance que les administrés ont pu, de manière légitime et fondée, placer dans la stabilité d'une situation juridique en modifiant trop brutalement les règles de droit.

144. Même si, « *en matière de validation législative, la rétroactivité ne s'oppose pas forcément à la logique de la sécurité juridique, [...] peut même la servir* », Bertrand Mathieu, « Table ronde : Constitution et sécurité juridique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° 15, 1999, p. 159.

145. Michel Fromont, « Le principe de sécurité juridique », *Actualité juridique droit administratif*, numéro spécial, 1996, p. 179.



Si le principe de sécurité juridique et le principe de confiance légitime sont deux concepts proches, ils ne sauraient cependant être confondus, notamment quant aux droits susceptibles d'en découler. La confiance légitime ouvre, plus encore que la sécurité juridique, la voie à une appréciation par le juge des attentes légitimes du justiciable et à l'idée de droits subjectifs : ceux du destinataire des normes juridiques.

2.1.1. *Devant la Cour de justice des Communautés européennes*

Dès le début des années 1960, par l'arrêt *Bosch* du 6 avril 1962¹⁴⁶, le juge communautaire a solennellement consacré la sécurité juridique au rang des principes généraux du droit communautaire. Invoqué dans un litige sur dix environ, ce principe est appliqué avec une rigueur particulière lorsqu'il s'agit d'une réglementation susceptible de comporter des conséquences financières.

Il revêt pour la Cour de justice des Communautés européennes le caractère d'un *principe fondateur*¹⁴⁷ dont se déduisent nombre d'exigences ou de principes dérivés.

Selon une règle générale, « *le principe de sécurité juridique, qui fait partie de l'ordre juridique communautaire, exige que tout acte de l'administration produisant des effets juridiques soit clair, précis et porté à la connaissance de l'intéressé de telle manière que celui-ci puisse connaître avec certitude le moment à partir duquel cet acte existe et commence à produire ses effets juridiques, notamment au regard des délais de recours*¹⁴⁸ ».

Le juge communautaire en tire des exigences de **stabilité et de prévisibilité de la norme**, de détermination claire et précise des délais de recours¹⁴⁹, ou de mise en œuvre de prescriptions ou de forclusions répondant à l'exigence de stabilité des situations juridiques. Ainsi, la rétroactivité des actes peut-elle être censurée. En particulier, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale fait partie des principes généraux du droit communautaire, ainsi que l'a rappelé la décision du 10 juillet 1984, *Kirk*¹⁵⁰.

La Cour de justice des Communautés européennes se réserve la possibilité de **moduler dans le temps les effets de ses décisions**, en prononçant parfois des déclarations d'invalidité « *ex nunc* », pour l'avenir. Elle se fonde sur une interprétation extensive de l'article 231 du traité instituant la Communauté économique européenne¹⁵¹, en étendant le pouvoir de modulation qu'il lui confère dans le cas des recours dirigés contre les règlements, aux recours dirigés

146. CJCE, 6 avril 1962, affaire 13/61, *De Geus en Uitdenboger/Bosch*.

147. Bertrand Mathieu, Rapport français, « Constitution et sécurité juridique », XV^e Table ronde de jurisprudence constitutionnelle, *AJJC*, 1999.

148. CJCE, affaire 18/89, 7 février 1991, *Tagaras c/ Cour de justice*.

149. CJCE, affaire 44/81, 26 mai 1982, *Allemagne c/ Commission*.

150. CJCE, affaire 63/83, 10 juillet 1984, *Kirk*.

151. Cet article traite des recours en annulation des actes communautaires devant la CJCE : « *Si le recours est fondé, la Cour de justice déclare nul et non avenu l'acte contesté. Toutefois, en ce qui concerne les règlements, la Cour de justice indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs.* »



contre tous les actes communautaires. La Cour utilise ce pouvoir de modulation au-delà des recours en annulation, pour les questions préjudicielles, tant pour l'interprétation des règles du droit communautaire, depuis l'arrêt *Defrenne* du 8 avril 1976¹⁵², que pour l'appréciation de la validité des actes communautaires, depuis trois décisions du 27 mars 1980, *Providence agricole de Champagne et autres*¹⁵³.

Enfin, *le retrait des actes illégaux* n'est autorisé que s'il intervient dans un délai raisonnable et si l'institution dont il émane tient suffisamment compte de la mesure dans laquelle le destinataire de l'acte a éventuellement pu se fier à la légalité de celui-ci, ainsi que la Cour l'a expressément affirmé dans l'arrêt *Consortio cooperative d'Abruzzo c/ Commission* du 26 février 1987¹⁵⁴.

Souvent utilisé en combinaison avec d'autres principes, le principe de confiance légitime a une autonomie réelle en droit communautaire¹⁵⁵. Apparu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes avec l'arrêt *Algera* du 12 juillet 1957¹⁵⁶, qui évoque « *la sauvegarde de la confiance légitime dans la stabilité* » des situations juridiques, il a par la suite été formellement consacré dans un arrêt du 5 juin 1973, *Commission c/ Conseil*¹⁵⁷, confirmé par une décision du 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*¹⁵⁸. D'abord qualifié de « *principe faisant partie de l'ordre juridique de la Communauté* » dans l'arrêt *Töpfer* précité, il a été ensuite promu comme « *principe fondamental de la Communauté* » par la décision du 5 mai 1981, *Dürbeck*¹⁵⁹.

Le principe de confiance légitime a notamment trouvé un terrain de prédilection en matière de réglementation agricole, avec l'une de ses formulations les plus significatives à propos des montants compensatoires agricoles. La Cour a ainsi estimé qu'un opérateur peut avoir eu « *légitimement confiance que, pour des opérations irrévocablement engagées par lui parce qu'il a obtenu, sous caution, des certificats d'exportation comportant préfixation du montant de la restitution, aucune modification imprévisible n'interviendra qui aurait pour effet [...] de lui causer des pertes inévitables* »¹⁶⁰. Ce principe de confiance légitime s'applique également dans le contentieux de la fonction publique communautaire¹⁶¹, ou encore pour protéger les droits

152. CJCE, affaire 43/75, 8 avril 1976, *Mademoiselle Defrenne c/ Sabena*.

153. CJCE, affaire 4/79, affaire 109/79, affaire 145/79, trois arrêts du 15 octobre 1980, *Providence agricole de Champagne, Mâiseries de Beauce, Roquettes frères*.

154. CJCE, affaire 15/85, 26 février 1987, *Consortio Cooperative d'Abruzzo c/ Commission*.

155. Jean-Pierre Puissochet, *Mélanges Guy Braibant, op. cit.*

156. CJCE, affaire 7/56, 12 juillet 1957, *Algera c/ Assemblée commune de la CECA*.

157. CJCE, affaire 81/72, 5 juin 1973, *Commission contre Conseil*.

158. CJCE, affaire 112/77, 3 mai 1978, *Töpfer c/ Commission*.

159. CJCE, affaire 112/80, 5 mai 1981, *Dürbeck/ Hauptzollamt Frankfurt Am Main-Flughafen*.

160. CJCE, affaire 74/74, 14 mai 1975, *Comptoir national technique agricole (CNTA)*.

161. CJCE, affaire 289/81, 19 mai 1983, *Mavridis c/ Parlement*. La Cour limite les effets de l'annulation de l'une des opérations d'un concours afin de préserver les intérêts des candidats reçus au concours. En droit français, ce raisonnement n'est pas nécessaire puisque lorsque l'annulation d'un concours intervient, les nominations prononcées à l'issue du concours annulé sont devenues définitives.



acquis par les particuliers et ainsi encadrer les possibilités de retrait des décisions administratives individuelles ¹⁶².

2.1.2. *Devant la Cour européenne des droits de l'homme*

La Cour européenne des droits de l'homme a également consacré le principe de sécurité juridique comme « *inhérent au droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » depuis un arrêt du 13 juillet 1979 *Marckx* ¹⁶³. Il est également appliqué comme principe fondateur.

La Cour de Strasbourg insiste, en premier lieu, sur ***l'accessibilité du droit***. Les normes doivent obéir à des règles de publicité strictement définies que la Cour a eu l'occasion de préciser dans une décision du 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c/ France*, relative aux règles françaises alors applicables aux décisions de publication de classement des sites ¹⁶⁴.

Ainsi que l'a expressément rappelé la Cour par une décision du 28 mars 2000, *Baranowski c/ Pologne*, les exigences de clarté et de précision des normes sont inséparables de l'impératif de sécurité juridique ¹⁶⁵. La jurisprudence a notamment été définie dans le cadre de la qualité de la loi susceptible de fonder des limites reconnues nécessaires dans les sociétés démocratiques et des interrogations suscitées à cet égard par la « *Common Law* », dans une décision du 26 avril 1979, *Sunday Times* ¹⁶⁶.

Pour les règles relatives à la stabilité et la prévisibilité du droit, la Cour fait fréquemment le lien entre l'exigence de sécurité juridique et l'existence de délais de recours ¹⁶⁷. Elle limite la possibilité de rétroactivité des lois civiles aux hypothèses où celle-ci est justifiée par un intérêt public. Ainsi les lois de validation doivent-elles répondre à « *d'impérieux motifs d'intérêt général* », comme affirmé dans la décision *Zielinski* du 28 octobre 1999 ¹⁶⁸. Elle utilise enfin ce principe pour estimer que la limitation dans le temps des effets

162. CJCE, affaire 90/95, 17 avril 1997, *De Compte c/ Parlement*, pour le retrait, quelques semaines après son édicton, d'une décision individuelle favorable illégale mais présentant aux yeux de son destinataire toutes les apparences de la légalité.

163. CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*.

164. CEDH, 16 décembre 1992, *De Geouffre de la Pradelle c/ France* : la Cour de Strasbourg considère que les règles françaises organisant la publication des décisions de classement des sites créent « *un état d'insécurité juridique quant à la nature exacte du décret de classement et au mode de calcul du délai de recours* », que « *le système ne présentait pas une cohérence et une clarté suffisantes* » ce qui a empêché le requérant d'avoir un accès effectif au juge.

165. CEDH, 28 mars 2000, *Baranowski c/ Pologne*.

166. Par exemple CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*. Cet arrêt, comme beaucoup d'autres, montre que la Cour de Strasbourg retient de fait une conception relative des exigences de clarté et de précision : « *On ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé : la clarté de la loi ne se mesure ici qu'à la condition que l'intéressé se soit entouré "de conseils éclairés".* »

167. Par exemple CEDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c/ Danemark* : les autorités danoises étaient en droit de penser que l'institution de délais pour l'engagement d'une action en désaveu se justifiait par le souci de garantir la sécurité juridique et de protéger les intérêts de l'enfant.

168. CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzales e. a c/ France*.



rétroactifs d'une annulation contentieuse n'est pas contraire aux principes et règles de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et notamment à son article 6-1.

2.2. En droit constitutionnel

2.2.1. Vers un principe constitutionnel de sécurité juridique

La jurisprudence du Conseil constitutionnel est marquée, depuis plusieurs années, par une prise en compte croissante de l'exigence de sécurité juridique, sans que le principe soit pour autant, à ce stade, expressément consacré, si ce n'est sous la forme de la « *garantie des droits* ».

Le principe de sécurité juridique inspire des préoccupations essentielles relatives à la qualité de la loi et à la prévisibilité du droit, et comporte donc à la fois des dimensions statique et dynamique. Une partie de la doctrine qualifie le principe de « *clandestin* »¹⁶⁹, tout en souhaitant sa consécration explicite¹⁷⁰.

2.2.2. De nouvelles exigences relatives à la qualité de la loi

Le Conseil constitutionnel retient de nouvelles exigences sur la clarté de la loi, son intelligibilité, son accessibilité et sa portée normative.

Il considère depuis longtemps qu'une disposition claire et précise répond aux exigences de l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, comme rappelé dans la décision du 16 janvier 1982 relative aux nationalisations¹⁷¹, et qu'une disposition législative incompréhensible et inexplicable est entachée **d'incompétence négative**, ainsi qu'il l'a expressément affirmé dans une décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985¹⁷² à propos d'une disposition fiscale susceptible de deux interprétations différentes. Le législateur n'ayant pas pleinement exercé sa compétence, la disposition est alors censurée. Au regard de cet objectif, le Conseil constitutionnel a, par sa décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, censuré l'article 7 de la loi portant réforme de l'élection des sénateurs¹⁷³.

L'article 34 de la Constitution impose donc une exigence de clarté de la loi, soulignée par la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 portant sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail¹⁷⁴, confirmée

169. Bertrand Mathieu, *op. cit.*

170. Anne-Laure Valembos, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *op. cit.*

171. Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, relative à la loi de nationalisation.

172. Ainsi, dans la décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985 relative à la loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, le Conseil a jugé qu'une disposition fiscale susceptible de deux interprétations, entre lesquelles les travaux préparatoires ne permettaient pas de trancher, n'avait pas fixé les règles concernant l'assiette de l'impôt et était donc entachée d'incompétence négative.

173. Décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, loi portant réforme de l'élection des sénateurs.

174. Par exemple la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail. Ce principe a été défini dans la décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, loi de modernisation sociale.



dans une décision n° 99-707 DC du 14 janvier 1999 relative à la loi sur le mode d'élection des conseillers régionaux ¹⁷⁵.

Il n'est d'ailleurs pas toujours aisé de distinguer cette approche de l'incompétence négative : une disposition imprécise ou peu claire peut être sanctionnée en vertu de l'une comme de l'autre ¹⁷⁶.

Plus récemment, par une décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 ¹⁷⁷ relative à la codification par ordonnance, le Conseil constitutionnel a fondé sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 un **objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi**. Il a estimé que l'achèvement de la codification des textes répondait à cet objectif. Il a appliqué le même raisonnement, par une décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 ¹⁷⁸, à propos de la loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit par voie d'ordonnance.

Bien que la méconnaissance de cet objectif d'intelligibilité soit fréquemment invoquée, le Conseil constitutionnel admet cependant qu'une procédure puisse être complexe si les nouvelles règles sont énoncées de façon cohérente et précise, ainsi qu'il l'a précisé dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 relative à la loi sur l'informatique, les fichiers et les libertés, devenue la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 ¹⁷⁹. De même, il n'a pas censuré, dans sa décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, la loi n° 2005-32 du 18 juillet 2005 de programmation pour la cohésion sociale, loi pourtant éminemment complexe et pointilliste dans sa conception ¹⁸⁰.

En revanche, il vient de déclarer contraire à la Constitution, dans une décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, l'article 78 de la loi de finances pour 2006 relatif au plafonnement des « niches fiscales » en raison de son excessive complexité qu'aucun motif d'intérêt général suffisant ne justifiait en l'espèce.

175. Décision n° 99-407 DC du 14 janvier 1999, loi relative au mode d'élection des conseillers régionaux et des conseillers à l'Assemblée de Corse et au fonctionnement des conseils régionaux ou encore n° 99-423 DC, du 13 janvier 2000, loi relative à la réduction négociée du temps de travail.

176. Même si, comme le fait remarquer Anne-Laure Valembois (*op. cit.*, § 445) « *d'un point de vue logique, la règle de l'incompétence négative et le principe de clarté se recoupent certainement, mais pas parfaitement. Il est ainsi possible au législateur d'être clair, tout en restant en deçà de sa compétence ; inversement, lorsqu'il empiète sur le domaine réglementaire, le législateur peut rester parfaitement équivoque* ».

177. Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes.

178. Cf. la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, par laquelle le Conseil conforte une initiative législative destinée à favoriser la simplification du droit en la rattachant à l'objectif de clarté et d'intelligibilité du droit.

179. Décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, loi relative à la protection des personnes physiques, des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-77 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

180. Décision n° 2004-509 DC du 13 janvier 2005, loi de programmation pour la cohésion sociale.



Une complexité excessive ne permet pas la nécessaire « garantie des droits » résultant des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789¹⁸¹, concept qui n'est guère éloigné de celui de sécurité juridique. Si cette complexité intervient en matière fiscale, elle méconnaît l'article 14 de la même Déclaration¹⁸².

Seuls des motifs d'intérêt général suffisants, qui n'étaient pas réunis dans le cas d'espèce, pourraient éventuellement justifier la complexité de la loi.

Le Conseil constitutionnel a, enfin, durci ses exigences relatives à ***la normativité de la loi***. Alors que sa jurisprudence ne censurait pas une disposition législative sans portée normative au motif qu'elle était inopérante, elle les a ensuite expressément relevées, notamment dans deux décisions du 22 août 2002¹⁸³.

Le Conseil a enfin, par sa décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 sur la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales¹⁸⁴, annoncé son intention de censurer les « *neutrons législatifs* », c'est-à-dire les dispositions sans portée normative, au nom de l'exigence de sécurité juridique, ce qu'il a effectivement mis à exécution dans sa décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 relative à la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école.

Dans cette dernière décision, le Conseil a considéré « *qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi est l'expression de la volonté générale", et qu'il résulte de cette norme, comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi, que sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles de droit et doit par suite être revêtue d'une portée normative* ». Les dispositions dépourvues de portée normative sont désormais contraires à la Constitution.

2.2.3. *L'impératif de prévisibilité du droit*

L'impératif de prévisibilité du droit découle de l'article 2 du Code civil, dont la rédaction remonte à la loi du 5 mars 1803 : « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif.* » La non-rétroactivité de la loi constitue par conséquent un élément fondamental de la sécurité juridique.

181. Décision n° 2005-530 du 29 décembre 2005 relative à la loi de finances pour 2006.

182. Article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *Les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.* »

183. La décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 sur les rapports annexés à la loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, ou la décision n° 2002-461 DC du 22 août 2002 sur la loi d'orientation et de programmation pour la justice.

184. Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 concernant la loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales.



En droit français, **ce principe n'a cependant de valeur constitutionnelle qu'en matière répressive** : l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose en effet que « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit* ». Le Conseil constitutionnel s'est toutefois attaché à développer la portée de ce principe de non-rétroactivité de la loi.

S'agissant des dispositions fiscales, il a jugé, dans sa décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 1999 que « *le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; que néanmoins, si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* ». En se référant à la notion d'intérêt général suffisant, il exerce, *de facto*, un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte portée aux droits individuels par la rétroactivité et l'intérêt général invoqué.

La protection des contrats légalement conclus et la stabilité des situations contractuelles se rattachent à la prévisibilité du droit. Le Conseil constitutionnel énonce ainsi, dans sa décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998 sur la loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, que « *le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ¹⁸⁵ ». Il franchit une nouvelle étape dans sa décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 sur la loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi en considérant que « *le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ». Selon certains commentaires autorisés, « *la référence, non plus seulement à l'article 4, qui est le fondement de la liberté contractuelle, mais à l'article 16, qui est le fondement de l'exigence de sécurité juridique, montre bien que cette jurisprudence s'inscrit dans le cadre du courant inspiré par le principe de sécurité juridique* ¹⁸⁶ ».

En ce qui concerne les lois de validation, le Conseil constitutionnel a estimé à l'occasion de l'examen de la loi n° 80-573 du 25 juillet 1980 portant validation d'actes administratifs, qu'en cherchant à « *préserver le fonctionnement continu du service public et le déroulement normal des carrières du personnel* », le législateur était bien guidé par un motif d'intérêt général ¹⁸⁷. Par une décision

185. Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi.* »

186. Olivier Dutheillet de Lamothe, allocution prononcée à l'occasion du Séminaire franco-brésilien sur la sécurité juridique, Cour de cassation, 19 septembre 2005.

187. Décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980.



n° 99-422 DC du 22 décembre 1999, le Conseil exige un « *but d'intérêt général suffisant* » pour qu'une validation soit constitutionnelle¹⁸⁸, rapprochant ainsi sa position de celle de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁸⁹.

Là encore, il exerce *de facto* un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général invoqué et l'atteinte portée au droit au recours du justiciable. Depuis cette même décision, il fait en outre du caractère circonscrit de la validation une condition de sa constitutionnalité¹⁹⁰. Il a depuis lors eu l'occasion d'exercer ce contrôle de proportionnalité, notamment dans sa décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999 relative à deux dispositions de validation en matière fiscale¹⁹¹.

Par sa dernière décision n° 2005-531 DC du 29 décembre 2005 relative à la loi de finances rectificative pour 2005, il censure une validation législative figurant à l'article 111 au motif que cet article a pour principal objet, par la condition qu'il pose, de priver d'effet, pour la période antérieure au 1^{er} janvier 2001, un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes ainsi que la décision du Conseil d'État en tirant les conséquences. Il a dès lors considéré qu'il y avait atteinte au principe de la séparation des pouvoirs et a censuré pour ce motif sans examiner les motifs d'intérêt général inspirant cette disposition.

2.3. La position du Conseil d'État

2.3.1. Malgré l'absence de reconnaissance solennelle d'un principe de sécurité juridique, de nombreuses règles en sont issues

La sécurité juridique a inspiré de nombreuses exigences explicites du Conseil d'État, exprimées tant dans le cadre de ses attributions consultatives que juridictionnelles.

Dans le cadre de ses attributions consultatives, lors de l'examen des projets de loi, d'ordonnance et de décret qui lui sont soumis, ou dans les avis émis à la demande du Gouvernement, il applique des règles directement inspirées d'une exigence de sécurité juridique. Il en va ainsi du respect de la hiérarchie des normes, de la clarté des énoncés législatifs et réglementaires, de la simplicité

188. Décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, sur deux dispositions de validation en matière fiscale.

189. Décision *Zielinski* précitée du 28 octobre 1999 dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a estimé contraire à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme une disposition de validation législative dont le Conseil avait admis précédemment la constitutionnalité (décision n° 93-322 DC du 13 janvier 1994). Il ne pouvait y avoir selon elle d'« *ingérence du pouvoir législatif dans l'administration sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général* ». La divergence entre la CEDH et le Conseil constitutionnel était patente.

190. Le principe en avait déjà été énoncé dans la décision n° 95-363 DC du 11 janvier 1995, loi relative au financement de la vie politique : « *Le législateur [...] ne pouvait prendre de telles mesures qu'à condition de définir strictement leur portée qui détermine l'exercice du contrôle de la juridiction administrative.* »

191. Décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999 relative à la loi de finances rectificative pour 1999.



des dispositifs et des procédures, de la cohérence du corpus normatif, de l'aménagement des régimes transitoires, de la prohibition, sauf cas particulier et justification tirée de motifs impérieux d'intérêt général, des validations législatives.

Il a de plus largement participé à l'effort de codification entrepris notamment depuis 1989 afin de rendre le droit plus accessible et « *contribué à faire triompher l'idée, qu'on peut à certains égards considérer comme dépassée, mais qu'il ne faudra pas rejeter sans mettre en place toutes les garanties nécessaires en vue de préserver les prérogatives du Parlement et les intérêts du citoyen, de codification à droit constant* ¹⁹² ».

En ce qui concerne ses attributions juridictionnelles, de nombreuses règles de la jurisprudence s'inspirent de la sécurité juridique. Ainsi en est-il de l'interdiction pour une autorité administrative de retirer, au-delà d'un certain délai, les actes créateurs de droit, même lorsqu'ils sont illégaux, posée par la décision *Dame Cachet* du 3 novembre 1922 ¹⁹³, et du principe général de non-rétroactivité des actes administratifs rappelé par l'arrêt d'Assemblée du 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore* ¹⁹⁴.

La théorie des fonctionnaires de fait, dont les actes sont validés si leur nomination est annulée ¹⁹⁵, se rattache également à des considérations relatives à la sécurité juridique, et vise à tenir compte des situations dans lesquelles l'administré pouvait légitimement croire en un comportement déterminé de l'administration.

Il en va de même de la règle selon laquelle l'annulation d'un acte réglementaire reste sans effet sur les décisions individuelles créatrices de droit prises sur le fondement de cet acte et devenues définitives, faute d'avoir été contestées dans le délai de recours contentieux ¹⁹⁶.

C'est également une exigence de sécurité juridique qui inspire la possibilité que se réserve le juge de l'excès de pouvoir de ne pas prononcer une annulation, dans le cas où l'administration aurait pu prendre la même décision en se fondant sur les motifs non censurés ¹⁹⁷.

192. Jean-Michel Belorgey : « Sécurité juridique : le point de vue du juge administratif français », conférence prononcée à la Cour de cassation lors du Séminaire franco-brésilien sur la sécurité juridique, 19-21 septembre 2005.

193. CE, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*, rec. p. 790.

194. CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du Journal l'Aurore*, rec. p. 289, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e édition 2005, n° 682, p. 392.

195. CE, Ass., 2 novembre 1923, *Association de l'administration centrale des postes et télégraphes*, rec. p. 699.

196. CE, 3 décembre 1954, *Caussidery*, rec. p. 60 ; CE, Sect., 1^{er} avril 1960, *Sieur Quériauud*, rec. p. 245, conclusions de Jean-François Henry ; Guy Braibant, *Remarques sur l'efficacité des annulations de pouvoir*, Études et documents du Conseil d'État 1961, p. 53.

197. CE, Ass., 12 janvier 1968, *Ministre de l'économie et des finances c/ Dame Perrot*, aux conclusions du Président Kahn, rec. p. 39 ; *Actualité juridique droit administratif*, 1968, p. 179.



De nombreuses applications en plein contentieux attestent aussi de la volonté d'indemniser les atteintes portées aux situations individuelles par les comportements fautifs de l'administration, les renseignements inexacts fournis ou les promesses non tenues, lesquels peuvent engager la responsabilité de leur auteur.

Mais la jurisprudence n'admet qu'exceptionnellement le préjudice subi par un particulier du fait de la modification de la législation ou de la réglementation applicable. *En effet, nul n'a droit au maintien de la réglementation qui lui est appliquée.* Il en résulte que le préjudice doit être grave et spécial, et l'indemnisation ne doit pas avoir été exclue par le texte, ainsi que le rappelle la jurisprudence depuis la décision d'Assemblée du 14 janvier 1938, *SA La Fleurette* ¹⁹⁸.

Cette prise en compte de la sécurité juridique par la jurisprudence du Conseil d'État ne va cependant pas jusqu'à sa consécration explicite. Le juge administratif ne place pas l'exigence de sécurité juridique, et encore moins le principe de confiance légitime, au rang des principes généraux du droit. Il ne les a pas solennellement reconnus, à la différence de la Cour constitutionnelle allemande. Il ne les évoque jamais expressément, sauf pour les litiges relatifs à l'application de dispositions du droit communautaire, depuis une décision d'Assemblée du contentieux, en date du 25 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles* ¹⁹⁹.

À plusieurs reprises, cette approche a été confirmée, l'invocation du principe de sécurité juridique étant jugée « inopérante ²⁰⁰ ». Il a prononcé la cassation d'un jugement de tribunal administratif ayant statué au fond sur un moyen tiré de la violation du principe de confiance légitime, dans une décision du 9 mai 2001 *Entreprise personnelle Transports Freymuth* ²⁰¹.

Cette jurisprudence sera peut-être infléchie au regard de la consécration récente par le Conseil constitutionnel d'un principe de « garanties des droits », issu des dispositions de la Déclaration de 1789, finalement proche de la sécurité juridique. D'ores et déjà la complexité excessive conduit à l'annulation dans certaines hypothèses.

198. CE, Ass., 14 janvier 1938, *SA des produits laitiers « La Fleurette »*, rec. p. 25, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 15^e édition, 2005, n° 52, p. 319.

199. CE, Ass., 5 juillet 2001, *FNSEA*, rec. p. 340 : le Conseil d'État a alors jugé qu'est opérant le moyen tiré de l'atteinte au principe de confiance légitime lorsqu'il est invoqué au soutien d'un recours dirigé contre un décret modifiant le régime de soutien direct aux agriculteurs français dans le cadre tracé par les règlements régissant la PAC. Dans cette espèce, le Conseil a finalement écarté le moyen, en relevant que le Gouvernement avait publiquement fait part de son intention de modifier le régime de soutien aux agriculteurs et qu'il avait, en outre, consulté un organe consultatif au sein duquel siégeaient des représentants des organisations syndicales d'agriculteurs, rec. p. 340.

200. Par exemple CE, 30 décembre 1996, *M^{me} Brockly*, rec. p. 526, ou encore CE, 9 juillet 1997, *Office public communautaire d'habitations à loyer modéré de Saint-Priest, Union nationale des fédérations d'organismes d'HLM*, rec. p. 292, pour un moyen tiré de la méconnaissance du principe de sécurité juridique qualifié d'inopérant.

201. CE, 9 mai 2001, *Entreprise personnelle Transports Freymuth*, rec. p. 865.



En effet, si le juge administratif ne peut annuler un acte au motif qu'il est peu précis dès lors qu'il peut en préciser la portée, ainsi qu'il l'a confirmé dans une décision d'Assemblée du 5 mars 1999, *Rouquette et autres*²⁰², cette règle trouve exception lorsqu'il est entaché de contradictions internes le rendant inapplicable²⁰³, ou s'il est tellement imprécis qu'il ne permet pas de mettre en œuvre les dispositions législatives qu'il est censé appliquer²⁰⁴.

Enfin, l'intervention du juge administratif ne conforte pas toujours par ses effets la sécurité juridique et la stabilité des situations, en raison de la primauté du principe de légalité. Il en résulte que les annulations contentieuses ont par principe un effet « *ab initio* ».

De plus, les récentes évolutions de la jurisprudence administrative se caractérisent par une prise en compte grandissante des exigences découlant de la sécurité juridique.

2.3.2. Des évolutions jurisprudentielles marquées par l'exigence de sécurité juridique

Plusieurs décisions témoignent d'une prise en compte plus marquée encore de l'exigence de sécurité juridique.

Sur l'accessibilité, le Conseil d'État a, dès une décision du 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, jugé que « la mise à disposition et la diffusion de textes, décisions et documents juridiques dans des conditions adaptées à l'état des techniques, s'appliquant sans exclusive ni distinction, à l'ensemble de ces textes, décisions et documents et répondant aux exigences d'égalité d'accès, de neutralité et d'objectivité constitue par nature une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient à l'État de veiller²⁰⁵ ».

Les règles de retrait des actes administratifs illégaux sont maintenant clairement définies par l'arrêt d'Assemblée *Ternon* du 26 octobre 2001²⁰⁶. Sont ainsi indépendants les uns des autres les délais de retrait des décisions administratives et les délais de recours des tiers. « L'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits que dans un délai de quatre mois suivant la prise de décision », que l'acte ait ou non fait l'objet

202. CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, rec. p. 37.

203. CE, Sect., 7 mai 1965, *Blanc et Truchet*, conclusions de Jacques Rigaud, *Actualité juridique droit administratif*, 1965, p. 529.

204. CE, 12 juin 1998, *Fédération des aveugles et handicapés visuels de France*, *Revue française de droit administratif*, 1998, p. 901-903.

205. CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, rec. p. 491, *Actualité juridique droit administratif*, 1998, p. 363, conclusions de Jean-Denis Combrexelle.

206. CE, Ass., 26 octobre 2001, *Ternon*, rec. p. 497, aux conclusions de François Seners, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e édition, Dalloz 2005, n° 113, p. 860.



d'un recours. De plus, le Conseil d'État a élargi la catégorie des actes créateurs de droit aux décisions de caractère pécuniaire par une décision de Section du 6 novembre 2002, *M^{me} Soulier* ²⁰⁷.

La substitution de base légale ou de motif en cas de compétence liée permet d'éviter l'annulation. Le Conseil d'État en a récemment ouvert les possibilités, qu'il s'agisse de la substitution de base légale admise dans sa décision de Section du 3 décembre 2003, *Préfet de Seine-Maritime c/ El Bahri* ²⁰⁸, de la substitution de motifs en plein contentieux, par la décision de Section du 23 novembre 2001, *Compagnie nationale Air France* ²⁰⁹, ou encore en excès de pouvoir, par une décision de Section du 6 février 2004, *M^{me} Hallal* ²¹⁰.

Les effets dans le temps d'une annulation contentieuse peuvent, dans certaines hypothèses, être aménagés depuis l'arrêt d'Assemblée *Association AC ! et autres* du 11 mai 2004 ²¹¹. Il vient pour la première fois moduler ceux-ci, et déroger ainsi au principe de l'effet *ab initio* d'une annulation contentieuse.

Cette inflexion jurisprudentielle vise à mieux concilier le principe de légalité et l'exigence de sécurité juridique ²¹².

Saisi d'une demande d'annulation pour illégalité des arrêtés portant agrément, d'une part, d'avenants à la convention d'assurance-chômage du 1^{er} janvier 2001 et de ses actes annexés et, d'autre part, de la convention du 1^{er} janvier 2004 et de ses actes annexés, présentée par la Confédération générale du travail, le Conseil d'État a prononcé l'annulation de ces arrêtés, **avec une modulation dans le temps des effets de cette annulation**.

Les incertitudes quant aux droits des allocataires et des cotisants, ainsi que le danger de désorganisation du régime d'assurance-chômage qu'aurait entraîné la disparition rétroactive des actes agréés, ont conduit le juge à agir dans ce sens.

207. Le revirement de jurisprudence introduit par l'arrêt CE, Sect., 6 novembre 2002, *M^{me} Soulier*, rec. p. 369 : contrairement à la jurisprudence classique (cf. CE, Sect., 15 octobre 1976, *Buissière*, rec. p. 419) selon laquelle les décisions pécuniaires ne créaient aucun droit au profit des administrés en bénéficiant, le Conseil énonce qu'« une décision administrative accordant un avantage financier crée des droits au profit de son bénéficiaire alors même que l'administration avait l'obligation de refuser cet avantage ». La doctrine a pu relever que parmi les considérations qui ont conduit au revirement il y a « la confiance légitime, ou, en tout cas, la sécurité juridique. Ni l'une ni l'autre ne sont formulées comme principes de droit interne. Mais il faut bien reconnaître que, de manière générale, elles sous-tendent beaucoup de solutions » (*Revue française de droit administratif*, Pierre Delvolvé, août 2005).

208. CE, Sect., 3 décembre 2003, *Préfet de la Seine-Maritime c/ M. El Bahri*, aux conclusions de Jacques-Henri Stahl.

209. CE, Sect., 23 novembre 2001, *Compagnie nationale Air France*, aux conclusions d'Isabelle de Silva.

210. CE, Sect., 6 février 2004, *M^{me} Hallal*, aux conclusions d'Isabelle de Silva, *Actualité juridique droit administratif*, 2004, p. 436.

211. CE, Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres* aux conclusions de Christophe Devys, *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e édition, Dalloz 2005, n° 118, p. 912 ; Jacques-Henri Stahl et Anne Courrèges, *Revue française de droit administratif*, mai-juin 2004, p. 437-453 ; Jean-Claude Bonichot, « L'arrêt AC ! évolution ou révolution ? », *Actualité juridique droit administratif*, 24 mai 2004, p. 1049 ; Chronique de Claire Landais et Frédéric Lénica, *Actualité juridique droit administratif*, 14 juin 2004, p. 1183-1190 ; Nicolas Boulouis et Anne Courrèges, « Passé et avenir des annulations contentieuses », *La lettre de la justice administrative*, n° 4, juillet 2004.

212. Bertrand Mathieu, « Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'horloge », D. 2004, n° 23, p. 1604.



Il est notamment énoncé que s'il apparaît que l'effet rétroactif de l'annulation d'un acte administratif « est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives, en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur, que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets [...] », le juge administratif peut limiter les effets de l'annulation.

Ainsi qu'il a été rappelé lors du colloque du 12 janvier 2005 organisé par la Cour de cassation sur les revirements de jurisprudence ²¹³, cet arrêt ne concerne que les effets de l'annulation contentieuse d'un acte déterminé. Il ne fournit en revanche aucun élément d'appréciation pour définir le régime futur de l'application d'un revirement de jurisprudence.

Cette décision constitue la première exception au caractère rétroactif de l'annulation pour excès de pouvoir et permet de moduler dans le temps des effets d'une annulation contentieuse dans le sens de la stabilité de l'environnement juridique. Une seconde décision d'application de ce principe a d'ailleurs été prise par la Section du contentieux le 25 février 2005 à propos de *France Télécom* ²¹⁴.

Sur les effets des revirements, le Conseil d'État est resté, pour l'instant, fidèle à l'approche traditionnelle, ainsi qu'en atteste la décision du 14 juin 2004, *SCI Saint-Lazare* ²¹⁵.

Enfin, l'arrêt d'Assemblée du 8 juillet 2005, *Société Alusuisse Lonza France* ²¹⁶ fait prévaloir les effets de la prescription trentenaire prévue par le Code civil sur la législation des installations classées, non soumise à une règle de prescription, concernant les obligations de l'exploitant relatives à la remise en état d'un site. Il a par conséquent été jugé que lorsque plus de trente ans s'étaient écoulés depuis la date à laquelle la cessation d'activité avait été portée à la connaissance de l'administration, il ne pouvait incomber à l'entreprise la charge financière de la remise en état.

2.4. Les interrogations de la Cour de cassation

2.4.1. La prise en compte d'un principe de sécurité juridique

Qu'il s'agisse de la stabilité de la norme ou de l'accessibilité de la loi, les exigences du juge judiciaire sont proches de celles de la juridiction administrative.

S'agissant de la sécurité du procès, plusieurs règles se rattachent à la sécurité juridique : la nécessité pour le juge d'apprécier la demande en fonction du droit applicable au jour de cette demande ou au jour des faits qui la fon-

213. Intervention du Président Labetoulle, Compte rendu de ce colloque au JCP – Semaine juridique des administrations et collectivités territoriales, 7-14 février 2005, p. 355.

214. CE, Sect., 25 février 2005, *France Télécom*, rec. p. 86, *Actualité juridique droit administratif*, 16 mai 2005, p. 997-1002.

215. *Bulletin de Jurisprudence du Droit de l'Urbanisme*, 2004, 294, conclusions de François Seners, *Revue trimestrielle de droit immobilier* 2004, 462, note Soler Couteaux.

216. Conclusions de Mattias Guyomar, à paraître au recueil Lebon.



dent ²¹⁷, ou encore le principe de non-rétroactivité des actes normatifs dont il fait un usage étendu.

Se rattache également à l'exigence de sécurité juridique la règle de la jurisprudence civile prévoyant que lorsque la loi réduit la durée d'une prescription, la nouvelle prescription ne commence à courir qu'à compter de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder le délai prévu par la loi antérieure ²¹⁸.

De même, depuis l'arrêt *Zielinski* précité de la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence de la Cour de cassation est-elle plus exigeante à l'égard des validations législatives ²¹⁹.

La portée rétroactive de la loi s'est vue limitée et encadrée au regard notamment de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Enfin, l'impossibilité de remettre en cause les décisions de justice passées en force de chose jugée et devenues irrévocables du fait de l'expiration des voies de recours constitue l'une des manifestations de l'exigence de sécurité juridique ²²⁰.

2.4.2. *Les interrogations sur les effets des revirements de jurisprudence au regard de la sécurité juridique*

Le débat sur les revirements de jurisprudence est ancien : comment en effet concilier l'exigence de sécurité juridique et le fait d'être condamné pour avoir ignoré une obligation qui n'existait pas encore. Un article mémorable de Jean Rivero, paru à l'*Actualité juridique droit administratif* en 1968, avait mis en exergue, s'agissant du droit public, les difficultés de l'exercice ²²¹.

M. Christian Mouly, dans un rapport sur les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation ²²², proposait en 1994 de s'inspirer de la pratique anglo-saxonne du « *prospective overruling* » permettant dans certains cas, mais sans que cela revête un caractère systématique, d'étaler dans le temps les effets des revirements de jurisprudence, notamment lors de la suppression d'un avantage.

217. Cass., civ. 1^{re}, 25 novembre 1997 : « *Les éventuels manquements d'un notaire à ses obligations professionnelles ne peuvent s'apprécier qu'au regard du droit positif existant à l'époque de son intervention, sans que l'on puisse imputer à faute de n'avoir pas prévu une évolution ultérieure du droit.* »

218. Cass., civ. 1^{re}, 28 novembre 1973.

219. Cf. pour un arrêt récent Cass., Ass. plén., 23 janvier 2004.

220. Cass., Ass. plén., 21 décembre 1990 pour l'effet rétroactif des lois interprétatives ; Cass., Ass. plén., 2 février 1990 pour les dispositions transitoires déclarant la loi nouvelle applicable aux procédures en cours.

221. Jean Rivero, « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *Actualité juridique droit administratif*, 1968, Doctrine, p. 15 ; Pierre Voirin, « Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences », JCP. 1959. I. 1467, n° 3 et s.

222. Rapport sur les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation, *L'image doctrinale de la Cour de cassation*, La Documentation française, p. 123 ; « Le revirement pour l'avenir », JCP 1994. I. 3776 ; comp. Roubier, *Le droit transitoire*, 2^e édition, p. 26-29.



La « *Common Law* », le droit allemand et la Cour de justice des Communautés européennes, à titre exceptionnel, peuvent moduler dans le temps les effets d'une règle jurisprudentielle nouvelle. En même temps, l'idée prévaut que « *nul n'a droit acquis à une jurisprudence figée* ²²³ ».

En avril 2004, le Mouvement des entreprises françaises (MEDEF) est intervenu dans le débat en proposant de réformer les articles L. 131-3, R. 131-3 et R. 131-7 du Code de l'organisation judiciaire afin d'autoriser la chambre à laquelle est soumise une affaire à préciser l'application dans le temps de la décision rendue « *en tenant compte notamment des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, de la prévisibilité d'une règle pour les parties, des conséquences économiques de la décision ou encore du nombre de personnes potentiellement concernées* ».

M. Guy Canivet, Premier président de la Cour de cassation, a alors confié une réflexion sur ce sujet à un groupe de travail, composé de praticiens et d'universitaires, et présidé par M. Nicolas Molfessis, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II).

Déposées en novembre 2004, les conclusions de ce groupe font apparaître que les revirements de jurisprudence, rendus inévitables face aux changements de la société et de l'économie contemporaines, peuvent parfois s'avérer néfastes pour la sécurité juridique ²²⁴, ainsi qu'en atteste par exemple le revirement de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation sur l'impossibilité de prévoir des clauses de non-concurrence sans compensations financières, qui pose la question de la validité des contrats de travail antérieurement conclus.

« *Le revirement de jurisprudence a pour effet positif de donner une interprétation de la loi mieux adaptée au contexte économique et social, mais dans quelques rares situations, il peut aussi être facteur de désorganisation et de coûts* ²²⁵ ».

Le rapport évoque notamment les différentes techniques mises en œuvre au Royaume-Uni, aux États-Unis ou en Allemagne pour atténuer l'effet de surprise qui accompagne le revirement de jurisprudence ou pour limiter son effet rétroactif.

Il propose de permettre au juge, dans des hypothèses limitées et exceptionnelles, de moduler dans le temps les effets des revirements de jurisprudence qu'il opère, afin de prémunir les justiciables contre les conséquences de la rétroactivité du revirement.

223. *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000 592 et 666, 2002 176, les chroniques de Pierre-Yves Gautier, Nicolas Molfessis, Rémy Libchaber.

224. Par exemple, la Cour de cassation a décidé, par un arrêt du 7 octobre 1998, que le médecin, qui n'était tenu que d'une obligation de soins à l'égard de son patient, avait aussi le devoir de l'informer des risques, même exceptionnels, qu'il encourait, et a, par un arrêt du 9 octobre, appliqué cette règle nouvelle à des faits remontant à 1974.

225. MM. Guy Canivet et Nicolas Molfessis, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », *La semaine juridique Édition générale*, 15 décembre 2004, p. 2296.



Quant aux critères justifiant la modulation, « *il convient que la Cour de cassation elle-même mesure les conséquences de son éventuel revirement sur les anticipations légitimes des justiciables [...]. La Cour de cassation doit mettre en place une déontologie du revirement pour que son pouvoir ne s'exerce pas sans bornes et sans règles et pour que les intéressés à l'exercice de ce pouvoir puissent se faire entendre* ²²⁶ ».

Il s'agit donc de distinguer la grande majorité des arrêts de revirement dont la rétroactivité peut être maintenue des quelques-uns pour lesquels il serait prévu qu'ils ne valent que pour l'avenir. Ce dernier cas vise uniquement les arrêts qui emportent des conséquences négatives sur la sécurité juridique, ou ceux dont l'impact économique et social est trop important. Cette faculté de modulation devrait alors être réservée aux formations plénières de chambres, aux chambres mixtes et à l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

Dès le 8 juillet 2004 ²²⁷, la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait tempéré les effets d'un revirement de jurisprudence en s'appuyant sur l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Cette technique de la modulation a ensuite été utilisée par la chambre mixte de la Cour de cassation, après que l'ensemble des tiers intéressés (notaires, assureurs, ministères) ont pu faire connaître leur avis, dans plusieurs arrêts rendus le 23 novembre 2004 en matière d'assurance-vie ²²⁸.

La Cour de cassation reste cependant divisée sur le sujet : un arrêt de la chambre sociale du 17 décembre 2004 ²²⁹ rejette le moyen d'un pourvoi reprochant à un arrêt d'avoir annulé en raison de l'absence de contrepartie financière une clause de non-concurrence convenue en 1996 entre un salarié et un employeur, peu important qu'à cette époque la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation ne retint pas la nullité d'une telle clause en raison de l'absence de contrepartie. Cet arrêt considère que « *l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond à l'impérieuse nécessité d'assurer la sauvegarde et l'effectivité de la liberté fondamentale d'exercer une activité professionnelle* ».

Il reste dans la lignée de l'approche traditionnelle bien résumée dans un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation, en date du 9 octobre 2001 ²³⁰, à propos de l'obligation médicale d'information.

Cette notion « d'impérieuse nécessité » retenue par la chambre sociale n'est pas sans rappeler les « *impérieux motifs d'intérêt général* » retenus par la Cour européenne des droits de l'homme pour justifier la rétroactivité de la loi.

226. MM. Guy Canivet et Nicolas Molfessis, « Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir ? », *op. cit.*

227. Cass., civ. 2^e, 8 juillet 2004, Bull. civ. II, n° 387.

228. Cass., ch. mixte, 23 novembre 2004, D. 2004. IR. 3191-3192 ; JCP 2004. act. 624.

229. Cass., soc., 17 décembre 2004, D. 2005. IR. 110.

230. Cass., civ. 1^{re}, 9 octobre 2001, Bull. civ. I, n° 249 ; D. 2001. 3470 ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002.176.



Cette proposition suscite donc des controverses²³¹, certains l'estimant contraire à la prohibition des arrêts de règlement énoncée par l'article 5 du Code civil²³², et interdisant à l'autorité judiciaire, qui règle le passé, de disposer pour l'avenir, à l'inverse du législateur.

Ce débat est, en tout état de cause, révélateur d'une exigence croissante des juges à l'égard de la sécurité juridique.

Mais s'il peut fortement contribuer au respect de l'exigence de sécurité juridique, le juge ne peut y parvenir seul.

B. Quelles solutions ?

Le rythme de certaines réformes ne facilite guère le respect des dispositions de la Constitution du 4 octobre 1958 relatives au champ de compétence et aux modalités d'adoption de la loi.

Il n'encourage pas non plus le suivi des méthodes d'élaboration des textes pourtant prônées par les Premiers ministres successifs, à chaque alternance, si ce n'est à chaque changement de gouvernement.

Les exemples étrangers les plus pertinents tendent cependant à démontrer que des procédures rigoureuses figurent au nombre des conditions nécessaires à une amélioration effective de la qualité de la réglementation.

Restaurer la confiance du citoyen dans la loi appelle une stratégie déterminée des pouvoirs exécutif et législatif afin de revenir à la discipline de la Constitution et aux méthodes constamment prescrites, trop souvent méconnues, énoncées par les circulaires successives des Premiers ministres.

1. Donner toute leur portée aux procédures constitutionnelles d'ores et déjà en vigueur

1.1. La préparation d'une réforme : une responsabilité gouvernementale

La pertinence d'une réforme implique qu'une réflexion soit menée :
– d'abord **sur la nécessité** d'une nouvelle législation ou réglementation, au regard de l'objectif recherché et des autres actions publiques, normatives ou non, envisageables :

- . libre jeu des acteurs assorti de simples recommandations,
- . certifications privées par des entreprises ou des organismes professionnels,

231. Par exemple Vincent Heuzé, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence – une réaction entre indignation et incrédulité », *La semaine juridique Édition générale*, n° 14, 6 avril 2005.

232. Article 5 du Code civil : « Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises. »



- . code de bonne conduite négocié avec un secteur professionnel,
- . incitations financières et négociation de conventions entre les partenaires,
- . régulation par une autorité administrative indépendante ou autorégulation,
- . information ou communication ;
- ensuite sur ***l'impact potentiel*** de la législation ou de la réglementation envisagée apprécié au moyen :
 - . d'une analyse interministérielle et, pour les réformes les plus importantes, d'une contre-expertise,
 - . d'une écoute des milieux directement destinataires, restituée sous la forme d'une étude ou d'une synthèse publique.

L'insuffisance de cette réflexion, ***politique par essence***, même si elle est préparée par les administrations, « *figure parmi les causes de l'excès, ou ce qui revient au même, de la modification incessante des normes* ²³³ ». ***La décision politique, qui reste avant tout une décision d'opportunité***, ne peut être prise qu'au vu d'une évaluation précise de la situation actuelle et du bilan coûts-avantages, même sommaire, de chacune des options possibles.

À ne pas s'en aviser, ou à n'en tirer aucune conséquence, on risque de méconnaître la Constitution du 4 octobre 1958.

1.1.1. La Constitution méconnue

La Constitution du 4 octobre 1958 consacre son titre III au Gouvernement, juste après les deux premiers titres respectivement consacrés à la souveraineté et au Président de la République, et avant les dispositions relatives au Parlement.

Aux termes de l'article 20, « *le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation* [...] ²³⁴ ».

L'article 21 dispose que « *le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires* ²³⁵ ».

233. « Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires », La Documentation française, élaboré par le Premier ministre (Secrétariat général du Gouvernement) et le Conseil d'État, juin 2005.

234. Article 20 de la Constitution : « *Le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation. Il dispose de l'administration et de la force armée. Il est responsable devant le Parlement dans les conditions et suivant les procédures prévues aux articles 49 et 50.* »

235. Article 21 de la Constitution : « *Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la Défense nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires. Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres. Il supplée, le cas échéant, le Président de la République dans la présidence des conseils et comités prévus à l'article 15. Il peut, à titre exceptionnel, le suppléer pour la présidence d'un Conseil des ministres en vertu d'une délégation expresse et pour un ordre du jour déterminé.* »



Par ailleurs, l'article 39 de la Constitution confie *concurrentement au Premier ministre et aux membres du Parlement l'initiative des lois*, et dispose que les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres ²³⁶.

L'esprit comme la lettre de la Constitution du 4 octobre 1958 *veulent donc qu'une réforme soit délibérée par le Gouvernement* au sein du Conseil des ministres, dans des comités interministériels présidés par le Premier ministre, ou par un ou deux ministres auquel le Premier ministre aurait donné délégation, sur le modèle du Vice-Premier ministre en Espagne ou au sein des Conseils de Cabinet.

Le respect de cette méthode retenue au sein de démocraties comparables à la nôtre, constitue, semble-t-il, une condition essentielle de la réussite de la réforme.

Or, à de rares exceptions près, le débat autour d'une réforme s'est, aujourd'hui, déplacé du Conseil des ministres vers des réunions entre des conseillers de cabinets ministériels, s'exprimant au nom du ministre. Il a ainsi *changé de nature* pour se concentrer principalement sur des projets de texte, et non sur les axes essentiels d'une réforme et sur les modalités les plus adéquates de sa mise en œuvre, *parmi lesquelles la législation ou la réglementation ne constitue qu'une des options possibles*.

À titre d'exemple, peu de comités interministériels sur les questions européennes s'étaient réunis au cours des dernières années, alors même que le Secrétariat général du Comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne (SGCI) était censé en assurer le secrétariat général.

Le Premier ministre vient d'y remédier pour partie en instituant un Comité des ministres pour l'Europe, réuni pour la première fois le 20 juillet 2005, sous sa présidence. Cette première réunion a été consacrée aux deux propositions de directive, relatives respectivement aux « *services* » ²³⁷ et au « *temps de travail* », aux négociations commerciales multilatérales en cours au sein de l'Organisation mondiale du commerce, aux actions européennes relatives à la lutte contre le terrorisme et à la relance économique.

L'organisation même de ces réunions apporte la démonstration qu'un changement des méthodes de travail gouvernementales, salué en des termes

236. Article 39 de la Constitution : « *L'initiative des lois appartient concurrentement au Premier ministre et aux membres du Parlement. Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées. Les projets de loi de finances et de loi de financement de la sécurité sociale sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale. Sans préjudice du premier alinéa de l'article 44, les projets de loi ayant pour principal objet l'organisation des collectivités territoriales et les projets de loi relatifs aux instances représentatives des Français établis hors de France sont soumis en premier lieu au Sénat.* »

237. Dite directive Bolkestein.



révélateurs par le Président de la délégation pour les Affaires européennes du Sénat ²³⁸, est possible.

Dans cette ligne de conduite, le Gouvernement pourrait davantage se saisir de toute réforme législative ou réglementaire significative, sans que l'urgence des problèmes, les impératifs de la communication, de l'agenda, des mandats locaux ou des deux demi-journées consacrées aux questions du Parlement y fassent obstacle.

C'est à ce prix qu'une réforme peut acquérir la légitimité politique suffisante vis-à-vis du Parlement et des citoyens.

Comme le rappelait le 25 mars 2005 le Président Jean-Louis Debré, lors du colloque organisé à l'Assemblée nationale, et consacré à la réforme du travail législatif : « *Le désordre législatif est la conséquence directe du désordre politique. Il est la traduction concrète et immédiate de l'absence de hiérarchisation des priorités de l'action publique. Le Gouvernement d'abord doit comprendre que la fixation de l'ordre du jour prioritaire a pour but de déterminer les moyens législatifs nécessaires à la mise en œuvre d'objectifs politiques clairs, identifiables et limités [...]* » ²³⁹. »

Le principe de l'évaluation ne figure pas dans la Constitution, mais l'utilité des études d'impact est, de longue date, reconnue et consacrée par les circulaires successives du Premier ministre.

Le rapport Picq sur la réforme de l'État ²⁴⁰, rédigé en 1994, est le premier à suggérer la réalisation d'études d'impact préalables à l'élaboration de nouvelles législations ou réglementations. Cette proposition s'est traduite en recommandation explicite dans la circulaire du Premier ministre, en date du 26 juillet 1995, prescrivant, à compter du 1^{er} janvier 1996, la réalisation d'études d'impact pour les projets de loi et les projets de décret les plus importants.

La circulaire du Premier ministre du 21 novembre 1995 relative à l'expérimentation d'une étude d'impact accompagnant les projets de loi et les projets de décret en Conseil d'État prescrit une méthodologie. Il y est notamment expliqué que « *cette étude d'impact doit permettre au Parlement comme au Gouvernement de légiférer et réglementer à bon escient, en les éclairant mieux qu'ils ne le sont actuellement sur la portée et les incidences des projets qui leur sont soumis* ».

Elle est complétée par la circulaire du Premier ministre du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et projets de décret en Conseil d'État, à la suite du bilan dressé par le Conseil d'État en mars 1997 de l'appli-

238. Le président de la délégation pour les Affaires européennes du Sénat a salué cette initiative : « *Il semble que réunir chaque mois ce comité interministériel est une idée particulièrement intéressante. Il s'agit en fait de remettre de la politique dans les affaires européennes. Il est tout à fait clair que, trop souvent, en France, les questions européennes sont traitées presque exclusivement par les administrations, sans interférence véritable du politique.* » Compte rendu de la réunion de la Délégation pour l'Union européenne du Sénat du 5 octobre 2005.

239. Propos tenus au colloque sur la réforme du travail législatif, Assemblée nationale, 25 mars 2005.

240. Rapport Picq, « L'État en France. Servir une nation ouverte sur le monde », mai 1994.



cation de la circulaire du 21 novembre 1995 ²⁴¹, et concluant à une application peu satisfaisante de cette procédure.

Quatre ans après, le groupe de travail sur la qualité de la réglementation présidé par M. Dieudonné Mandelkern ²⁴² note que les études d'impact sont perçues comme une contrainte procédurale supplémentaire par les administrations et voient leur intérêt diminuer au fur et à mesure du décalage de l'étude, *réalisée in fine après l'élaboration des textes*. Elles viennent alors justifier *a posteriori* et de façon sommaire les arbitrages déjà rendus.

Rédigées la plupart du temps sans véritables moyens, en tout cas sans consultation formalisée et « restituée » des milieux intéressés sous forme par exemple de « livres verts » ou de « livres blancs », ne comportant presque jamais d'analyse des conséquences économiques de la nouvelle réglementation envisagée, ces études d'impact n'ont pas eu l'effet espéré de rationalisation des choix publics.

Les dispositions de la circulaire précitée prévoyant que le cabinet du Premier ministre et le Secrétariat général du Gouvernement n'accepteraient pas, « *sauf cas exceptionnel dûment justifié par une extrême urgence* », l'examen interministériel de projets de texte dépourvus de l'étude d'impact conforme aux exigences qu'elle prescrit ne paraissent pas avoir été appliquées.

La faculté ouverte au cabinet du Premier ministre de décider une contre-expertise, ou au Conseil d'État d'ajourner l'examen du texte auquel ne serait pas jointe une étude d'impact conforme, n'a pas davantage été invoquée.

Deux circulaires du Premier ministre, en date du 26 août 2003 et du 30 septembre 2003, relatives à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, introduisent une certaine souplesse dans le dispositif, en prévoyant notamment l'organisation, très en amont, de réunions interministérielles de programmation ayant pour objet de « *vérifier l'opportunité politique et la nécessité juridique* » des projets de loi et des projets de décret dont l'importance le justifie, d'« *étudier les alternatives à la réglementation* », et de « *décider s'il est nécessaire de procéder à une étude d'impact, la forme que celle-ci doit prendre et les conditions dans lesquelles elle doit être réalisée* ».

Elles prescrivent en outre la désignation dans chaque ministère d'un « *haut fonctionnaire en charge de la qualité de la réglementation* », et l'élaboration d'une *Charte de la qualité de la réglementation* détaillant les mesures prises.

Même si ces dernières circulaires se sont traduites par des progrès, notamment dans l'organisation des départements ministériels, elles n'ont, pas davantage que les précédentes, répondu aux espoirs placés en elles, en raison des délais trop courts impartis à la préparation des réformes.

241. Conseil d'État, Étude de la Section du rapport et des études : « Bilan de l'application de la circulaire du 21 novembre 1995 relative aux études d'impact », mars 1997.

242. Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation, présidé par Dieudonné Mandelkern, 2002.



Un nouveau rapport au Premier ministre, réalisé sous la direction de M. Bruno Lasserre, conseiller d'État ²⁴³, devait ultérieurement suggérer que toute proposition ministérielle susceptible de déboucher sur un texte normatif soit précédée, à tout le moins d'une étude d'options, le cas échéant suivie d'une étude d'impact.

L'étude d'options de quelques pages, réalisée par le ministère à l'origine du projet, devrait présenter les diverses possibilités d'action, parmi lesquelles **au moins une proposition non réglementaire**. L'exploration des différentes voies susceptibles de s'offrir au décideur, normatives ou non normatives, viendrait alors éclairer le choix de l'autorité politique.

Une telle étude des solutions alternatives appelle au préalable la définition claire et précise des objectifs poursuivis.

L'étude d'impact devrait, selon le rapport, être réservée aux réformes les plus importantes au regard **de la portée du texte, appréciée en termes d'enjeu financier – plus de 50 M€–, du nombre de destinataires directs – plus d'un million–, ou de l'importance des conséquences de la réforme pour un secteur économique et social ou une profession déterminés.**

Le rapport propose également de soumettre à étude d'impact, selon les mêmes critères, les propositions d'acte communautaire, sur le modèle du Royaume-Uni. Il suggère enfin que soit créé au Secrétariat général du Gouvernement un pôle de compétence ayant une mission de soutien méthodologique et de contrôle de la qualité pour la réalisation des études d'impact, sur le modèle de la « *Regulatory Impact Unit* » britannique.

Toutes ces propositions sont restées lettre morte.

La très grande majorité des projets de loi et de décret en Conseil d'État continue d'être précédée d'un simple exposé de motifs qui est en réalité une justification plus ou moins argumentée du texte par le service qui l'a rédigé.

On constate même une régression à cet égard : après être restées purement formelles, les études d'impact sont implicitement abandonnées.

Les circulaires venues depuis plus de trente ans rappeler les disciplines à respecter sur l'élaboration des textes n'ont donc guère réussi à enrayer l'accélération du rythme de fabrication des normes ni à en rationaliser l'exercice.

1.1.2. Les réussites étrangères les plus pertinentes

Plusieurs expériences étrangères réussies d'amélioration de la qualité du travail législatif et réglementaire ouvrent cependant de réelles perspectives d'action dans ce domaine.

243. Rapport au Premier ministre, Groupe de travail présidé par Bruno Lasserre, « Pour une meilleure qualité de la réglementation », La Documentation française, 2004.



Le Canada a lancé, en 1995, une réforme fondamentale de ses méthodes de travail gouvernementales sous l'impulsion de son Premier ministre, M. Jean Chrétien²⁴⁴. Sa situation était alors, de plus d'un point de vue, critique : taux de chômage élevé (6 %), services publics insuffisamment efficaces, concurrence libérale des États-Unis aux frontières, dette publique supérieure à 66 % du PIB, déficit budgétaire supérieur à 6 %.

La mise en œuvre du programme de réduction des déficits publics et de modernisation de l'activité de l'État, intitulé « *La Relève* », s'appuie sur une évaluation coûts-avantages de l'ensemble des interventions de l'État canadien, diligentée par ministère, sous le contrôle direct du Premier ministre, chaque ministre ayant personnellement la charge de proposer des solutions de redéploiement pour au moins 30 % des actions de son ministère.

Parallèlement, les modalités d'élaboration de tout projet de réforme sont précisées²⁴⁵ : toute décision de principe est désormais prise en comité interministériel, au regard d'une évaluation administrative et financière elle-même interministérielle. L'existence de l'évaluation constitue *la condition même de la recevabilité du dossier* en Comité des ministres.

Aucun ministre n'est donc habilité à annoncer une réforme avant la décision collégiale du Comité, présidé par le Premier ministre ou par un ministre délégué de façon permanente par lui. L'évaluation et la décision politiques collectives constituent le préalable indispensable à cette annonce. La rédaction des textes n'intervient elle-même qu'en fin de cycle, lorsque le Conseil des ministres (Cabinet plénier) a marqué son accord sur les principaux axes de la réforme et sur ses modalités de mise en œuvre.

Trois ans après l'initiative de la réforme, et à la suite de l'évaluation et du redéploiement des interventions de chacun des ministères, le budget est redevenu excédentaire. En 2000, deux fois moins de normes ont été promulguées qu'en 1984²⁴⁶.

En 1997, **le Royaume-Uni**, lors de l'arrivée au pouvoir du Premier ministre travailliste M. Tony Blair, s'est engagé dans une démarche comparable²⁴⁷.

Le Comité interministériel en charge de la réforme de la réglementation (*Panel for Regulatory Accountability*) est présidé alors par le Premier ministre. L'évaluation de la décision de principe sur la forme la plus appropriée d'action publique et la rédaction des textes sont centralisées auprès du Premier ministre, au sein de l'Unité d'impact de la réglementation (*Regulatory Impact Unit*) rattachée au *Cabinet Office*. Cette unité est relayée dans chaque ministère par des antennes, les « *Departmental Regulatory Impact Units* »²⁴⁸.

244. Sénat, Rapport d'information sur la réforme de l'État à l'étranger par Gérard Braun, 2001, p. 11.

245. Directive du Cabinet sur l'activité législative, mars 1999.

246. Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation au Canada, 2002.

247. Geoff Mulgan, « Lessons of power », *Prospect*, 21 mai 2005.

248. Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation au Royaume-Uni, 2002.



Un organisme consultatif indépendant, la Mission pour l'amélioration de la qualité de la réglementation (*Better Regulation Task Force*)²⁴⁹, est également mis en place par le Premier ministre en 1997. Il est chargé de conseiller le Gouvernement sur la réglementation et sa mise en œuvre au regard de cinq principes fondamentaux arrêtés par le chef du Gouvernement :

- **la transparence ou la simplicité** de la norme pour l'utilisateur ;
- **la responsabilité de l'auteur de la norme** devant l'exécutif, le Parlement, les utilisateurs et le public ;
- **la proportionnalité de la norme** au risque qui existerait en l'absence de celle-ci ;
- **la cohérence du dispositif normatif d'ensemble** afin d'écartier les risques éventuels de conflit de normes ;
- **le ciblage du projet** en vue de minimiser les effets collatéraux.

Les dix-neuf membres de cet organisme consultatif sont désignés par le ministre en charge du *Cabinet Office* : *issus principalement de la société civile*, ils sont chefs d'entreprise, consultants, syndicalistes, représentants du secteur public, de groupes d'intérêt professionnels et d'unions de consommateurs. Une partie des fonctionnaires de l'Unité d'impact de la réglementation est mise à sa disposition. Fonctionnant selon le principe du consensus, la Mission est libre de son programme de travail et de la définition de ses travaux d'évaluation des réglementations nouvelles ou existantes. Elle peut également faire porter ses propositions sur des programmes d'action publique et sur le fonctionnement des services publics.

Le Gouvernement doit répondre à ses propositions dans un délai maximum de soixante jours. La mission a remis récemment, le 16 mars 2005²⁵⁰, un rapport au Premier ministre appelant à un allègement des procédures administratives.

Comme au Canada, *la rédaction des textes est, en Grande-Bretagne, centralisée au service législatif du Gouvernement*²⁵¹. Composé d'une trentaine de juristes rattachés au ministère de la Justice, ce service a spécifiquement en charge la rédaction des textes et travaille en étroite concertation avec les équipes ministérielles intéressées.

Les règlements, en revanche, restent de la compétence des ministères.

Cette stratégie a permis de diminuer considérablement le nombre de textes adoptés. De nombreux programmes d'action publique, notamment à l'égard des plus défavorisés et des sans-abris, ont été mis en œuvre sans modification de la législation, ou avec des modifications minimales.

249. Devenue depuis janvier 2006 la « *Better Regulation Commission* ».

250. Rapport du *Better Regulation Task Force* au Premier ministre, « *Regulation-less is more* », 16 mars 2005.

251. Murielle Mauguin Helgeson, « L'élaboration parlementaire de la loi, Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni) », thèse présentée et soutenue le 7 décembre 2004, p. 45.



Qu'il s'agisse des textes nationaux ou des propositions de directive communautaire, les Britanniques procèdent à des études d'impact comportant quatre étapes :

- *l'évaluation initiale* des options, risques, coûts et avantages éventuels pour les catégories affectées, et des raisons pour lesquelles une option autre que la réglementation est jugée insuffisante ;
- *l'évaluation partielle* qui préfigure la structure fondamentale de l'évaluation intégrale, en fournissant une étude plus approfondie des risques, coûts et avantages éventuels pour les catégories qui seront les plus affectées. Elle accompagne nécessairement le document de consultation transmis aux milieux intéressés, avec souvent une lettre mettant en exergue les points essentiels de la proposition ;
- *l'évaluation intégrale* qui détaille tous les domaines couverts par l'analyse d'impact de la réglementation, notamment les conclusions de la procédure de consultation mise en œuvre ;
- *l'évaluation finale nécessairement approuvée et signée par le ministre compétent*. Elle est actualisée au fur et à mesure de l'évolution de la négociation.

Toute soumission de proposition de texte communautaire au Parlement britannique est accompagnée de l'évaluation partielle ou intégrale.

Ces évaluations se fondent en partie sur les consultations préalables obligatoires dans les conditions déterminées par un « *Code of practice on consultation* », publié par le *Cabinet Office* en janvier 2004. Ce texte crée, à l'intention des fonctionnaires qui préparent une norme, *une obligation de consultation publique, des contraintes précises de délai, de durée et de restitution des résultats*. Pour tout projet de texte, cette consultation ne peut être inférieure à douze semaines. L'administration est en outre tenue d'expliquer comment elle modifie sa proposition en fonction des avis recueillis.

D'après le recensement opéré chaque année, le Code est aujourd'hui appliqué par 76 % des ministères et des agences ²⁵².

Les résultats de la consultation sont examinés par le Parlement lors de l'examen des projets de loi, ainsi que l'a décidé en octobre 2004 la Commission spéciale de la Chambre des Lords chargée de réfléchir à l'amélioration de la procédure législative.

Les réformes du Gouvernement peuvent être suivies « *en ligne* » par les citoyens britanniques sur les sites « *Policy hub* » ²⁵³ et « *Strategy unit* » ²⁵⁴. Le second, notamment, offre un accès particulièrement large aux réformes en cours.

Enfin, les dernières propositions de la « *Better Regulation Task Force* », présentées le 16 mars 2005, recommandent au Premier ministre de réduire le stock de la réglementation et d'alléger les procédures administratives en résul-

252. *Cabinet office*, Rapport annuel, « *Code of Practice on Consultation Assessment of Performance : 2004* », 2004.

253. www.policyhub.gov.uk

254. www.strategyunit.gov.uk



tant, dont le coût est estimé à 10 % du PIB, le tiers en étant supporté par les opérateurs économiques.

Elles suggèrent également une logique d'équilibre des flux et l'abrogation de dispositions normatives d'un volume équivalent à chaque nouveau projet de réglementation.

Sur la méthode, cette commission propose :

- de retenir le modèle de calcul du coût total de la réglementation adopté aux États-Unis et aux Pays-Bas, c'est-à-dire incluant également le coût administratif résultant de l'élaboration de la norme et du contrôle de son application, et les coûts économiques directs ou indirects ;
- d'organiser un mécanisme de collecte des propositions de réforme émanant des entreprises ;
- d'élaborer dans chaque ministère un programme de simplification construit à partir de l'évaluation systématique des principales réglementations relevant de son champ de compétence ;
- d'inclure cette approche dans chaque évaluation d'impact, avec examen systématique des mesures de simplification compensatoires envisageables.

Elle insiste donc sur la nécessité de calculer les coûts de la réglementation sur la base des coûts cumulatifs : coût de son élaboration, coût du contrôle de son respect, coût supporté par les destinataires, et d'imposer à chaque ministère un coût réglementaire maximal, fixé annuellement, sur le modèle des États-Unis.

L'intégralité de ces propositions a été reprise par le Gouvernement britannique.

Dans le même esprit, et toujours pour le Royaume-Uni, il convient de mentionner le Rapport Hampton « *Réduire le fardeau administratif : des contrôles et des sanctions efficaces* ²⁵⁵ ». Centré sur le contrôle du respect de la réglementation, il passe en revue les obligations imposées par les diverses autorités de régulation aux entreprises. La proposition principale de ce rapport est d'évaluer de façon systématique, par secteur d'activité, par région, voire par entreprise, le risque d'inflation de la réglementation, avant de recourir à des procédures d'inspection ou de contrôle. La mise en œuvre de ce principe conduirait à réduire d'un tiers le nombre d'inspections, tout en améliorant leur efficacité, et de 25 % le nombre de formulaires adressés par les autorités de contrôle aux entreprises. Le rapport propose également une fusion de certaines autorités de régulation pour ramener leur nombre de 63 à 39.

Là encore, le Gouvernement a accepté les principales recommandations du rapport, et s'est engagé à réduire le nombre d'autorités de régulation dans les proportions proposées, soit environ de moitié. Dans cet objectif, il a mis en place, en mai 2005, une direction de la qualité de la réglementation (« *Better Regulation Executive* ») chargée de mettre en œuvre les engagements pris à la suite de ces deux rapports.

255. HM Treasury, Rapport Hampton, « Reducing administrative burdens : effective inspection and enforcement », mars 2005.



Aux États-Unis, les deux principales initiatives d'amélioration de la qualité de la réglementation sont prises par le Président lui-même, Ronald Reagan en 1981 et Bill Clinton en 1996 ²⁵⁶.

En 1981, l'équipe spéciale du Président sur la simplification de la réglementation (« *Presidential Taskforce on Regulatory Relief* ») est présidée par le Vice-président des États-Unis et composée des ministres. Elle définit un programme d'allègement de la réglementation, ainsi que les éléments devant figurer dans les études d'impact préalables à toute réforme, rendues obligatoires par un décret du Président.

L'examen formel des réglementations relève d'un comité des ministres placé sous l'autorité du Vice-président.

Dès le début de sa présidence, en 1993, Bill Clinton s'attache à renforcer ces mécanismes, en lançant l'« Examen national de la performance » (« *National Performance Review* »), sous l'autorité du Vice-président, avec la mise en œuvre d'une méthode de gouvernement axée sur les résultats. Là encore, l'obligation est édictée par un texte solennel : la « loi sur les performances et les résultats de l'administration » (« *Government Performance and Results Act* »).

Cette loi crée l'obligation, pour chaque département ministériel, de **présenter** au Congrès un **plan stratégique** retraçant notamment la mission assignée, les buts et objectifs de long terme, les moyens déployés pour les atteindre, et les principales difficultés de gestion rencontrées.

Deux ans plus tard, en 1995, un décret du Président des États-Unis impose aux ministres de procéder à un examen approfondi de l'ensemble des réglementations en vue de supprimer 16 000 des 140 000 pages que comportait alors le Code des réglementations fédérales, soit plus de 10 % de son contenu.

La loi sur les responsabilités extrabudgétaires (« *Unfunded Mandates Reform Act* ») confère aux études d'impact une portée accrue en imposant au Gouvernement fédéral, non seulement d'évaluer les coûts et les avantages prévisibles pour les réformes les plus importantes, mais encore de trouver les financements si les coûts incombent aux États fédérés, aux collectivités locales ou aux autorités tribales.

Enfin, la loi sur les performances et résultats de l'administration est amendée pour renforcer les moyens de l'« *Office of Management and Budget* » (OMB) et impose au Comité interministériel (« *Office of Information and Regulatory Policy* » (OIRA) ²⁵⁷ la réduction de l'ensemble des formalités administratives.

En 1996, le Président des États-Unis fait adopter le « *Small Business Regulatory Enforcement Act* », loi sur l'impartialité de l'application de la réglementation aux petites entreprises, qui renforce l'obligation de prise en compte des contraintes des petites et moyennes entreprises dans toutes les réglementations édictées.

256. Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation aux États-Unis, 2003, p. 7.

257. *Ibid.*, p. 11.



La même année est votée *la loi instituant un contrôle de l'ensemble de la réglementation par le Congrès* : les réglementations les plus importantes ne peuvent entrer en vigueur que soixante jours après leur achèvement. Le Congrès peut, pendant ce délai, procéder à leur examen et éventuellement les annuler.

Enfin, une loi votée en 1997 impose à l'« *Office of Management and Budget* » de communiquer au Congrès des estimations de l'ensemble des coûts et avantages annuels des réglementations fédérales et de formuler des recommandations concernant les améliorations possibles.

Il en va de même **en Allemagne** : le processus d'élaboration de la législation y est caractérisé par des consultations informelles très en amont et par l'échange d'un volume d'informations considérable avec les milieux intéressés, les universitaires, les groupes d'intérêt constitués, les *Länder* et les autorités locales.

Des commissions préparatoires ont été désignées préalablement à de grandes réformes, comme la « Commission Hartz » pour les propositions sur la réforme du marché du travail, ou la « Commission Rürup » pour la réforme du secteur de la santé et des retraites ²⁵⁸. Ces commissions visent à susciter le plus large consensus possible sur des réformes d'ampleur.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale considère en outre que l'évaluation des effets de la législation relève de la protection des droits fondamentaux de la personne. Elle impose désormais au législateur de corriger et amender ses textes si les prévisions sur lesquelles ces derniers se sont fondés s'avèrent inexacts ²⁵⁹. Dans son arrêt sur l'interruption volontaire de grossesse, rendu en 1993, elle a prescrit que soient rassemblées « *les données nécessaires à l'évaluation des effets produits par une loi* ²⁶⁰ ».

L'Allemagne consacre d'ores et déjà des efforts considérables au réexamen de la législation en vigueur. Au cours des dix dernières années, de nombreuses lois ont été abrogées, soit 165 en 2001, et 142 en 2002 ²⁶¹.

Plusieurs *Länder* utilisent une technique proche de « refonte » du droit. Elle consiste à réunir dans un seul texte, pour un secteur, toutes les normes maintenues en vigueur, les autres étant censées être abrogées.

L'une des stratégies les plus originales a été développée aux **Pays-Bas** par la création en 2000 d'une agence indépendante de neuf membres, le Comité consultatif d'évaluation des coûts administratifs ²⁶² (« *Advisory Committee on the Testing of Administrative Burdens* »), disposant d'un pouvoir d'analyse et de proposition sur les projets de texte. La mise en œuvre de ses recommandations dans le domaine fiscal aurait permis une économie de 600 M€. L'agence

258. Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation en Allemagne, 2004, p. 24.

259. Cour constitutionnelle allemande, *Kalkar*, 1978, BVerGE, 49, 89.

260. Cour constitutionnelle allemande, arrêt sur l'interruption volontaire de grossesse, 1993, BVerGE, 88, 203.

261. Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation en Allemagne, 2004, p. 50.

262. Banque mondiale, Rapport Doing Business, « Understanding Regulation », p. 18.



s'est engagée à réduire de 25 % le fardeau administratif en quatre ans. Le Gouvernement en escompte un accroissement du PIB potentiel de 1,5 % sur quinze ans.

Il convient également de mentionner les évaluations « coûts-bénéfices » réalisées par le **Danemark**²⁶³ : elles conduisent à éliminer 40 % des projets de réglementation. Elles font d'ailleurs suite à un programme développé en 1996, relatif à la création d'entreprises, et consistant à « dématérialiser » l'ensemble des démarches et à supprimer tous les frais pesant sur le créateur.

L'Espagne a engagé une réforme fondamentale de ses méthodes de travail gouvernementales, inscrite dans la loi n° 50-1997 du 27 novembre 1997 relative au Gouvernement, « *ley del Gobierno* », notamment ses articles 22.2 et 24.1b.

En application de ce texte, tous les projets de loi et de règlement doivent être accompagnés d'une analyse sur la nécessité et l'opportunité de la mesure, complétée par une présentation économique contenant une estimation des coûts et les évaluations complémentaires jugées indispensables. Pour les lois et les décrets royaux, les autorités réglementaires peuvent utiliser un questionnaire d'évaluation. Les citoyens et les entreprises dont les intérêts seront affectés par la réglementation en préparation doivent être obligatoirement consultés.

Tout projet de loi soumis à l'examen des ministres doit comporter de façon obligatoire, outre le texte et son préambule :

- un rapport sur la nécessité et l'opportunité de la réglementation ;
- un mémorandum économique sur les coûts futurs de la mesure ;
- une appréciation écrite sur le processus de consultation, justifiant le mécanisme utilisé ou expliquant les raisons pour lesquelles il n'y a pas eu de consultation ;
- l'avis du Conseil d'État ;
- l'autorisation du ministère en charge de l'Administration publique si la proposition a des incidences sur la répartition des compétences entre l'État et les régions autonomes, contient des procédures administratives ou comporte des effets sur la gestion des ressources humaines de l'administration ;
- le questionnaire d'évaluation des projets normatifs²⁶⁴, transmis à titre consultatif.

S'inspirant de ces réformes, **la Commission européenne** vient de décider de :

- généraliser la pratique des études d'impact, y compris pour les amendements apportés par le Conseil et le Parlement aux propositions de la Commission ;
- relancer la simplification et la codification de l'« acquis communautaire » ;
- renforcer les procédures de consultations préalables ;

263. *Ibid.*, p. 17.

264. Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation en Espagne, 2000, p. 20-30.



– développer une méthodologie de mesure des coûts administratifs compatible avec celle des États membres ayant entrepris une démarche similaire.

Sans doute la transposition d'expériences étrangères appelle-t-elle toujours d'importants efforts d'adaptation. On peut néanmoins considérer comme des éléments clefs des démarches qui viennent d'être décrites et de leur réussite :

- *le niveau des autorités impliquées dans le lancement de ces démarches et, en période de croisière, dans leur suivi ;*
- *la place, dans la hiérarchie des normes, des actes juridiques pris pour mettre à la charge des autorités publiques des obligations contraignantes.*

C'est ce que mentionne d'ailleurs l'un des experts de l'OCDE sur les actions d'amélioration de la qualité de la réglementation : « *Elles nécessitent de définir les objectifs politiques de la réforme, en maximisant le soutien politique entériné au plus haut niveau du Gouvernement. Si possible, une norme de haute portée juridique doit ensuite s'imposer aux responsables de la réglementation* ²⁶⁵. »

Il n'est pas exclu que les déconvenues rencontrées en France aient pour origine le caractère insuffisamment contraignant des règles édictées.

1.1.3. Pour reprendre la main : vers une loi organique ?

Il est donc aujourd'hui nécessaire de s'interroger sur l'opportunité de recourir à un instrument juridique de rang plus élevé dans la hiérarchie des normes que la circulaire et tendant à fixer quelques obligations de procédure, en particulier à subordonner le dépôt d'un projet de loi devant les Assemblées à ce qu'il soit assorti d'une évaluation préalable de l'impact de la réforme.

Ces règles pourraient figurer dans une loi organique, prise sur le fondement d'un alinéa ajouté à l'article 39 de la Constitution en vue d'organiser la procédure d'élaboration et de dépôt des projets de loi devant le Parlement. La prochaine réforme constitutionnelle annoncée par le Président de la République pour l'inscription dans la Constitution de l'abolition de la peine de mort pourrait offrir l'occasion de cette modification.

La même loi organique pourrait également prévoir, sur le fondement des articles 41, 45 et 48 de la Constitution, quelques dispositions relatives à la procédure législative : organisation d'une procédure simplifiée d'adoption des textes pour les projets de loi de transposition et les projets de loi portant codification, règles plus strictes sur les amendements, d'une part, dispositions visant à renforcer le contrôle du Parlement sur l'application des lois, d'autre part.

265. Stéphane Jacobzone, administrateur OCDE, Programme pour la réforme réglementaire : « Un aperçu des politiques d'amélioration de la qualité réglementaire au niveau international », *L'ENA hors les murs*, n° 338, janvier-février 2004, p. 25.



Cette approche constitutive d'un nouveau « *droit de la forme* » ou « *droit des techniques d'élaboration du droit* » répond à une demande des opérateurs économiques ²⁶⁶.

L'évaluation requise pourrait revêtir, comme le proposait l'étude précitée du Conseil d'État sur ce sujet, soit la forme *d'une étude d'options* pour les textes les plus simples, soit celle *d'une étude d'impact* pour les textes dont les enjeux sont lourds au regard de critères matériels dont la définition relève de choix politiques à définir dans la loi organique : coût, nombre de destinataires directs, impact sur un secteur ou une profession. Elle pourrait s'appliquer aux projets de loi et aux projets d'ordonnance.

L'étude d'impact devrait notamment faire apparaître :

- les raisons du choix d'une stratégie normative plutôt que d'une autre stratégie ;
- les effets attendus du projet de texte en termes de modification de la situation du secteur concerné ;
- les conditions d'insertion de ce projet dans le corpus normatif pré-existant et comment est assuré le respect des articles 34 et 37 de la Constitution ;
- qu'il a été procédé à toutes les consultations utiles avec les milieux intéressés, soit dans le cadre du Conseil économique et social, soit dans le cadre des instances consultatives appropriées ou par d'autres voies, et quel a été le résultat de la concertation ainsi diligentée ;
- lorsque la complexité des enjeux de la réforme entreprise le justifie, qu'il a été procédé, par-delà la concertation interministérielle et avec les principaux destinataires du texte en projet, à une contre-expertise par un pôle de compétence rattaché au Premier ministre qui pourrait être le Centre d'analyse stratégique, issu de l'ancien Commissariat du Plan.

Il ne pourrait être dérogé à cette règle de recevabilité qu'*en cas d'urgence dûment démontrée*.

L'évaluation préalable formalisée deviendrait donc, comme dans l'ensemble des pays dont l'expérience a été retracée, un élément de la régularité de la procédure.

En même temps que ce nouveau droit de l'élaboration des textes, il conviendrait de mettre en place des règles propres à renforcer *l'articulation de la norme communautaire et de la norme nationale*.

L'élaboration de tout projet de loi doit être précédée d'une étude attentive du droit international, européen et communautaire applicable.

Cela implique également que certaines normes supranationales, essentiellement les directives communautaires et les décisions-cadres, soient transposées avant la date limite fixée par celles-ci, notamment en vue de modifier les dispositions législatives ou réglementaires qui seraient en contradiction avec elles.

266. Séminaire de la Cour de cassation « Risques, assurances, responsabilités » du 25 mars 2003 ; *Le Figaro*, 16 janvier 2006, p. 10 : « Les réalités de l'inflation législative » ; Discours de Mme Laurence Parisot lors de la dernière assemblée générale du MEDEF, *Le Figaro*, 19 janvier 2006, p. 20.



Pour que cette double contrainte ne soit pas intolérable, il serait souhaitable que les intérêts que la France souhaite faire prévaloir soient suffisamment pris en compte lors de la phase de négociation des traités ou conventions ou du droit européen dérivé.

Une circulaire du Premier ministre, en date du 9 novembre 1998, relative au suivi de la transposition des directives en droit interne a prescrit aux ministres de porter attention, dès le stade de la négociation, aux effets des projets de directive communautaire sur le droit national. Elle confie au Secrétariat général du comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne (SGCI), aujourd'hui Secrétariat général des affaires européennes (SGAE), le soin de demander à chacun des ministères intéressés de fournir, dans le délai d'un mois à partir de la communication de la proposition de directive, la liste des textes de droit interne dont l'élaboration ou la modification seront nécessaires en cas d'adoption de celle-ci.

Rendue obligatoire, l'étude d'impact juridique comprend un avis sur l'opportunité du texte européen en projet, un tableau comparatif des dispositions communautaires et nationales et si possible une note de droit comparé. Elle doit identifier les difficultés soulevées par la transposition en droit interne de la proposition de directive.

Cette circulaire prescrit en outre que l'étude d'impact soit adaptée en fonction de l'évolution de la proposition de directive afin d'éclairer la négociation elle-même et de faciliter, ultérieurement, la transposition.

Cette circulaire n'a été que très inégalement, voire très partiellement respectée.

Une deuxième circulaire du Premier ministre, en date du 27 septembre 2004, relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et des décisions-cadres négociées au sein des institutions européennes, insiste à nouveau sur la nécessité de réaliser des études d'impact le plus en amont possible afin de définir les positions de négociation de la France en connaissance de cause et de préparer la transposition. Jugée particulièrement nécessaire du fait de l'intervention croissante de l'Union européenne dans des domaines nouveaux, notamment ceux touchant à l'exercice des libertés publiques, cette étude doit être réalisée selon les modalités prescrites dans une annexe de la directive.

Une troisième circulaire du Premier ministre, en date du 22 novembre 2005, relative à l'application de l'article 88-4 de la Constitution, insiste de nouveau sur cette évaluation préalable et sur l'importance de la fiche d'impact juridique simplifiée prévue par la circulaire du 27 septembre 2004 relative à la procédure de transposition en droit interne des directives et décisions-cadres négociées dans le cadre des institutions européennes.

L'application très inégale de ces prescriptions justifie là encore leur reprise par un texte plus contraignant.

Le recours à une démarche d'évaluation d'impact en vue de préparer et d'accompagner *l'ensemble des négociations internationales* permettrait de tenir compte à la fois de la variété des domaines, et des conséquences susceptibles d'en résulter pour des pans entiers de la législation ou de la réglementation.



1.2. Le vote de la réforme : la procédure parlementaire

Là encore les compétences respectives organisées par les articles 34 et 37 de la Constitution sur le partage entre loi et règlement, les procédures préalables prescrites par l'article 39, enfin l'irrecevabilité prévue par l'article 41 pour les amendements relevant du domaine réglementaire, devraient être plus scrupuleusement respectées tant par le Gouvernement que par les deux Assemblées.

1.2.1. Respecter les articles 34 et 37 de la Constitution

« *La révolution était possible, la révolution n'a pas eu lieu* »²⁶⁷ : telle était, en effet, la conclusion en 1978 du professeur Jean Rivero, en guise de bilan de vingt ans d'application des articles 34 et 37 de la Constitution de 1958.

Pendant une longue période, le Conseil constitutionnel a en effet refusé de censurer les empiétements du pouvoir législatif sur le domaine réglementaire, au titre de l'article 61 de la Constitution²⁶⁸. De plus, sa jurisprudence sur l'incompétence négative²⁶⁹ a autorisé l'extension par le législateur de son champ de compétence.

Sa décision du 21 avril 2005 relative à la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école, constatant que certaines dispositions sont de nature réglementaire, devrait conduire à une régression de cette pratique, y compris quand elle est imputable aux amendements gouvernementaux.

En dépit de la vigilance du Conseil d'État, on observe, de fait, une méconnaissance persistante de la répartition prescrite par les articles 34 et 37 de la Constitution, au détriment du pouvoir réglementaire.

La volonté de tout inscrire dans la loi, outre qu'elle n'est pas conforme à la Constitution, conduit *in fine* à un résultat inverse de celui qui était recherché : la surcharge du Parlement, puis sa dépossession. Elle rend inévitable, d'abord, de fréquents retours sur le texte, à des échéances rapprochées. L'encombrement de l'ordre du jour du Parlement qui en résulte provoque ensuite, comme cela a déjà été exposé, un recours plus fréquent à la procédure des ordonnances. Il y a donc là un engrenage, en partie lié à la méconnaissance du partage loi-règlement, ainsi qu'à l'usage exagérément modéré de la procédure de déclassement ouverte au Gouvernement par l'article 37 alinéa 2 de la Constitution en cas d'empiétements antérieurs du législateur sur le domaine réglementaire.

Les plus hautes autorités de l'État dénoncent cette dérive.

Le Président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, déclarait lors de la cérémonie de vœux le 3 janvier 2005 : « *Il faut désormais lutter plus activement contre les intrusions de la loi dans le domaine réglementaire. C'est une de mes convictions les plus profondes et j'agirai en ce sens jusqu'à la fin de mon mandat en mars 2007.* »

267. Jean Rivero, Rapport de synthèse, « Vingt ans d'application de la Constitution de 1958 : le domaine de la loi et du règlement », *PUAM*, 1978, p. 262.

268. Décision n° 82-43 DC du 30 juillet 1982, « *Prix et revenus* ».

269. Décision n° 67-31 DC du 26 janvier 1967, « *Indépendance des magistrats* ».



Le Président de l'Assemblée nationale, M. Jean-Louis Debré, s'est également exprimé sur ce sujet et a déposé, le 5 octobre 2004, une proposition de loi constitutionnelle sur le bureau de l'Assemblée, afin d'« introduire une pratique nouvelle et plus respectueuse, de la part du Gouvernement, de la séparation des domaines de la loi et du règlement ».

Cette pratique doit répondre à une double exigence d'adaptation aux réalités de la société et de lisibilité des textes. Ainsi, par exemple, des domaines nouveaux n'ont pas été prévus par l'article 34 de la Constitution. Les autorités administratives indépendantes n'existaient pas en 1958. Il est pourtant légitime qu'elles soient créées par une loi.

Le Gouvernement, comme les deux Assemblées, et notamment leur Commission des lois, devraient donc veiller attentivement, avec le soutien du Conseil constitutionnel, à ce que la Constitution soit mieux respectée et à ce que ne soit réservée à la loi que la détermination des règles et principes fondamentaux, la procédure de l'ordonnance devant, quant à elle, conserver le caractère exceptionnel voulu par la Constitution.

1.2.2. Mettre plus souvent en œuvre les irrecevabilités des articles 41 et 44

L'article 41 permet au Gouvernement de s'opposer à un amendement parlementaire qui n'est pas du domaine de la loi : « *S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité. En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'Assemblée intéressée, le Conseil constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours.* »

L'article 44 deuxième alinéa de la Constitution prévoit qu'« après l'ouverture du débat, le Gouvernement peut s'opposer à l'examen de tout amendement qui n'a pas été antérieurement soumis à la commission ²⁷⁰ ».

Complété par les règlements de l'Assemblée nationale (article 93) et du Sénat (article 45), qui disposent que le Gouvernement peut opposer l'irrecevabilité de l'article 41 avant le commencement de la discussion en séance publique ou au cours de la discussion, ces articles ne peuvent être utilisés par les parlementaires à l'encontre de projets qui leur sont soumis par le Gouvernement.

De même ceux-ci ne peuvent-ils solliciter du Gouvernement qu'il oppose une telle irrecevabilité ²⁷¹ aux amendements d'origine parlementaire.

270. Conseil constitutionnel, décision n° 90-278 DC du 7 novembre 1990, relative à la résolution modifiant le règlement du Sénat, paragraphe 12 ; décision n° 92-136 DC du 20 janvier 1993 sur la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, paragraphe 3 ; décision n° 94-338 du 10 mars 1994 sur la résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale, paragraphes 24 et 25.

271. Décision n° 95-366 DC du 8 novembre 1995, résolution modifiant le règlement de l'Assemblée nationale.



L'irrecevabilité ne joue, sans saisine du Conseil constitutionnel, que si le Président de l'Assemblée nationale ou du Sénat marque son accord. Cet article a été utilisé 217 fois par le Gouvernement, essentiellement dans les vingt premières années d'application de la Constitution. Il est ensuite tombé en désuétude, en raison de la jurisprudence du Conseil constitutionnel dite « *Prix et revenus* », jugeant que la loi qui empiétait sur le domaine réservé au règlement n'était pas, de ce seul fait, contraire à la Constitution²⁷² et de la possibilité que conserve le Gouvernement de demander ultérieurement le déclassement de la disposition législative, en application de l'article 37 alinéa 2. Il n'a pas été opposé une seule fois entre 1994 et 2004.

Il vient d'être remis en application en janvier 2005, à propos de la loi n° 2005-516 du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales. L'irrecevabilité opposée par le Gouvernement a ainsi fait tomber 14 765 amendements parlementaires, en accord avec le Président de l'Assemblée nationale.

Il a par ailleurs donné lieu à onze saisines du Conseil constitutionnel, sept fois par le Président du Sénat et quatre fois par le Président de l'Assemblée nationale. Mais la dernière décision du Conseil constitutionnel à cet égard remonte à 1979.

Depuis la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 relative à la loi sur l'avenir de l'école, le Conseil constitutionnel désigne les dispositions de la loi qui sont en réalité de nature réglementaire. Les dispositions correspondantes pourront donc être modifiées par voie réglementaire, sans qu'il soit nécessaire de procéder à la procédure de déclassement prévue par l'article 37 alinéa 2.

Les propositions de modification du règlement de l'Assemblée nationale déposées par son Président en janvier 2006, et tendant d'une part à ce que la commission des lois émette un avis préalable à la discussion d'un projet de texte sur le caractère législatif ou réglementaire de ses dispositions, et d'autre part, à ce que les amendements soient déposés au plus tard à 17 heures pour la séance du lendemain, en vue d'un examen pertinent, sont intéressantes à cet égard.

En attendant, le Gouvernement devrait plus systématiquement opposer l'irrecevabilité aux amendements parlementaires intervenant dans le domaine réglementaire.

Il devrait plus fréquemment opposer l'irrecevabilité aux amendements qui n'ont pas été préalablement débattus en commission ainsi que le lui permet le deuxième alinéa de l'article 44 de la Constitution.

1.2.3. Appliquer la procédure organisée par l'article 39

L'article 39 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose, en son deuxième alinéa, que : « *Les projets de loi sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées.* » Cependant, dans la pratique, cette disposition constitutionnelle est parfois contournée. Deux méthodes classiques sont à cet égard utilisées : l'amendement gouvernemental ou l'amendement déposé par un élu de la majorité, qui est en réalité un amendement gouvernemental déguisé.

272. Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, loi sur les prix et les revenus.



Cette pratique, plus fréquemment constatée, est contraire à l'article 39 de la Constitution lorsqu'elle ne permet pas l'examen du texte en Conseil d'État, puis en Conseil des ministres.

Elle l'est également lorsqu'elle est destinée à « contourner » l'opposition d'un ministre, à éviter les mises en garde du Conseil d'État, ou à réintroduire une disposition écartée en réunion d'arbitrage par le Premier ministre. Il semble, là encore, que cette pratique se soit développée au cours des dernières années.

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003 ²⁷³, a d'ailleurs censuré une disposition de la loi relative à l'élection des conseillers régionaux au motif qu'elle avait été modifiée, sur un point substantiel non évoqué devant le Conseil d'État entre la délibération de celui-ci et l'examen en Conseil des ministres. Le Président de la République a alors demandé au Parlement de procéder à une nouvelle délibération. Cette pratique est souvent à l'origine de la non-application de la loi par la suite : l'adoption des décrets d'application sera retardée du fait de l'opposition ou de l'inertie du ministère qui a été contourné lors du vote de la loi.

Le Gouvernement devrait, plus systématiquement, veiller à ne plus introduire des dispositions nouvelles dans les projets de loi par voie d'amendements, qu'il s'agisse d'amendements directement présentés par lui ou d'amendements confiés à un parlementaire de la majorité. Là encore, les commissions parlementaires pourraient exercer une particulière vigilance, notamment lors de l'examen de la recevabilité de l'amendement.

1.2.4. Redonner au droit d'amendement sa vraie portée

Le principe d'une évaluation préalable des projets de texte comme l'exigence de sobriété de la norme devraient également conduire à de nouvelles dispositions relatives aux amendements parlementaires.

Le Conseil constitutionnel est revenu sur sa jurisprudence assez ouverte relative au droit d'amendement parlementaire, par une décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998 ²⁷⁴ pour préciser qu'après la réunion de la commission mixte paritaire prévue à l'article 45 de la Constitution, les seuls amendements susceptibles d'être adoptés « *doivent soit être en relation avec une disposition du texte en discussion, soit être dictés par la nécessité d'assurer une coordination avec d'autres textes en cours d'examen au Parlement* ».

Ceci n'a pas enrayé « *la prolifération des amendements portant articles additionnels* ²⁷⁵ », dont certains s'apparentent à de véritables projets de loi. « *Par exemple, le double degré de juridiction en matière criminelle a été introduit par voie d'amendement* ²⁷⁶ ».

273. Décision n° 2003-468 DC du 3 avril 2003, loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques.

274. Décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998, loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

275. Jean-Louis Héryn, *op. cit.*

276. *Idem.*



Déjà évoqué, le projet de loi sur le développement des territoires ruraux a été modifié au Sénat par 477 amendements, dont 321 et 152 intervenus respectivement en première et en deuxième lecture, ainsi que 4 après réunion de la commission mixte paritaire. Ces amendements provenaient pour 24 % (soit 116) du Gouvernement, pour 45 % (soit 214) des commissions, et pour 31 % (soit 147) des sénateurs. Enfin, 89 % de ces amendements ont été repris par l'Assemblée nationale. Alors que le projet initial comptait 76 articles, le texte issu des débats parlementaires ne comptait pas moins de 240 articles, ce qui représentait une augmentation de 315 % de son volume initial.

D'autres exemples pourraient être cités, comme la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure dont le projet comporte 57 articles, et la version approuvée par le Parlement 143. La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité est passée de 87 articles à 224. La loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées est passée, de la même façon, de 44 à 101 articles.

La loi n° 2005-1564 du 15 décembre 2005 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance a connu une inflation de 250 %, variant de 6 à 21 articles. En outre, la loi n° 2005-781 du 13 juillet 2005 relative au programme fixant les orientations de la politique énergétique a crû de 746 %, soit 97 articles supplémentaires. Enfin, la loi organique n° 2005-779 du 12 juillet 2005 modifiant la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances a subi une augmentation de 1000 %.

Cette introduction d'amendements portant articles additionnels se fait d'ailleurs en méconnaissance des règlements des deux Assemblées²⁷⁷, qui limitent en principe les lectures consécutives à la première aux articles pour lesquels les deux chambres du Parlement n'ont pas encore adopté un texte identique.

Cette pratique est à l'origine du recours plus fréquent à la procédure d'urgence (un tiers des projets de loi une fois mis à part les projets de loi autorisant la ratification d'un traité international).

Le Conseil constitutionnel vient, par sa décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006 sur la loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, de faire remonter la règle dite de « l'entonnoir » à la fin de la première lecture par chacune des deux Assemblées.

277. Article 108 du règlement de l'Assemblée nationale : « [...] 3. La discussion des articles est limitée à ceux pour lesquels les deux assemblées du Parlement n'ont pu parvenir à un texte identique. 4. En conséquence, les articles votés par l'une et l'autre assemblée dans un texte identique ne peuvent faire l'objet d'amendement qui remettraient en cause, soit directement, soit par des additions incompatibles, les dispositions adoptées » ; article 42 du règlement du Sénat : « [...] 11. En conséquence, il ne sera reçu, au cours de la deuxième lecture ou des lectures ultérieures, aucun amendement ou article additionnel qui remettrait en cause, soit directement, soit par des additions qui seraient incompatibles, des articles ou des crédits budgétaires votés par l'une et l'autre assemblée dans un texte ou avec un montant identique. »



Il déduit de l'article 45 de la Constitution ²⁷⁸ que les adjonctions ou les modifications qui peuvent être apportées après la première lecture par les membres du Parlement doivent être en relation directe avec une disposition restant en discussion, à l'exception des amendements destinés à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle.

Sont donc désormais considérées comme adoptées selon une procédure irrégulière les adjonctions ou modifications apportées à une proposition ou à un projet de loi dans des conditions autres que celles énoncées dans cette décision.

Le Conseil constitutionnel censure également les dispositions des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale étrangères à leur champ d'application, usuellement qualifiés de « *cavaliers budgétaires* » ou « *cavaliers sociaux* ». Ainsi a-t-il considéré comme adoptés selon une procédure irrégulière une disposition de la loi de finances 2005 ²⁷⁹ et six dispositions de la loi de financement de la sécurité sociale ²⁸⁰, ainsi que les articles 105 et 146 de la loi de finances pour 2006, modifiant respectivement le Code général des collectivités territoriales et le Code de l'éducation, par la décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 ²⁸¹.

À titre de comparaison, le nombre annuel moyen d'amendements déposés par les parlementaires allemands représente seulement 3 % de celui relevé en France pour l'Assemblée nationale ²⁸². Le droit d'amendement s'exerce essentiellement en commission. Il est pourtant d'usage au *Bundestag* de conférer davantage de droits à l'opposition qui se voit notamment confier la présidence de certaines commissions. Il en résulte que la portée du droit d'amendement, en Allemagne, est différente de celle qu'il revêt en France : l'amendement est essentiellement négocié entre majorité et opposition et non, comme souvent en France, entre le Gouvernement et sa majorité. Ceci limite l'absentéisme en commission, et permet la formation d'un consensus sur la plupart des textes qui évite leur remise en chantier à chaque alternance politique.

Au Royaume-Uni, depuis 1919, les amendements parlementaires peuvent être sélectionnés par le « *speaker* » et le président de la Commission de la chambre entière (« *Committee of the Whole House* »), et depuis 1934 par les présidents de commissions permanentes. Ils n'ont pas à justifier leurs choix. Par ailleurs, le procédé de la guillotine permet à la majorité parlementaire et au Gouverne-

278. Article 45 de la Constitution : « *Tout projet ou toute proposition de loi est examiné successivement par les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique.* »

279. Décision n° 2004-511 DC du 29 décembre 2004, loi de finances pour 2005.

280. Décision n° 2004-508 DC du 16 décembre 2004, loi de financement de la sécurité sociale pour 2005.

281. Décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, loi de finances pour 2006. Pour ne concerner « *ni les ressources, ni les charges, ni la trésorerie, ni les emprunts, ni la dette, ni les garanties ou la comptabilité de l'État...* », au motif qu'elles « *n'ont pas pour objet de répartir des dotations aux collectivités territoriales ou d'approuver des conventions financières* », enfin « *qu'elles ne sont pas relatives au régime de la responsabilité pécuniaire des agents de service public ou à l'information et au contrôle du Parlement sur la gestion des finances publiques* » et, par conséquent, qu'elles « *sont étrangères au domaine des lois de finances tel qu'il résulte de la loi organique du 1^{er} août 2001* ».

282. Murielle Mauguin Helgeson, « *L'élaboration parlementaire de la loi, Étude comparative (Allemagne, France, Royaume-Uni)* », thèse présentée et soutenue le 7 décembre 2004, p. 70.



ment de clore le débat sur chaque élément du projet : cela contraint l'opposition à limiter la durée des interventions et à ne faire porter le débat que sur les questions qu'elle estime essentielles.

Il serait donc utile d'introduire dans la loi organique quelques éléments de régulation d'ailleurs proposés dans la plupart des rapports parlementaires sur le sujet.

Ces éléments pourraient être au nombre de deux :

En premier lieu, tout amendement portant dispositions nouvelles, sous la réserve des sous-amendements, qu'il émane du Gouvernement ou du Parlement, devrait être déposé dans un délai permettant à la commission compétente un examen effectif, soit **au minimum 48 heures avant la séance plénière**.

Cette exigence ne rallongerait pas considérablement la procédure puisque, en moyenne, 90 % des amendements proposés par la commission et acceptés par le Gouvernement sont retenus en séance plénière.

Sur les 3 676 amendements adoptés par le Sénat en 2003-2004, 2 224 proviennent des commissions, 541 du Gouvernement, et 911 des sénateurs intervenant à titre individuel ou des représentants des groupes.

En second lieu, le Président de chaque Assemblée pourrait, dans des conditions à déterminer sur demande, par exemple, de l'un des membres de la Conférence des Présidents et après avis du Président de la Commission des lois, **opposer une irrecevabilité à tout amendement intervenant dans le domaine réglementaire**, sous la réserve, ici encore, du sous-amendement.

Il serait, par symétrie, logique que le Président de chacune des deux Assemblées soit en mesure d'opposer la même irrecevabilité aux dispositions d'un projet de loi du Gouvernement relevant du domaine réglementaire.

2. Explorer de nouvelles stratégies

Cette discipline pourrait utilement être complétée par de nouvelles stratégies relatives à la procédure législative et aux rapports entre le citoyen et la loi, qu'il s'agisse des modalités selon lesquelles il est informé de la préparation de la réforme, de son application ou des facultés qui lui sont ouvertes pour accéder à leur contenu.

2.1. Vers de nouvelles formes d'intervention des Assemblées

2.1.1. Des procédures législatives simplifiées

Le texte proposé pourrait également rendre possible la mise en œuvre de procédures simplifiées d'adoption de certains textes, notamment les projets de loi portant transposition de directives et les projets de loi de codification.



L'Assemblée nationale a d'ores et déjà mis en place une procédure simplifiée pour l'adoption des projets de loi autorisant la ratification des traités internationaux. L'originalité de cette procédure réside dans la limitation des temps de parole : dix minutes pour le rapporteur, cinq minutes pour le représentant de chaque groupe.

La procédure simplifiée peut être engagée à la demande du Président de l'Assemblée nationale, du Gouvernement, du Président de la commission saisie au fond ou du Président d'un groupe. Un droit d'opposition est symétriquement ouvert à chacune de ces autorités, à l'exception du Président de l'Assemblée.

Il serait intéressant de reprendre dans chaque Assemblée les réflexions sur la mise en place d'une procédure simplifiée pour les projets de loi portant transposition de directives et les projets de loi de codification.

Le groupe de réflexion mis en place au Sénat et présidé par M. Daniel Hoeffel²⁸³ avait envisagé deux options :

- soit le vote en commission de certaines lois dites techniques (codification, transposition, ratification des ordonnances) ;
- soit le vote des textes sur la base des conclusions de la commission, à l'instar de la procédure retenue pour les propositions de loi.

Le précédent italien des « *leggine* », autorisées par l'article 72 de la Constitution italienne qui permet aux commissions de voter elles-mêmes des lois sauf dans certains domaines (libertés publiques, fiscalité ou révision de la Constitution) et sauf si un dixième des membres de la Chambre ou un cinquième des membres de la commission requièrent l'examen en séance plénière, constitue une autre voie possible. En Italie, cette procédure s'applique à environ un tiers de la législation.

On pourrait, de fait, imaginer que certaines lois soient adoptées en Commission, et ne soient inscrites à l'ordre du jour de la séance plénière que pour ordre, sans qu'elles donnent lieu à débat, sauf demande expresse d'un groupe parlementaire. Une telle solution aurait le mérite de la rapidité²⁸⁴.

2.1.2. Le rôle du Parlement dans l'évaluation des politiques normatives

De l'avis unanime des parlementaires, le travail du Parlement s'est progressivement déséquilibré au profit de ses fonctions législatives, qui occupent les deux tiers de son temps, et ***au détriment de son activité de contrôle.***

Certes, il existe d'ores et déjà des offices parlementaires d'évaluation, composés de députés et de sénateurs.

Parmi eux, un *office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques* a été institué par la loi n° 83-609 du 8 juillet 1983. Composé de 18 députés et de 18 sénateurs, cet office a pour mission « *d'informer le Parlement des conséquences des choix de caractère scientifique et technologique afin, notamment, d'éclairer ses décisions* ». Il est à l'origine de plus de

283. Rapport fait au nom du groupe de réflexion sur l'institution sénatoriale (2 juillet 2002).

284. Le renvoi à la loi organique pour l'organisation de ce dispositif suppose une habilitation constitutionnelle qui pourrait figurer à l'article 48 de la Constitution.



80 rapports dont les plus récents portent sur : « *Les nouveaux apports de la science et de la technologie à la qualité et à la sûreté des aliments* », « *Les nanosciences et le progrès médical* », « *Les télécommunications à haut débit au service du système de santé* » ou encore « *La place des biotechnologies en France et en Europe.* »

Le second office est *l'office parlementaire d'évaluation de la législation*, également commun aux deux Assemblées, institué par la loi n° 96-516 du 14 juin 1996. Son objectif affirmé est de suivre l'application des lois, afin d'éviter que la non-publication des décrets d'application ne paralyse l'effectivité des réformes votées par le Parlement, afin aussi d'endiguer un mouvement de dégradation de la qualité de la loi. Il est donc investi d'une double mission de recensement et de suivi d'une part, de simplification d'autre part. Près de dix ans après sa création, deux rapports avaient été réalisés :

- le premier en mai 1999, déposé par le député Pierre Albertini, portait sur « *l'exercice de l'action civile par les associations* » ;
- le second, déposé par le sénateur Jean-Jacques Hiest, actuel Président de la Commission des lois du Sénat, était consacré en décembre 2001 à un sujet qui a donné lieu à une réforme législative : « *Prévention et traitement des difficultés des entreprises : une évaluation des procédures et de leur mise en œuvre.* »

Cet office est actuellement en charge, sur saisine de la Commission des lois du Sénat, d'une nouvelle étude portant sur *le bilan des autorités administratives indépendantes*.

Cette activité, plutôt modeste, s'explique à la fois par un fonctionnement bicaméral, exorbitant des pratiques parlementaires habituelles, par l'impossibilité d'autosaisine et par l'absence d'expertise propre (appel à des universitaires). ***Il semble que cet office n'ait pas complètement répondu à ses objectifs, pas plus d'ailleurs que l'office chargé de l'évaluation des politiques publiques, créé par la loi n° 96-517 du 14 juin 1996 officiellement supprimé par la loi n° 2000-1352 du 30 décembre 2000 portant loi de finances pour 2001.***

Le troisième office est *l'office parlementaire d'évaluation des politiques de santé*, créé par la loi n° 2002-1487 du 20 décembre 2002 de financement de la sécurité sociale pour 2003. Composé des Présidents des commissions en charge des affaires sociales de l'Assemblée nationale et du Sénat, des rapporteurs de ces commissions en charge de l'assurance maladie, dans le cadre des lois de financement de la sécurité sociale, ainsi que de dix députés et de dix sénateurs désignés de façon à assurer une représentation proportionnelle des groupes politiques, assisté d'un groupe d'experts composé de six personnalités choisies pour leurs compétences dans le domaine de la santé publique, il procède à des évaluations afin de contribuer au suivi des lois de financement de la sécurité sociale. Il a récemment rendu deux rapports sur des questions importantes : la prévention des handicaps de l'enfant et la prévention du cancer du sein.

En outre, les commissions permanentes ont la possibilité de créer, en vertu de l'article 145 alinéa 2 du Règlement de l'Assemblée nationale, *des missions d'information* : sous la présente législature, de telles missions ont porté sur la définition des savoirs enseignés à l'école, sur la canicule de l'année 2003, sur l'application de la « loi littoral », ou encore sur le traitement de la récidive des



infractions pénales. Ces missions peuvent également être créées sur décision de la Conférence des Présidents, comme cela a été le cas pour la question des signes religieux à l'école, l'accompagnement de la fin de vie ou la famille et les droits des enfants.

Enfin, le contrôle exercé par *des commissions d'enquête ad hoc* est le plus connu.

Résultant d'une initiative parlementaire, elles ont une durée temporaire et un objet bien délimité : la dixième législature (1993-1997) en a connu huit, la onzième législature (1997-2002) en a vu quinze, et la législature en cours six dont une portant sur la fiscalité locale créée en février 2005, et la dernière sur l'enquête judiciaire relative à l'affaire d'Outreau.

Il convient également de rappeler la création auprès de la Commission des finances d'une mission d'évaluation et de contrôle (MEC) destinée à assister les parlementaires, en liaison avec la Cour des comptes, dans l'exercice de leurs prérogatives de contrôle, notamment en ce qui concerne l'exécution des crédits votés. Parallèlement a été mise en place par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie la Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale (MECSS).

À l'Assemblée nationale, le rapporteur général du budget publie depuis 1990 un rapport annuel sur l'application des dispositions fiscales. Ceci est l'occasion de vérifier si les dispositions réglementaires d'application ont été prises, si les administrations et les contribuables sont informés des dispositions nouvelles et si la mise en œuvre en est effective.

Dans le même esprit, les commissions permanentes établissent des rapports sur l'application de certains textes. C'est le cas pour l'application de la loi n° 98-461 du 13 juin 1998 d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail, de la loi n° 2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, ou de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

De façon plus générale, depuis 1971, le Sénat, par ses commissions permanentes, recueille les informations relatives à l'application des lois, lesquelles sont accessibles sur son site Internet.

Ce suivi de l'application des textes devrait régulièrement faire l'objet d'un débat public en séance plénière, et au moins une fois par an en présence du Premier ministre.

Sur un rythme plus régulier, une séance publique par mois ou par trimestre pourrait être consacrée au contrôle de l'application effective des lois et ordonnances, sur le modèle de la procédure retenue pour l'examen de la transposition des directives.



La publication dans *Légifrance*, à l'initiative du Premier ministre et du Secrétariat général du Gouvernement, en application notamment de la circulaire du Premier ministre en date du 30 septembre 2003, de l'état d'application des lois constitue une première étape importante. La circulaire du 30 septembre 2003 dispose notamment qu'« une réunion interministérielle sera organisée dans les jours suivant la promulgation de la loi. Elle permettra d'effectuer le recensement des décrets nécessaires à l'application de la loi, d'apprécier quels sont ceux d'entre eux qui doivent faire l'objet d'une étude d'impact et d'arrêter un échéancier prévisionnel. Cet échéancier sera communiqué aux deux assemblées afin d'assurer l'information des parlementaires ». Elle est complétée par les informations mises en ligne sur les sites Internet des Assemblées parlementaires à ce sujet.

Le « droit de suite du parlementaire rapporteur » a été mis en place depuis le 12 février 2004 par l'article 86 du règlement de l'Assemblée nationale à l'initiative du député M. Jean-Luc Warsmann. Actuellement limité à six mois, il pourrait utilement s'exercer jusqu'à ce que soient publiés l'ensemble des textes d'application de la loi qu'il a rapportée, voire prise la mesure des difficultés rencontrées dans son application.

Un tel contrôle parlementaire sur l'application des lois présenterait plusieurs avantages :

- il donnerait aux députés et aux sénateurs *un droit de suite public* sur les lois votées, ce qui serait évidemment opportun en terme de respect des choix de la représentation nationale et de sécurité juridique ;
- il nourrirait *l'évaluation des missions*, au sens de la LOLF, concernées par la loi en cause ;
- il encouragerait les parlementaires à transmettre au Gouvernement les informations dont ils disposent sur les *problèmes soulevés par l'application de certaines dispositions*.

Il devrait prendre appui sur le rapport que le Gouvernement doit désormais, conformément à l'article 67 de la loi n°2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit²⁸⁵, présenter au Parlement dans un délai de six mois sur la mise en application de toute loi promulguée.

Une circulaire du Premier ministre en date du 20 janvier 2006 a, à juste titre, mis l'accent sur le nécessaire respect de cette exigence s'agissant de toute loi promulguée après le 9 décembre 2004, qu'elle soit d'initiative gouvernementale ou parlementaire, à l'exception des lois autorisant l'approbation ou la ratification des accords et traités. S'il s'agit d'une loi d'habilitation, le rapport donne toutes les informations sur les délais d'adoption des ordonnances prises sur le fondement de ces habilitations.

285. Article 67 de la loi n°2004-1343 de simplification du droit : « À l'issue d'un délai de six mois suivant la date d'entrée en vigueur d'une loi, le Gouvernement présente au Parlement un rapport sur la mise en application de cette loi.

Ce rapport mentionne les textes réglementaires publiés et les circulaires édictées pour la mise en œuvre de ce texte de loi, ainsi que, le cas échéant, les dispositions de cette loi qui n'ont pas fait l'objet des textes d'application nécessaires et en indique les motifs. »



2.2. Vers un nouveau rapport du législateur au citoyen

2.2.1. Une meilleure information sur les réformes en préparation

« La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration », rappelle l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Dans un objectif de prévisibilité et de sécurité juridique, les possibilités offertes par l'administration électronique et les nombreux sites Internet publics créés au cours des dix dernières années pourraient être mises à profit pour développer l'information sur les réformes en cours de préparation, la procédure et le calendrier prévisionnel de leur adoption.

Le support existe puisqu'on recense aujourd'hui environ 5 000 sites Internet publics. Par ailleurs, les téléservices ou téléprocédures, déjà au nombre de 200, dont les plus connus sont la déclaration d'impôt en ligne, le système mis en place pour le traitement des feuilles de soins (SESAM-VITALE), ou encore la délivrance des certificats de non-gage des véhicules, permettent également d'informer sur les diverses réformes envisagées et d'offrir, pour des périodes limitées dans le temps, des possibilités de réaction.

À titre d'exemple, le site « Légifrance », qui existe depuis déjà huit ans, est très consulté : du 1^{er} décembre 2004 au 31 décembre 2005, il a été visité 31 389 659 fois, ce qui représente une moyenne de 2,58 millions de visites chaque mois et 85 000 visites quotidiennes. Plus de 380 millions de pages ont été regardées²⁸⁶. En complément, le site *Service public* a enregistré 27 874 678 visites au cours de l'année 2005. Plus de 200 millions de pages ont été vues²⁸⁷.

Complémentaires, ces deux sites pourraient opportunément développer une information sur les réformes en cours de préparation et sur leur calendrier. La démarche est entamée puisque les projets de loi dès lors qu'ils sont déposés sur le bureau de l'une des Assemblées, et certaines propositions de loi y figurent d'ores et déjà sous une rubrique intitulée « dossiers législatifs ». Il serait intéressant d'étendre la présentation dès lors qu'elles sont déposées sur le bureau de l'une des Assemblées aux propositions de texte communautaire transmises par la Commission au Conseil et au Parlement européen pour négociation.

Le relais de l'information législative par ces sites améliorerait la prévisibilité du droit et permettrait d'ouvrir sur une période limitée à quelques semaines, comme chez nos partenaires européens (douze semaines au Royaume-Uni par exemple), des forums de discussion avec les principaux destinataires de la réforme.

La direction générale de la modernisation de l'État, qui regroupe désormais depuis quelques semaines l'Agence pour le développement de l'administration

286. Source : Secrétariat général du Gouvernement, décembre 2005.

287. Source : www.service-public.fr



électronique (ADAE), la Délégation aux usagers et aux simplifications administratives (DUSA), la Délégation à la modernisation de la gestion publique et des structures de l'État (DMGPSE) et la direction de la réforme budgétaire (DRB) pourrait intégrer cette dimension dans son plan stratégique relatif aux différents sites publics, en liaison avec le Secrétariat général du Gouvernement.

2.2.2. Une meilleure information sur les modalités d'application des lois

Chaque ministre pourrait organiser à intervalles réguliers, et avec une fréquence suffisante, des rendez-vous de presse afin de présenter le bilan de l'application des lois adoptées et des grandes missions relevant du ministère. Cette présentation pourrait s'appuyer sur des travaux d'évaluation émanant du Conseil d'État, de la Cour des comptes ou de corps d'inspection.

Le site « *Légifrance* » pourrait là encore développer la rubrique existante sur le bilan des mesures d'application des lois adoptées : celle-ci comprend déjà, pour chaque loi votée, le texte initial, les textes adoptés en première lecture, les documents législatifs de chaque Assemblée, les documents préparatoires et les débats parlementaires y afférant.

Seraient également susceptibles d'y être ajoutées les études d'options et les études d'impact réalisées au début de la procédure d'élaboration, ainsi que des restitutions régulièrement mises à jour des difficultés rencontrées dans l'application des textes.

Cette information « en ligne » devrait, là encore, permettre une remontée des observations sur l'application des textes, sur le modèle du site *www.betterregulation.gov.uk*, développé au Royaume-Uni à l'initiative du Premier ministre, en vue de réunir toutes les idées possibles sur les allègements et les améliorations à apporter.

2.3. Vers un accès au droit plus sûr

2.3.1. Perfectionner la codification et adapter les outils informatiques en vue d'une meilleure accessibilité

L'article 2 alinéa 2 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations consacre la mission de service public que constitue l'accès simple aux règles de droit prescrites par les autorités administratives en ces termes : « *Les autorités administratives sont tenues d'organiser un accès simple aux règles de droit qu'elles édictent. La mise à disposition et la diffusion des textes juridiques constitue une mission de service public au bon accomplissement de laquelle il appartient aux autorités administratives de veiller.* »

Plusieurs étapes notables de cette meilleure accessibilité ont été constatées au cours des années 1990.

La codification à droit constant a été systématisée et accélérée depuis la mise en place de la Commission supérieure de la codification, recrée par le décret n° 89-647 du 12 septembre 1989. Placée sous la présidence du Premier ministre et sous les vice-présidences successives de MM. Jean Kahn, Guy



Braibant et de Daniel Labetoulle, comprenant à la fois des parlementaires, des magistrats et des directeurs d'administration centrale, elle constitue sans aucun doute le progrès majeur des années 1990 sur l'accessibilité du droit.

Le nombre de codes figurant sur le site de « *Légifrance* » est aujourd'hui de **cinquante-neuf**. Selon les estimations, environ les deux tiers des lois et le quart des règlements ont été codifiés depuis 1991.

Les technologies ont réalisé des progrès qualitatifs importants dans le sens de nouvelles applications plus performantes et de moteurs de recherche plus puissants. Les textes du droit communautaire comme les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes pourraient devenir plus facilement accessibles grâce aux possibilités de liens hypertextes et de recherche intelligente offertes par les nouveaux moteurs de recherche.

Il serait notamment utile de recourir plus systématiquement à la technique des liens contextuels, de telle sorte que les articles les plus pertinents ou les plus fréquemment utilisés des codes électroniques renvoient automatiquement aux contenus des normes internationales et communautaires correspondantes, ainsi qu'aux éléments de jurisprudence, tant des juridictions nationales que de la Cour de justice des Communautés européennes.

Ceci suppose évidemment que la Commission et le Conseil accélèrent au préalable le travail de remise en ordre, de « refonte » et de codification des règlements et des directives. La Commission a d'ailleurs annoncé son souhait de *concentrer ses efforts sur la simplification et l'actualisation des 80 000 pages de législation européenne existante* : elle a invité les États membres, les entreprises et les citoyens à lui indiquer les obstacles bureaucratiques et les excès de réglementation susceptibles d'être supprimés. Une consultation Internet est organisée à cet effet.

On peut espérer que la pause récemment décidée par la Commission dans la production des normes soit mise à profit à cet effet. À ce stade, les seuls codes de droit communautaire sont le Code des douanes, actuellement en cours de remaniement, le Code communautaire relatif aux médicaments vétérinaires institué par la directive 2001/82/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 novembre 2001 et le Code communautaire relatif aux médicaments à usage humain, institué par la directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, également du 6 novembre 2001.

Cependant, le renvoi à ces textes communautaires implique que leur consultation soit possible sur une base de données opérationnelle, d'un fonctionnement aisé et accessible à chacun. En l'état actuel du développement et des possibilités de consultation des bases de données, force est de reconnaître que l'accès aux textes communautaires s'avère laborieux.

Cette accessibilité malaisée au droit européen comme au droit international contribue largement à renforcer la perception de la complexité. La France pourrait peut-être présenter à la Commission des demandes précises à cet égard ou, compte tenu de son expérience et de son savoir-faire, formuler une offre de coopération.

En effet, le développement d'une base de données unique, conçue selon des spécifications semblables à celles élaborées pour « *Légifrance* », il y a huit ans déjà, mais adaptées aux récents développements technologiques, pourrait être



l'occasion de rendre accessible « *en temps réel* » les projets de texte communautaire, avec l'indication de leur agenda.

2.3.2. Un nouveau statut pour le « droit souterrain »

L'article 7 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, dans sa rédaction issue de l'article 8 de l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005 dispose que « *font l'objet d'une publication les directives, les instructions, les circulaires, ainsi que les notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives* ».

Le décret en Conseil d'État pris pour l'application de ces dispositions a été publié au *Journal officiel de la République française* le 31 décembre 2005 ²⁸⁸.

Il prévoit en son article 29 que les circulaires et instructions émanant des administrations centrales de l'État sont publiées dans des bulletins ayant une périodicité au moins trimestrielle et comportant dans leur titre la mention « Bulletin officiel ». Les modalités sont renvoyées à des arrêtés par ministère pour déterminer notamment le titre exact et la matière couverte par ce bulletin ainsi que le site Internet où le public peut les consulter ou s'en procurer copie.

L'article 30 de ce même décret renvoie, pour les circulaires émanant des autorités administratives de l'État agissant dans les limites du département, au recueil des actes administratifs du département ayant une périodicité au moins trimestrielle et à la voie électronique.

Les articles 31 et 32 sont relatifs aux actes des collectivités territoriales et des établissements publics. Dans tous les cas, aux termes de l'article 33, la publication intervient dans les quatre mois suivant la date du document.

En outre, l'article 1^{er} du décret n° 83-1025 du 28 novembre 1983 ouvre la possibilité à tout intéressé de « *se prévaloir, à l'encontre de l'administration, des instructions, directives, et circulaires publiées* » dans les conditions prévues par la loi du 17 juillet 1978 lorsqu'elles ne sont pas contraires aux lois et règlements.

Toutefois, dans la pratique, ces dispositions ne sont pas toujours respectées et les appréciations du rapport de l'OCDE rédigé en 2004 sur l'amélioration de la qualité de la réglementation en France ²⁸⁹ font apparaître une insuffisante mise à disposition ou publicité, en France, des normes réglementaires de niveaux inférieurs comme les arrêtés, les circulaires, les instructions ou les règlements des collectivités territoriales.

Elles mentionnent également la difficulté d'appréciation de l'entrée en vigueur effective de certaines lois en l'absence de leurs textes réglementaires d'application.

288. Décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005.

289. OCDE, *La réforme de la réglementation en France*, 2004.



La publicité des circulaires et instructions est, en fait, souvent laissée à la discrétion des ministères : certaines font l'objet d'une publication au *Journal officiel de la République française*, d'autres figurent aux Bulletins officiels des ministères ; les dernières, nombreuses, ne font l'objet d'aucune publication. Leur recensement est par conséquent très difficile, voire impossible si on vise l'exhaustivité et la pertinence.

Bien entendu, toutes celles qui peuvent s'interpréter comme des mesures d'organisation du service n'ont pas à être nécessairement publiées. Il s'agit en réalité de documents internes à l'administration, et ils doivent le rester.

En revanche, toutes les notes qui comportent une interprétation du droit existant et prescrivent les modalités d'application de ce droit devraient être portées à la connaissance des usagers et citoyens, dans la ligne des évolutions jurisprudentielles du Conseil d'État qui est revenu sur la jurisprudence *Institution Notre-Dame-du-Kreisker* du 29 janvier 1954²⁹⁰ distinguant les circulaires interprétatives des circulaires réglementaires, et n'admettant l'intérêt à agir que contre ces dernières.

Par étapes, le Conseil d'État a en effet resserré son contrôle sur les circulaires et instructions pour finalement considérer, depuis l'arrêt de Section *M^{me} Duvignères* rendu le 18 décembre 2002²⁹¹, que celles-ci font grief dès lors qu'elles comportent des dispositions impératives à caractère général. Elles peuvent être annulées si elles fixent une règle nouvelle illégale ou si elles réitèrent une règle existante, mais elle-même illégale.

Cette dernière décision précise ainsi « *que les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief, tout comme le refus de les abroger ; que le recours formé à leur encontre doit être accueilli si ces dispositions fixent, dans le silence des textes, une règle nouvelle entachée d'incompétence ou si, alors même qu'elles ont été compétemment prises, il est soutenu à bon droit qu'elles sont illégales pour d'autres motifs ; qu'il en va de même s'il est soutenu à bon droit que l'interprétation qu'elles prescrivent d'adopter, soit méconnaît le sens et la portée des dispositions législatives ou réglementaires qu'elles entendaient expliciter, soit réitèrent une règle contraire à une norme juridique supérieure* ».

Comme le rappelait le commissaire du gouvernement Pascale Fombeur dans ses conclusions sous l'arrêt *M^{me} Duvignères* : « [...] *dans la pratique administrative, les circulaires revêtent une grande importance, à tel point que les services s'y réfèrent parfois plus qu'aux lois et aux décrets qu'elles entendent interpréter. Le Premier ministre, par une circulaire du 15 juin 1987 relative aux circulaires ministérielles publiée au Journal officiel le 17 juin 1987, avait*

290. CE, Ass., *Institution Notre-Dame-du-Kreisker*, rec. p. 64 ; *Revue française de droit administratif*, 1954.50, conclusions de Bernard Tricot ; *Actualité juridique droit administratif* 1954. IIbis. 5 chronique de Gazier et Marceau Long ; *Revue du droit public et de la science politique*, 1955 175, note M. Waline.

291. CE, Sect., *M^{me} Duvignères*, 18 décembre 2002, rec. p. 463 ; *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 15^e édition, Dalloz, 2005, p. 894 ; *Revue française de droit administratif* 2003-274, conclusions de Pascale Fombeur ; *Actualité juridique droit administratif*, 2003.487, chronique Francis Donnat et Didier Casas.



ainsi jugé utile de rappeler que “l’intervention d’une circulaire ne doit jamais être regardée comme une condition nécessaire à l’entrée en vigueur d’une loi ou d’un règlement”. »

Il n’existe nulle part un recensement du nombre de circulaires émises par les administrations centrales. « Les ministères les multiplient – un rapport de la Section du rapport et des études, en 1985, avançait le nombre de 10 000 à 15 000 circulaires émises chaque année par les seules autorités centrales, et la situation ne semble guère s’être améliorée ²⁹². » Cependant, le rapport public de 1991 ²⁹³ du Conseil d’État relevait une inflation globale du nombre de circulaires et d’instructions, et présentait un bilan pour certains ministères. Ainsi le nombre de circulaires du ministère de l’Intérieur a été multiplié par 4,5 entre 1978 et 1988. De même, le volume total des circulaires du ministère de l’Éducation nationale a crû, entre 1980 et 1990, de près de 50 %. Cette tendance s’est poursuivie, voire amplifiée, notamment en raison du développement des circulaires électroniques.

L’accessibilité du droit implique donc également le droit pour le citoyen d’être informé sur l’interprétation de l’administration et par conséquent sur l’application qui lui sera faite des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur. Dans cet esprit, et afin d’éclairer les décisions des entreprises, des contribuables et des citoyens, les circulaires, instructions et tout document relatant la doctrine de l’administration sur un texte et ses modalités d’application devraient nécessairement faire l’objet d’une publication et figurer sur les sites Internet pertinents, notamment celui du ministère en charge de l’exécution.

Les codes publiés sur le site Internet « *Légifrance* » et les analyses figurant sur le site « *Service Public* » pourraient ainsi comporter des liens hypertextes avec ces circulaires ou instructions se prononçant sur les modalités d’application des dispositions ou de la procédure en cause.

2.3.3. Développer le rescrit et l’interlocuteur unique

Dans certains domaines ceci pourrait être complété par les interprétations successives de l’administration, sur des situations de fait ou des questions de droit, sur le modèle du rescrit fiscal ou du rescrit social.

Très ancien, le rescrit a été repris *en droit fiscal* par la loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières, qui l’a introduit à l’article L. 64 B du Livre des procédures fiscales. Il dispose que la procédure de répression des abus de droit n’est pas applicable « lorsqu’un contribuable, préalablement à la conclusion d’un contrat ou d’une convention, a consulté par écrit l’administration centrale en lui fournissant tous éléments utiles pour apprécier la portée véritable de cette opération et que l’administration n’a pas répondu dans un délai de six mois à compter de la demande ».

292. Conclusions de Pascale Fombeur sur l’arrêt de Section *M^{me} Duvignères*, 18 décembre 2002.

293. Conseil d’État, Rapport public annuel 1991, *De la sécurité juridique*, La Documentation française, p. 18.



L'expression est généralement étendue à l'ensemble des procédures par lesquelles l'administration prend position par avance sur une situation fiscale. Cette démarche va au-delà de la simple demande de renseignements, puisqu'elle permet d'interroger l'administration de façon préventive sur les conséquences fiscales de certaines opérations en étant certain que les règles indiquées seront appliquées par la suite puisque l'administration ne pourra pas contester la situation si ses propres indications ont été suivies.

Le recours au rescrit sert un triple objectif : la promotion du « civisme fiscal », le renforcement de l'attractivité du territoire et la sécurité juridique par une meilleure prévisibilité.

Sur le plan juridique, cette procédure de consultation préalable de l'administration est organisée par les articles L. 80A et L. 80B du Livre des procédures fiscales.

L'article L. 80A prévoit que : « *Il ne sera procédé à aucun rehaussement d'impositions antérieures si la cause du rehaussement poursuivie par l'administration est un différend sur l'interprétation par le redevable de bonne foi du texte fiscal et s'il est démontré que l'interprétation sur laquelle est fondée la première décision a été, à l'époque, formellement admise par l'administration. Lorsque le redevable a appliqué un texte fiscal selon l'interprétation que l'administration avait fait connaître par ses instructions ou circulaires publiées et qu'elle n'avait pas rapportée à la date des opérations en cause, elle ne peut poursuivre aucun rehaussement en soutenant une interprétation différente.* »

Cet article consacre le principe de l'opposabilité de sa doctrine à l'administration : elle ne peut par conséquent procéder à des rehaussements d'impositions lorsqu'il est établi que le contribuable s'est fondé sur une interprétation du texte légal formellement admise par l'administration.

La loi précitée du 8 juillet 1987 a étendu l'application de l'opposabilité de la doctrine de l'administration aux prises de position sur une situation de fait, et non plus sur la seule interprétation du droit. Cette disposition est codifiée à l'article L. 80B 1^{er} du Livre des procédures fiscales : « *La garantie prévue au premier alinéa de l'article L. 80A est applicable /1° Lorsque l'administration a formellement pris position sur l'appréciation d'une situation de fait au regard d'un texte fiscal [...].* »

Il constitue le support juridique des consultations préalables de l'administration et organise par la suite des procédures et des délais particuliers de réponse de l'administration selon les dispositifs examinés. Depuis 1987, des régimes particuliers sont venus compléter ces dispositions, soit par voie législative, soit par instructions. Dans la pratique, la direction générale des impôts établit une distinction entre les rescrits pour les particuliers et les rescrits pour les professionnels.

Le site Internet de la direction générale des impôts comporte désormais une base de décisions de rescrits. Ces prises de position engagent l'administration. La procédure de rescrit fiscal fait aujourd'hui partie des trente-quatre mesures inscrites dans la Charte du contribuable publiée par le ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie en octobre 2005, après avoir été présentée le 17 mai 2005 au Comité national des usagers.



La procédure de rescrit a été étendue par l'ordonnance n° 2005-651 du 6 juin 2005 relative à la garantie des droits des cotisants dans leurs relations avec les organismes de recouvrement : celle-ci instaure en effet **le rescrit social** mais dont le champ d'application est limité à certaines règles d'exonération de cotisations. Cette ordonnance est entrée en vigueur depuis le décret n° 2005-1264 du 7 octobre 2005 relatif au rescrit social et modifiant le Code de la sécurité sociale et le Code rural.

Cette procédure permet aux cotisants de demander à l'URSSAF de se prononcer explicitement sur l'application de certaines dispositions spécifiques du droit de la sécurité sociale à leur situation de fait. La position prise par l'URSSAF l'engagera à l'avenir, notamment en cas de contrôle.

Son champ d'application reste, à ce stade, limité, puisqu'il ne concerne que les exonérations de cotisations limitées à une zone géographique, soit une zone franche urbaine, soit une zone de revitalisation urbaine, soit une zone de revitalisation rurale pour les embauches de 1 à 50 salariés, les contributions patronales dues en matière de retraite complémentaire et de prévoyance complémentaire, enfin les mesures réglementaires spécifiques relatives aux avantages en nature et aux frais professionnels.

Elle est ouverte au cotisant ou au futur cotisant en sa qualité d'employeur. L'organisme dispose d'un délai de quatre mois pour instruire la demande et notifier sa décision. Ce délai court à compter du jour où le dossier est complet et peut être suspendu si des documents complémentaires sont nécessaires à l'instruction de la demande.

On peut aussi penser, **en droit de la concurrence**, à la procédure figurant à l'article L. 464-2 du Code de commerce qui prévoit qu'au cours d'une instance contentieuse, le Conseil de la concurrence peut accepter des engagements proposés par les entreprises qui sont de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles. Cette procédure, en effet, permet aux entreprises non seulement de solder un contentieux, mais aussi de connaître exactement les exigences de l'autorité de concurrence ce qui, à situation de fait constante, les protège de nouvelles poursuites.

Ce concept, ainsi entendu, est proche du « *ruling* » anglo-saxon ²⁹⁴.

Au Royaume-Uni la procédure du « *ruling* », plus systématiquement mise en œuvre à partir de 2001 ²⁹⁵, se fonde sur un dialogue direct avec les entreprises et la volonté d'apporter, en temps réel, les réponses aux questions relatives au régime fiscal de leurs activités.

Aux États-Unis, le rescrit répond à une logique de prévention des conflits avec les contribuables. Il constitue l'une des priorités de l'effort de modernisation des services des impôts, l'« *Internal Revenue Service* », depuis 2000. Les posi-

294. Rapport au ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, « Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire », par Bruno Gibert, Corso Bavagnoli et Jean-Baptiste Nicolas.

295. 2001 : « Review of links with business », document émis par le *Cabinet Office*.



tions exprimées engagent l'administration américaine, y compris par la suite devant le juge. La publicité y est plus importante qu'au Royaume-Uni et la procédure est relativement plus concentrée qu'en France.

Cette démarche du rescrit marque une évolution d'une culture « régaliennne » vers une démarche de qualité de service rendu à l'utilisateur dans un souci de sécurité juridique. Elle suppose nécessairement que l'administration soit liée par sa position et que son interprétation soit exprimée de façon suffisamment claire pour être réellement opposable, sans les ambiguïtés et les excès de précautions qui risqueraient de la priver de son effet utile devant le juge en cas de contentieux.

Cela implique également que les entreprises surmontent une certaine réserve à exposer un projet confidentiel à l'administration. La crainte de provoquer une procédure de contrôle fiscal explique pour l'instant une certaine réticence des entreprises à recourir au rescrit.

Développer une démarche de partenariat avec les petites et moyennes entreprises, sur l'exemple de quelques-uns de nos partenaires européens, serait également de nature à faciliter leurs démarches administratives et à renforcer leur sécurité juridique.

Une telle démarche, proposée d'ailleurs dans une récente étude du Conseil économique et social²⁹⁶ adoptée en mai 2005, mériterait un approfondissement. Elle viendrait utilement prolonger les efforts de la direction générale des impôts en faveur de l'instauration de *l'interlocuteur fiscal unique (IFU)*. Comme le rappelle le Conseil économique et social, cette fonction de conseil doit être clairement séparée du contrôle et de la sanction, mais elle doit engager l'administration.

Au Royaume-Uni, par exemple, chaque petite entreprise est dotée d'un interlocuteur administratif attitré. Ce service est géré par une Agence « *Small business services* »²⁹⁷, directement rattachée au ministère du Commerce et de l'Industrie « *DTI : Department of Trade and Industry* ». Cet agent rend visite à l'entreprise chaque année pour évoquer ses éventuelles difficultés et les opportunités à saisir, compte tenu des évolutions juridiques, du droit fiscal notamment. Il répond à l'ensemble des questions ou difficultés de la petite entreprise. Sa réponse engage l'administration pour la suite.

Des initiatives ont d'ores et déjà été prises par certaines URSSAF parties à la rencontre des entreprises pour les conseiller ou accompagner les créateurs.

De telles procédures pourraient être étendues à d'autres administrations, ainsi d'ailleurs que le suggère le rapport précité du Conseil économique et social dans le cadre des relations avec les organismes sociaux.

Créatrices de sécurité juridique, ces formules sont souhaitées par les usagers, qu'il s'agisse des particuliers, des entreprises ou des investisseurs internationaux. Elles sont de nature à renforcer l'attractivité économique du territoire, et

296. « Entreprises et simplifications administratives », adoptée par le Conseil économique et social en Assemblée plénière les 24 et 25 mai 2005.

297. www.sbs.gov.uk



à permettre de réfuter l'idée que notre pays n'offrirait ni sécurité juridique ni prévisibilité du droit, notamment en matière fiscale et sociale ²⁹⁸.

Ces nouvelles méthodes ne garantissent une certaine sécurité juridique que si les interprétations données par l'administration engagent celle-ci par la suite.

Dans un tel souci de sécurité des interprétations données par l'administration, les enseignements à retirer de certaines procédures communautaires, notamment de la procédure dite « *Lamfalussy* », pourraient utilement être étudiés. Cette procédure consiste à mettre en place, après l'adoption des règlements ou l'entrée en vigueur des directives, des comités de réglementation chargés de suivre l'évolution des besoins et de dégager des interprétations.

Une telle démarche suppose, dans l'objectif de respect de la légalité, une organisation appropriée et une formation continue des opérateurs en vue de leur assurer une connaissance actualisée du droit applicable.

Une instance de médiation, compétente pour statuer sur les éventuelles divergences d'interprétation, permettrait de prévenir ou d'accélérer le règlement des litiges, tout en allégeant la charge des tribunaux administratifs et par conséquent leurs délais de jugement.

298. Rapport au Premier ministre sur l'attractivité du territoire français, Michel Charzat, Pierre Hanotaux, Claude Wendling, juillet 2001. Rapport au ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, « Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire », par Bruno Gibert, Corso Bavagnoli et Jean-Baptiste Nicolas.



Conclusion

Les facteurs de prolifération et de complexification des normes ne sont pas tous maîtrisables.

On aurait, s'il en allait autrement, depuis longtemps tiré profit de l'avertissement de Montaigne :

« Nous avons en France plus de lois que le reste du monde ensemble, et plus qu'il n'en faudrait à régler tous les mondes d'Épicure... Qu'ont gagné nos législateurs à choisir cent mille espèces et faits particuliers et à y attacher cent mille lois ? Ce nombre n'a aucune proportion avec l'infinie diversité des actions humaines. La multiplication de nos inventions n'arrivera pas à la variation des exemples. Il y a peu de relation de nos actions, qui sont en perpétuelle mutation, avec les lois fixes et immobiles. Les plus désirables, ce sont les plus rares, simples et générales [...] »²⁹⁹.

Les exigences de sécurité juridique et d'efficacité économique rendent, en revanche, nécessaire l'élimination des dérives qui disqualifient la loi et le législateur, et menacent la cohésion sociale.

Pour atteindre cet objectif, car ce qui est en cause, à peine de paralysie des institutions et de la société, est une obligation de résultat, il ne suffit pas de porter un diagnostic sur le mal ; encore faut-il imaginer des remèdes à sa mesure. Tel n'a pas été le cas, jusqu'à présent, en France, au contraire de plusieurs pays étrangers. Sortir de ces limbes n'est pas impossible en ayant recours à des procédés conformes à la tradition nationale, mais en rupture avec les abandons dénoncés par Montaigne.

Il n'est d'autre solution, dans cette perspective, que de mettre en place des dispositifs propres à faire efficacement contrepoids aux facilités et aux tentations, et de faire en sorte qu'ils ne tombent pas promptement en désuétude. Aussi bien, si une partie des stratégies proposées appelle essentiellement des efforts d'organisation, une autre ne peut-elle entrer dans les mœurs, et infléchir celles-ci, qu'au prix de l'énoncé solennel, par la voie constitutionnelle si nécessaire, de disciplines qui resteront, sinon, vœux pieux et lettre morte.

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



Des pays où le droit écrit dispose d'un moindre crédit qu'en France s'en sont à l'évidence avisés, et n'ont pas hésité à édicter, malgré tout, un droit écrit de l'élaboration du droit, destiné à éviter que l'intempérance normative ne débouche sur l'insignifiance des normes.

On ne saurait, par conséquent, tenir pour dérisoire que, pour arracher les lois au désordre, en faire moins, et de meilleures, il faille encore écrire une loi. Surtout pas dans une société où la loi revêt une portée symbolique. Y renoncer reviendrait à s'abandonner à des fatalités dont on a assez dit les conséquences perverses pour mesurer l'urgence de les conjurer.



Contributions



La loi britannique et la sécurité juridique

John S. Bell

Professeur à la faculté de droit, université de Cambridge

Le *National Audit Office*¹ a récemment souligné plusieurs causes de complexité du droit pour les usagers².

En premier lieu, la *complexité normative* résulte parfois d'une mauvaise conception des lois. Les modifications récurrentes d'un régime juridique conduisent généralement à une modification des pratiques, et peuvent avoir des conséquences imprévues sur le système qui en résulte. Les changements occasionnels de la réglementation peuvent créer un « terrain bigarré » de règles offrant une multiplicité d'approches pour une situation juridique donnée.

Une seconde cause de complexité du droit provient de la *complexité administrative*, et essentiellement des interactions entre les administrations chargées de la mise en œuvre des politiques publiques. En effet, les défauts de coordination peuvent engendrer des incohérences entre les différentes réponses qu'elles apportent à une même problématique. Des divergences apparaissent aussi bien dans l'élaboration des normes, que dans leurs interprétations.

Le *National Audit Office* constate qu'il est souvent difficile pour l'utilisateur de distinguer la complexité résultant des normes elles-mêmes, de celle induite par leur application, notamment lorsque celle-ci relève d'un pouvoir discrétionnaire.

Aussi, le rôle du législateur producteur de normes, et celui de l'administration, chargée de leur application sont-ils indissociables.

C'est sur ce constat que se sont appuyées les mesures prises depuis 1997 au Royaume-Uni³, afin de clarifier et rendre plus efficace non seulement l'élaboration de la législation, mais aussi son interprétation et sa mise en œuvre.

1. Le *National Audit Office* est une institution supérieure de contrôle des comptes publics. Il s'agit d'un organe indépendant, ne recevant aucune instruction, et travaillant en symbiose totale avec la commission de contrôle des comptes publics de la Chambre des communes. En outre, le contrôleur général qui se trouve à la tête du *National Audit Office* est nommé sur proposition de la Chambre des communes et la loi le considère comme appartenant au personnel de l'Assemblée.

2. National Audit Office, *Dealing with the complexity of the benefits system*, 18 novembre 2005, p. 7-8.

3. Ce texte se concentre sur les procédures du Parlement britannique sans examiner les procédures législatives au sein des assemblées décentralisées, celles-ci étant calquées sur le même modèle.



En matière de complexité normative, plusieurs problématiques doivent être relevées :

- la lisibilité des textes ;
- l'évaluation de l'impact du fardeau réglementaire sur l'utilisateur ;
- l'élaboration des textes.

La lisibilité des textes

L'illisibilité originelle des textes juridiques. Dans la tradition britannique, les projets de loi sont rédigés par des juristes spécialisés de la fonction publique, regroupés au sein de l'*Office of Parliamentary Counsel*⁴. Un ou plusieurs juristes sont chargés de préparer le texte, avant de le soumettre aux sous-commissions du *Cabinet*.

Cependant, le projet de texte initial est sujet à d'importantes déformations lors de la procédure parlementaire. Ainsi, lorsque le projet de loi est renvoyé en commission, le recours aux amendements peut conduire à le modifier substantiellement. Dès lors, et sauf corrections apportées par la Chambre des Lords, le texte de loi comporte fréquemment des défauts de rédaction. *De facto*, si la qualité des textes initiaux est garantie, celle du texte issu du Parlement n'est pas nécessairement assurée.

D'autre part, le débat relatif à l'excessive complexité rédactionnelle des lois britanniques⁵ est ancien. Au Royaume-Uni, la volonté du législateur de prétendre à l'exhaustivité est plus prégnante qu'en France et le conduit à envisager une multiplicité de situations et d'hypothèses qui conduisent à des textes généralement plus longs et plus techniques. Depuis plusieurs années, certains groupes de pression proposent de simplifier et de vulgariser le langage administratif (dit « *plain English* »), mais sans pour autant exercer une influence décisive sur la structure de la plupart des lois. Néanmoins, pour la législation fiscale, le Parlement a voté en 1997 une procédure spéciale relative à l'adoption de ces lois, dite *Tax Law Rewrite Bills*. En deuxième lecture les textes fiscaux sont renvoyés pour avis⁶ à une commission conjointe aux deux Chambres. Celle-ci réalise de nombreuses auditions d'experts et d'acteurs extérieurs afin d'améliorer la qualité rédactionnelle des textes en vue d'une meilleure accessibilité.

L'illisibilité résultant de l'évolution de la législation. Aujourd'hui, le citoyen peut aisément accéder au droit en vigueur. Si les banques de données privées (*Westlaw* et *Butterworths Direct*) ou publiques permettent de consulter la ver-

4. Cf. J. Bell et G. Engle, *Cross on Statutory interpretation*, 1995, p. 199-203 ; M. Zander, *The law-making process*, 2004, p. 14-37.

5. *Op. cit.*, J. Bell et G. Engle, *Cross on Statutory interpretation*, 1995 ; M. Zander, *The law-making process*, 2004.

6. D. Salter, « Towards a Parliamentary Procedure for the Tax Law Rewrite », *Statute law Review*, 1998.



sion consolidée du texte, elle ne font pas nécessairement ressortir les évolutions législatives, publiées par l'*Office of Public Sector Information* (anciennement *Stationary Office*). Lorsque l'application du texte ne pose pas de difficulté majeure, un manque de cohérence peut néanmoins subsister en raison de la concurrence des textes en vigueur. À ce titre, la *Law Commission* propose régulièrement l'abrogation des lois tombées en désuétude (*statute law revision*) ou leur codification (*consolidation*)⁷. Chaque année, une loi « fourre-tout » (*omnibus*) d'abrogation est votée par le Parlement, faisant suite aux travaux menés par la *Law Commission*, et après une large consultation citoyenne.

L'accessibilité des textes. Les usagers ne peuvent que difficilement comprendre la cohérence d'un droit éclaté entre des dispositions relevant de la loi et d'autres relevant de la législation secondaire (*delegated legislation*). Cette dernière est en effet sujette à de nombreuses modifications de tout ou partie des textes sans que, dans ce dernier cas, les ministres chargés des projets modificatifs ne veillent forcément à la cohérence d'ensemble du dispositif en résultant. Aussi, pour mieux saisir le droit applicable dans son intégralité, il est nécessaire de considérer les modifications successives des textes.

Par ailleurs, pour assurer une meilleure accessibilité des règles de droit aux non-juristes, notamment aux Petites et Moyennes Entreprises (PME), il a été décidé d'en présenter l'essentiel dans un langage simple et clair. Dans le cadre du programme « *better regulation* » chaque ministère publie à l'attention des entreprises une présentation synthétique des règles de base du secteur concerné, disponible sur le portail du service gouvernemental « *Business Link* »⁸. Cette initiative fait suite à la publication en mai 2003 du document « *No-Nonsense Guide to Government rules and regulations for setting up your business* » du « *Small Business Service* »⁹. L'outil Internet, permettant ainsi la publication et une meilleure accessibilité aux textes, a remporté un succès considérable : 7 millions de visiteurs ont été dénombrés entre novembre 2003 et mars 2005¹⁰.

Le programme « *Business Link* » s'efforce non seulement d'assurer une meilleure accessibilité du droit, mais aussi de développer un dialogue direct avec les PME par le biais de consultations menées, depuis avril 2005, grâce au réseau des services « *Business Link* », rattaché aux agences de développement régional (« *Regional Development Agencies* »). Par ailleurs, le Gouvernement a décidé de consacrer deux jours par an, le 6 avril et le 1^{er} octobre¹¹, à l'application effective des législations primaire et secondaire relatives à la réglementation des PME.

7. M. Zander, *The law-making process*, 2004.

8. <http://www.businesslink.gov.uk>.

9. Le *Small Business Service* (<http://www.sbs.gov.uk>) est une administration autonome, contrôlée par le *Department for Trade and Industry* dont la mission consiste à soutenir les PME. Cet organisme prodigue des conseils fiscaux et de financement aux PME.

10. Small Business Service, *Annual Report and Resources Accounts*, 2004-2005, p. 18.

11. *Ibid.*, p. 26.



Le Gouvernement peut également consulter des entreprises membres du réseau afin d'évaluer les effets des projets réglementaires et leurs éventuelles conséquences sur la complexité du droit.

L'évaluation de l'impact sur l'utilisateur

La complexité de la loi résulte tant d'une moindre lisibilité des textes que de la multiplicité croissante des normes entraînant d'éventuelles redondances et contradictions. Ainsi, certaines règles relatives à la sécurité des personnes peuvent entrer en conflit avec des dispositions rendant l'accès des bâtiments aux handicapés obligatoire.

Aussi, depuis 1994, les gouvernements successifs se sont-ils employés à réduire la complexification de la loi. Le recours aux études d'impact participe de cette politique.

Les textes législatifs font l'objet d'une double évaluation : par une *évaluation préalable* de la nécessité et de l'impact de la proposition de loi (*Regulatory Impact Assessments*) et *a posteriori* au moyen de la déréglementation (*deregulation*).

Depuis 1998, le *Cabinet Office* exige que les projets de loi soient accompagnés de *Regulatory Impact Assessments*. Ces études d'impact ont pour fonction d'évaluer les éventuelles conséquences de toute nouvelle réglementation, par une approche en terme de bilan coûts-avantages. Elles doivent par ailleurs recenser toutes les alternatives possibles, y compris l'abandon du projet de loi. Réalisées par chaque ministère, les études d'impact font appel à une large consultation d'acteurs directement concernés par la loi en cours d'élaboration. Depuis 2002, les évaluations visent également les petites et les moyennes entreprises.

Cependant, en pratique, la réalisation de ce bilan se révèle souvent difficile. L'étude menée par le *National Audit Office* en 2005 souligne en effet que si les ministères sont parvenus à identifier les coûts des réformes ¹², l'évaluation de leurs avantages se révèle autrement plus délicate.

Le *National Audit Office* recommande aux ministères d'avoir recours à des économistes pour mener à bien ces études d'impact.

Aussi, pour pallier au mieux les conséquences trop incertaines de la réglementation, les études d'impact s'avèrent-elles indispensables afin de mieux encadrer les décisions politiques.

À maintes reprises, cette procédure a permis d'apporter des corrections substantielles aux projets de loi. Cependant, selon le *National Audit Office*, certains effets ne peuvent être évalués qu'*a posteriori*, c'est à dire après l'adoption des

12. National Audit Office, *Evaluation of Regulatory Impact Assessments Compendium Report 2004-2005*, 2005 § 9.



décisions majeures concernant le projet de loi. La transposition des directives européennes illustre bien ce cas de figure. Or, même dans cette dernière hypothèse, l'évaluation se révèle bénéfique puisqu'elle améliore la qualité de la décision et contribue à assurer une meilleure transparence politique ¹³.

Le recours aux *Regulatory Impact Assessments* n'est qu'une option parmi d'autres pour évaluer la pertinence des interventions législatives. Dans d'autres cas en effet, il s'agit non plus de « filtrer » ou de prévenir l'introduction de nouvelles réglementations mais plutôt de réviser des textes déjà en vigueur et d'envisager une éventuelle déréglementation (*deregulation*).

Le *Regulatory Reform Act 2001* ¹⁴ offre la possibilité de réviser certaines lois et décrets afin de réduire le fardeau de la réglementation. Pour cela, le ministre doit ainsi déposer un projet de décret de déréglementation (*regulatory reform order*), accompagné d'un exposé des motifs. À l'issue d'un examen en commission parlementaire le texte peut être modifié par le ministre. La commission parlementaire publie alors un rapport sur le texte (en incorporant ses modifications), et le Parlement délibère en séance plénière. Enfin, vient l'adoption du texte définitif par le Parlement ¹⁵.

Cette procédure ne s'applique que dans le but de réduire le « fardeau administratif » (*administrative burdens*). Pour prendre leur plein effet, ces réformes législatives doivent être complétées par des réformes administratives. La réforme de 2005 proposée par la Commission Hampton vise ainsi à réduire le nombre de formulaires et de réglementations superflus. En pratique, s'il est aujourd'hui régulièrement procédé à un examen administratif de la réglementation en vigueur, celui-ci sera prochainement complété par un projet de loi le rendant obligatoire ¹⁶. Ce texte devrait contribuer à restreindre l'intervention de la régulation gouvernementale aux situations où des risques l'exigent.

Si chaque ministère doit se conformer à la procédure des *Regulatory Impact Assessments* en accompagnement de ses projets de loi, l'évaluation est ensuite réalisée en deux étapes au sein du Gouvernement. D'abord, ils subissent un examen détaillé par le *Regulatory Impact Office* du *Cabinet Office*. Ensuite, les éléments dont l'impact sur les entreprises s'avère significatif doivent être approuvés par le *Prime Minister's Panel for Regulatory Accountability*. Ces procédures internes au Gouvernement lui permettent de s'assurer de l'absence de dispositions trop complexes pour les usagers. Le régime des *Regulatory Impact Assessments* fait l'objet d'évaluations régulières par le *National Audit Office*, dont les missions sont comparables à celles de la Cour des comptes française. Par ailleurs, depuis 1997, la *Better Regulation Task Force*, organe

13. National Audit Office, *Evaluation of Regulatory Impact Assessments Compendium Report 2004-2005*, 2005 § 19 et 21.

14. Cette loi se substitue à la *Deregulation and Contracting Out Act 1994*, celle modifiant uniquement les lois antérieures à 1994.

15. La procédure prend la forme d'*affirmative resolutions* : le Parlement doit adopter le texte par un vote positif.

16. Cf. « Better Regulation Action Plan » du Chancelier de l'Echiquier, 24 mai 2005 (<http://www.hm-treasury.gov.uk>).



indépendant, évalue les *Regulatory Impact Assessments* puis en publie les résultats. Le Gouvernement est tenu de répondre à ces rapports.

La préparation des textes

En 1971¹⁷, 81 lois ont été promulguées, représentant 2107 pages ou 1963 articles. En 2003, on en dénombrait 44, soit 2868 pages. Ainsi, on constate une augmentation sensible du volume des lois. Les décrets ont connu une évolution similaire. Cependant, la complexité de ces textes peut être réduite par une discussion préalable au vote du projet de loi ou du décret.

Au Royaume-Uni il n'existe pas d'examen préalable par une instance indépendante des projets de loi, tel que le Conseil d'État français ou le *Lagrådet* suédois¹⁸. D'ailleurs, H. Benyon souligne que dans les années 1970, seuls 28 % des lois faisaient l'objet d'un tel examen. En outre, un rapport de 1992 a conclu que les lois étaient trop souvent mal conçues, et insuffisamment précises¹⁹. Pour les 72 % restant n'était réalisée qu'une évaluation au sein de commissions internes au *Cabinet*. Enfin, les commissions parlementaires saisies d'un projet de loi se contentaient d'en discuter les amendements, au détriment de la cohérence d'ensemble du texte et sans pour autant produire de rapport d'information.

Néanmoins, depuis les années 1990, et plus particulièrement depuis 1997, la procédure législative a connu de profondes évolutions.

La prise de conscience par le Gouvernement conservateur des défauts de la procédure parlementaire, a conduit à développer l'examen des projets de loi en commission parlementaire. Celle-ci, siégeant en séance publique, réalise des consultations d'intervenants extérieurs (experts, citoyens, etc.). Elle examine la cohérence d'ensemble de la politique proposée, ainsi que ses modalités de mise en œuvre. À l'issue de la délibération, la commission produit un rapport qui contribue à l'amélioration du projet définitif, soumis au Parlement²⁰. Ainsi, le rapport de la commission conjointe des Chambres sur le *Communications Bill* de 2002 contenait-il 148 recommandations, dont 120 furent acceptées par le Gouvernement²¹.

17. M. Zander, *The law-making process*, 2004.

18. Le Parlement recourt de plus en plus à l'examen constitutionnel et juridique des textes de loi par la Commission conjointe des chambres parlementaires en matière de droits fondamentaux (*Joint Committee on Human Rights*) et la Commission sur la Constitution, celles-ci s'associant aux commissions internes du *Cabinet*. Cf. R Hazell, « Who is the guardian of legal values in the legislative process : Parliament or the Executive ? », *Public Law*, 2004, p. 495.

19. Cf. thèse de H. Benyon, *Independent Advice on Legislation*, 1982, p. 21.

20. A. Kennon, « Pre-legislative scrutiny of draft Bills », *Public Law*, 2004, p. 477.

21. *Ibid.*, p. 490.



Le Gouvernement a recours à cette procédure pour l'élaboration de projets de loi faisant l'objet d'un large consensus politique – de 6 à 10 projets de loi en moyenne par session²². Dès lors, les controverses portent essentiellement sur les questions de société et sur l'appréciation de l'efficacité des mesures proposées.

Conclusion

Au regard des différentes initiatives mises en œuvre afin de réduire la complexité du droit, le bilan apparaît en demi-teinte. Si l'on considère les différents programmes de réglementation mis en œuvre à cet effet, il n'est pas établi qu'ils aient contribué à une forte diminution de la complexité législative et réglementaire.

Par ailleurs, certaines décisions politiques impliquent un accroissement de la réglementation : ainsi, les textes relatifs à la discrimination sous toutes ses formes se sont-ils multipliés. La lutte contre le blanchiment des fonds terroristes offre une autre illustration de ce phénomène.

De surcroît, ces lois à portée politique induisent souvent un moindre temps de réflexion, ce qui conduit à leurs modifications ultérieures.

Cependant, s'il semble bien que la complexité juridique demeure une réalité au Royaume-Uni, les efforts mis en œuvre ces dernières années ont eu pour effet, dans une certaine mesure, de la réduire.

22. *Ibid.*, p. 492-494.



Procédure parlementaire et qualité de la législation : la contribution du Conseil constitutionnel à la sécurité juridique

*Damien Chamussy,
administrateur de l'Assemblée nationale,
chargé de mission au Conseil constitutionnel*

Nul ne conteste que la jurisprudence du Conseil constitutionnel exerce une influence sur la qualité de la législation. Ne serait-ce qu'à travers la sanction des « incompétences négatives », le Conseil s'assure, de longue date, que la loi comporte bien certaines caractéristiques. Depuis 1999, l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi lui offre des possibilités nouvelles. Cette influence peut également s'exercer au travers du contrôle de la procédure parlementaire, lequel représentait, dans l'esprit du constituant de 1958, l'une de ses missions premières.

Cependant, le débat sur la législation a pris une ampleur nouvelle au cours de la période récente. Son volume croît ; sa qualité, souligne-t-on, se dégrade, les textes devenant trop touffus, trop « bavards ». On constate, à l'Assemblée nationale comme au Sénat, une forte augmentation du nombre d'amendements déposés sur les textes examinés. Les conditions dans lesquelles le Parlement travaille sont critiquées ; les sessions extraordinaires se succèdent sous la douzième législature alors que l'on pouvait penser, en 1995, lors de la mise en place de la session unique, qu'elles disparaîtraient ou qu'elles se limiteraient désormais à de courtes anticipations ou prolongations de la session ordinaire.

Les causes de ce phénomène ont été souvent analysées. Elles sont, au demeurant, nombreuses : influences croisées du droit international, du droit communautaire et de la décentralisation, alternances politiques, complexification des rapports sociaux, accélération du temps dans des sociétés médiatisées, utilisation de la loi comme un « instrument de communication », etc. Il existe, aussi, une « demande sociale » de loi, qui produit des effets négatifs bien qu'elle témoigne du renforcement de la place du droit dans une société moderne.

C'est dans ce contexte que le Conseil constitutionnel a manifesté sa volonté de contrôler davantage le bon déroulement de la procédure parlementaire et la qualité de la législation. Son président, M. Pierre Mazeaud, avait solennellement justifié cet engagement, le 3 janvier 2005, à l'occasion de ses vœux au Président de la République : « *Il faut comprendre que la qualité de la législation n'est pas une simple question technique. Sa dégradation est un mal profond qui peut porter atteinte aux fondements mêmes de l'État de droit.* » Cette déclaration faisait écho aux préoccupations exprimées, il y a près de quinze



ans, par le Conseil d'État : « *Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite*¹. »

Ainsi, au cours de la période récente, le Conseil constitutionnel a abordé de façon renouvelée des questions aussi différentes que le droit d'amendement, le sens de la « navette » et la procédure parlementaire au sens large, la place des dispositions réglementaires dans les textes législatifs ou celle des dispositions ordinaires dans les lois organiques, l'objet, la forme et le contenu de la loi. Son objectif : contribuer à la sécurité juridique.

I. La procédure législative

En contrôlant la procédure, le Conseil constitutionnel peut agir sur la qualité de la législation. C'est en particulier à propos du droit d'amendement qu'il a manifesté, à l'occasion de plusieurs décisions récentes, son souci d'une plus grande rigueur.

1) La recevabilité financière des initiatives parlementaires

Les procédures d'examen de la conformité des amendements à l'article 40 de la Constitution doivent s'exercer au moment de leur dépôt : c'est ce qu'a rappelé le Conseil au considérant 28 de sa décision n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005².

En effet, examinant l'article 7 de la nouvelle loi organique sur les lois de financement de la sécurité sociale, qui permet à un parlementaire de majorer le montant d'un sous-objectif inclus dans un objectif à condition de ne pas augmenter le montant de celui-ci, le Conseil a renvoyé aux procédures d'examen de la recevabilité financière le soin de vérifier la conformité des amendements à l'article 40 de la Constitution. Il a précisé, à cet égard, que lesdites procédures « *doivent s'exercer au moment du dépôt d'un amendement* ».

Cette exigence de contrôle *a priori* vaut pour tous les amendements ayant un impact financier. Elle doit également prévaloir, par exemple, lorsqu'un parlementaire prend l'initiative d'augmenter les crédits d'un programme en compensant ce mouvement par une diminution corrélative des crédits d'un autre programme au sein de la même mission, comme la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances lui permet de le faire.

Le Conseil a ainsi rappelé le caractère absolu de l'irrecevabilité financière instituée par l'article 40 de la Constitution tant pour les propositions de loi³ que pour les amendements, dont l'absence de contrôle participe de l'encombrement du Parlement et de l'inflation législative.

1. Rapport public 1991 du Conseil d'État, *De la sécurité juridique*.

2. *Journal officiel* du 3 août 2005, p. 12661.

3. Décision n° 78-94 DC du 14 juin 1978, Rec. p. 15.



L'exigence d'un contrôle *a priori* a été réaffirmée, le 13 octobre 2005, par la décision n° 2005-526 DC rendue sur le règlement de l'Assemblée nationale⁴. Avant de valider les deux articles rendant applicables les nouveaux principes de recevabilité financière résultant des lois organiques des 1^{er} août 2001 (relative aux lois de finances) et 2 août 2005 (relative aux lois de financement de la sécurité sociale), le Conseil s'est assuré que les procédures mises en œuvre à l'Assemblée nationale s'exerçaient bien au moment du dépôt des amendements.

2) La clarté et la sincérité des débats

La décision n° 2005-526 DC du 13 octobre 2005, précitée, a aussi été l'occasion pour le Conseil de procéder à une avancée en ancrant dans la Constitution les principes de clarté et de sincérité du débat parlementaire.

La résolution adoptée par l'Assemblée nationale afin de modifier son règlement instituait un nouveau délai limite pour le dépôt des amendements à la seconde partie du projet de loi de finances. Désormais, les amendements des députés aux missions et aux articles qui leur sont rattachés, d'une part, et aux articles non rattachés, d'autre part, ne peuvent plus être présentés, « sauf décision de la Conférence des Présidents », que jusqu'à 17 heures l'avant-veille de la discussion de ces missions ou la veille de la discussion de ces articles.

Cette mesure ne soulevait pas de difficulté, le Conseil ne pouvant qu'admettre, dans certaines limites, la possibilité pour une assemblée d'encadrer le dépôt des amendements. Le 13 octobre 2005, il a simplement relevé, comme il l'avait déjà fait en 1990 à l'occasion d'une modification du règlement du Sénat⁵, que les délais de dépôt prévus par la résolution, « *qui visent uniquement les amendements émanant des députés, n'interdisent pas de déposer ultérieurement des sous-amendements* » (cons. 4).

Mais la résolution laissait à la Conférence des Présidents la faculté de fixer un autre délai, plus large ou plus restrictif, pour le dépôt des amendements. Dès lors que cette faculté ne faisait l'objet d'aucune limitation dans le temps, le Conseil était conduit à se poser de nouveau la question du droit d'amendement : il a donc précisé, dans une réserve, que la Conférence des Présidents devra exercer sa compétence dans le respect du droit d'amendement conféré aux parlementaires par l'article 44 de la Constitution.

L'intérêt de cette décision réside surtout dans le fait que, à cette occasion, le Conseil a considéré que la faculté reconnue à la Conférence des Présidents de fixer un délai pour le dépôt des amendements « *peut permettre d'assurer la clarté et la sincérité du débat parlementaire, sans lesquelles ne seraient garanties ni la règle énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, aux termes duquel : "La loi est l'expression de la volonté générale..."*, ni celle résultant du premier alinéa de l'article 3 de la Constitution, en vertu duquel : "La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants..." ».

4. *Journal officiel* du 20 octobre 2005, p. 16610.

5. Décision n° 90-278 DC du 7 novembre 1990, cons. 9, Rec. p. 79.



La notion de sincérité des débats parlementaires était apparue dans la jurisprudence du Conseil à l'occasion de la décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005 sur la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (cons. 4) ⁶. L'article 6 de la Déclaration de 1789 constitue, quant à lui, le fondement sur lequel a été bâtie la jurisprudence nouvelle relative à la normativité de la loi (voir *infra*).

En consacrant, le 13 octobre 2005, l'ancrage constitutionnel de ces notions de clarté et de sincérité des débats, **le Conseil a mis l'accent sur l'importance que doit revêtir la qualité de la loi, et donc corrélativement sur l'importance de la qualité du débat qui doit présider à son adoption, celui-ci devant être, autant qu'il est possible, toujours clair et sincère.**

Il résulte de cette décision deux principes essentiels pour la procédure législative.

En premier lieu, les assemblées peuvent instituer, si elles le souhaitent, des délais pour le dépôt de l'ensemble des amendements, sous réserve des conditions fixées par la jurisprudence. Cette pratique existe déjà au Sénat ; le président Jean-Louis Debré souhaite la généraliser également à l'Assemblée nationale ⁷. Certes, le droit d'amendement demeure protégé, mais on peut déduire de la décision du 13 octobre 2005 que le Conseil se refuse désormais à le faire prévaloir en toute circonstance.

En second lieu, le principe de clarté et de sincérité du débat parlementaire peut permettre aux assemblées de prendre, plus largement, des mesures tendant à encadrer leurs travaux, dès lors qu'elles sont justifiées par la nécessité d'assurer la qualité de la législation et qu'elles sont conciliées avec les autres principes constitutionnels.

3) Le droit d'amendement et la navette

La jurisprudence sur le droit d'amendement, qui donne tout son sens à la « navette » entre les deux assemblées, a beaucoup fluctué au cours des années 1980 et 1990. Elle s'est, depuis, stabilisée.

Avec les décisions récemment rendues à ce propos par le Conseil constitutionnel, cette jurisprudence est également devenue cohérente au regard de la procédure législative et des exigences de clarté et de sincérité des débats parlementaires.

Le lien entre l'amendement et le texte en discussion

- La rationalisation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur le droit d'amendement a débuté en 1998. Le Conseil, qui avait jusque-là récusé toute restriction du droit d'amendement du Gouvernement à quelque stade que ce

6. *Journal officiel* du 24 avril 2005, p. 7173.

7. Voir la proposition de résolution n° 2792 tendant à modifier l'article 99 du règlement relatif au délai de dépôt des amendements présentée, le 17 janvier 2006, par M. Jean-Louis Debré, président de l'Assemblée nationale.



soit de la procédure parlementaire⁸, commence alors à se rallier à la « théorie de l'entonnoir », du moins, jusqu'à une date récente, pour la partie de la discussion s'ouvrant avec la tenue de la commission mixte paritaire (CMP)⁹.

Dégagée il y a fort longtemps par la pratique parlementaire et figurant également dans les règlements des assemblées, la « théorie de l'entonnoir » signifie qu'au cours de la navette, le débat ne doit plus porter que sur les dispositions sur lesquelles un accord n'est pas déjà intervenu.

En se fondant sur l'économie de l'article 45, le Conseil a ainsi jugé que, après la réunion de la CMP, le Parlement ne peut ni apporter des adjonctions au texte en examen ni modifier des dispositions auparavant adoptées en termes identiques.

Des exceptions sont cependant admises au profit des amendements qui sont soit en relation directe avec une disposition restant en discussion, soit dictés par la nécessité de respecter la Constitution, d'assurer une coordination avec d'autres textes en cours d'examen au Parlement ou de corriger une erreur matérielle.

• En 2001, la théorie sur les « limites inhérentes » à l'exercice du droit d'amendement, développée par le Conseil à partir de 1986¹⁰, a également cédé la place à une conception plus réaliste, et plus respectueuse des prérogatives parlementaires, du lien entre les amendements et les textes en discussion : appliquant des principes proches des règlements des assemblées¹¹, le Conseil exige, désormais, que, dès avant la commission mixte paritaire, les amendements ne soient pas dépourvus de tout lien avec les autres dispositions du texte initialement déposé¹².

Depuis, plusieurs décisions ont confirmé cette double jurisprudence qui contribue à la qualité de la législation en assurant la cohérence des textes de loi.

8. Le Conseil avait reconnu un droit d'amendement au Gouvernement en deuxième lecture (décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, Rec. p. 42) et même après la tenue d'une commission mixte paritaire : voir la décision n° 81-136 DC du 31 décembre 1981, Rec. p. 48 (hypothèse de l'échec de la CMP), ainsi que la décision n° 86-221 DC du 29 décembre 1986, Rec. p. 179 (hypothèse de l'accord en CMP).

9. Le revirement est mis en œuvre par la décision n° 98-402 DC du 25 juin 1998, Rec. p. 269 (censure de quatre articles d'une loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier issus d'amendements adoptés après l'échec de la commission mixte paritaire). Il a été précisé par des décisions ultérieures (notamment par les décisions n° 2000-429, Rec. p. 84, et n° 2000-430 DC, Rec. p. 95, des 30 mai et 29 juin 2000).

10. Décision n° 86-221 DC du 29 décembre 1986, précitée. Voir, pour une application concrète, la décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, Rec. p. 13.

11. L'article 98-5 du règlement de l'Assemblée nationale prévoit que : « *Les amendements et les sous-amendements ne sont recevables que s'ils s'appliquent effectivement au texte qu'ils visent ou, s'agissant d'articles additionnels, s'ils sont proposés dans le cadre du projet ou de la proposition.* » L'article 48-3 du règlement du Sénat prévoit que : « *Les amendements ne sont recevables que s'ils s'appliquent effectivement au texte qu'ils visent ou, s'agissant d'articles additionnels, s'ils ne sont pas dépourvus de tout lien avec l'objet du texte en discussion.* » Ces principes figuraient déjà dans les règlements des assemblées, à quelques nuances près, sous les III^e et IV^e Républiques.

12. Décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, Rec. p. 63.



Ainsi, dans sa décision n° 2003-479 DC du 30 juillet 2003 (loi de sécurité financière, Rec. p. 409), le Conseil a déclaré contraire à la Constitution un article ayant trait à la procédure disciplinaire des fonctionnaires du Sénat au motif qu'il était dépourvu de tout lien avec le projet de loi qui, lors de son dépôt, comportait exclusivement des dispositions relatives aux marchés financiers, à l'assurance, au crédit, à l'investissement, à l'épargne et aux comptes des sociétés.

Dans sa décision n° 2003-481 DC du même jour (loi relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, Rec. p. 411), le Conseil a censuré une disposition validant des actes réglementaires ayant pour effet de modifier le taux de remboursement de certains médicaments, la considérant dépourvue de tout lien avec un projet de loi qui, lors de son dépôt, ne comportait que des mesures relatives aux fédérations sportives, au sport professionnel ainsi qu'à la formation en matière d'activités physiques et sportives.

Dans sa décision n° 2004-501 DC du 5 août 2004 (loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, Rec. p. 134), le Conseil a déclaré contraire à la Constitution une disposition qui modifiait la législation relative à la limite d'âge des dirigeants de l'ensemble des établissements et des sociétés du secteur public et qui, par sa généralité, était dépourvue de tout lien avec les questions énergétiques.

Après la CMP plusieurs censures ont été prononcées¹³ mais la portée de la nouvelle jurisprudence a été rapidement intégrée.

On observera que, selon les mêmes principes mais sur un fondement constitutionnel et organique, le Conseil censure également, de longue date, les « cavaliers budgétaires » et, depuis dix ans, les « cavaliers sociaux ». À cet égard, ses décisions récentes montrent que sa volonté demeure entière sous l'empire des nouvelles dispositions organiques qui régissent, désormais, les lois de finances¹⁴ et les lois de financement de la sécurité sociale¹⁵.

La commission mixte paritaire

La rigueur du contrôle exercé après la commission mixte paritaire a épargné, dans un premier temps, ce maillon essentiel de la procédure législative. Or, dans le cadre de la décision précitée n° 2004-501 DC du 5 août 2004, le Conseil a

13. Au-delà des décisions précitées (98-402 DC du 25 juin 1998, 2000-429 DC du 30 mai 2000, 2000-430 DC du 29 juin 2000), voir : décision n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, cons. 48 à 52, Rec. p. 276 ; décision n° 99-414 DC du 8 juillet 1999, cons. 13, Rec. p. 92 ; décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, cons. 55, Rec. p. 100 ; décision n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, cons. 2 à 10, Rec. p. 107 ; décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000, cons. 56 à 58, Rec. p. 164 ; décision n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, cons. 30 à 38, Rec. p. 164 ; décision n° 2001-457 DC du 27 décembre 2001, cons. 20 à 24, Rec. p. 192.

14. Loi organique n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001 relative aux lois de finances. Voir la décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 sur la loi de finances pour 2006, *JO* du 31 décembre 2005.

15. Loi organique n° 2005-881 du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la sécurité sociale. Voir la décision n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005, *JO* du 20 décembre 2005 : malgré l'élargissement du champ des lois de financement opéré par la loi du 2 août 2005, le Conseil a censuré d'office dix « cavaliers sociaux ».



procédé à une avancée jurisprudentielle concernant, cette fois, l'objet même des CMP.

En vertu du deuxième alinéa de l'article 45 de la Constitution, la CMP peut être provoquée par le Premier ministre, en cas de désaccord entre les deux assemblées sur un projet ou une proposition de loi, après deux lectures, voire après une seule lecture lorsque l'urgence a été déclarée. Selon les termes de la Constitution, la CMP est alors « *chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion* ».

Dans sa décision du 5 août 2004, le Conseil a encadré l'objet des CMP en se saisissant d'office de deux dispositions relatives à la composition et aux compétences du Conseil supérieur de l'énergie. Après avoir constaté qu'elles ne figuraient pas parmi celles qui restaient en discussion à l'issue de l'examen du projet de loi en première lecture, il a jugé que leur introduction par la CMP n'était pas conforme à la Constitution.

À cette occasion, le Conseil a fait de l'article 45 de la Constitution une interprétation stricte : il s'est opposé à l'introduction en CMP d'un paragraphe complétant un article qui restait en discussion ; le complément ainsi apporté avait pourtant un lien avec l'objet du projet de loi et modifiait, dans l'un des deux cas, une loi antérieure qui était déjà modifiée par le reste de l'article. En outre, le Conseil a implicitement jugé que la notion de « *disposition restant en discussion* » ne couvrait que les articles du texte soumis à la CMP, à l'exclusion de ceux figurant dans d'autres textes en cours d'examen.

Il n'est pas anodin que cette saisine d'office et cette double censure se soient produites dans un contexte d'« embouteillage législatif » et de navettes parallèles sur des sujets connexes. Le Conseil a jugé que les CMP ne pouvaient se départir de la rigueur que la Constitution impose à leurs travaux.

La consécration de « l'entonnoir »

L'exercice, à partir de la commission mixte paritaire, d'un contrôle rigoureux du lien entre l'amendement et le texte en discussion, conjugué avec l'abandon des limites inhérentes et la surveillance accrue des travaux des CMP, a contribué à rationaliser la procédure législative. Pour autant, il demeurerait loisible aux assemblées d'adopter des dispositions additionnelles au cours des deuxième lectures et des lectures ultérieures.

Certes, l'article 108 (alinéa 3) du règlement de l'Assemblée nationale prévoit que, à ce stade : « *La discussion des articles est limitée à ceux pour lesquels les deux assemblées du Parlement n'ont pu parvenir à un texte identique.* »

De même, l'article 42 (alinéa 10) du règlement du Sénat prévoit que : « *À partir de la deuxième lecture au Sénat des projets et propositions de loi, la discussion des articles et des crédits budgétaires est limitée à ceux pour lesquels les deux chambres du Parlement n'ont pas encore adopté un texte ou un montant identique.* »

Ces dispositions, destinées à mettre en œuvre le principe de « l'entonnoir » et d'ailleurs déclarées conformes à la Constitution, faisaient écho à la règle fixée par le premier alinéa de son article 45, aux termes duquel : « *Tout projet ou*



proposition de loi est examinée successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique. » Mais elles n'étaient plus appliquées dans la mesure où le Conseil constitutionnel admettait, pour sa part, l'introduction d'articles additionnels jusqu'à la CMP.

Le caractère inachevé de la « remontée de l'entonnoir » a pu être critiqué. La logique sinon la justification de la navette plaident en faveur d'une avancée supplémentaire. Par ailleurs, la dégradation de la qualité du travail parlementaire, à laquelle participe l'adoption d'un nombre croissant de dispositions nouvelles en « fin de navette », pouvait justifier une rigueur accrue.

Un premier signe dans ce sens a été donné par la décision précitée du 21 avril 2005 rendue sur la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école. Appelé à se prononcer sur une question de procédure, le Conseil a considéré que le Sénat, « *saisi en première lecture de la loi déferée* », pouvait adopter l'article additionnel qui était contesté. Cette référence au niveau de la procédure parlementaire dans un considérant non pas descriptif mais de « bouclage » réservait l'éventualité d'une « remontée de l'entonnoir ».

Présentant ses vœux au Chef de l'État le 3 janvier 2006, le président du Conseil constitutionnel a également insisté sur le fait que « *la bonne tenue du débat parlementaire... impose d'éviter les articles additionnels en fin de navette, phénomène qui connaît un emballement préoccupant* ».

La décision n° 2005-532 DC rendue le 19 janvier 2006 sur la loi de lutte contre le terrorisme et portant diverses dispositions relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers a finalement consacré la logique de « l'entonnoir ».

Dans cette décision, le Conseil a déclaré contraire à la Constitution un article qui modifiait les règles de représentation syndicale au sein des commissions administratives paritaires de la police nationale : la mesure en question a été jugée dépourvue de tout lien avec un projet de loi qui, lors de son dépôt, ne comportait que des dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

La jurisprudence antérieure conduisait déjà à la censure de cette disposition adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale. Le Conseil s'est donc contenté, à cet égard, d'actualiser son considérant traditionnel sur le lien en y intégrant les évolutions récentes de sa jurisprudence, notamment l'exigence renforcée d'un contrôle *a priori* des irrecevabilités financières et la constitutionnalisation du principe de clarté et de sincérité de la procédure parlementaire.

Mais à cette occasion, le Conseil a également annoncé que « l'entonnoir » serait désormais applicable dès la deuxième lecture.

En effet, en se fondant sur l'économie de l'article 45 de la Constitution et notamment son premier alinéa, le Conseil a jugé que « *les adjonctions ou modifications qui peuvent être apportées après la première lecture par les membres du Parlement et par le Gouvernement doivent être en relation directe avec une disposition restant en discussion* ». Demeurent admises, toutefois, les dérogations déjà acceptées après la réunion de la commission mixte paritaire, qui concernent les amendements destinés à assurer le respect de la Constitution, à opérer une coordination avec des textes en cours d'examen ou à corriger une erreur matérielle.



Il en résulte que, sous réserve des dérogations précitées et des précisions qui pourraient être apportées par des décisions ultérieures, il n'est plus possible, après la première lecture d'un projet ou d'une proposition de loi, d'insérer dans un texte en discussion des mesures entièrement nouvelles ou de remettre en cause des dispositions précédemment adoptées en termes identiques par les deux assemblées. La procédure de conciliation susceptible d'être mise en œuvre à travers la réunion de la commission mixte paritaire, à l'issue de laquelle « *aucun amendement n'est recevable sauf accord du Gouvernement* » (troisième alinéa de l'article 45 de la Constitution), n'en conserve pas moins tout son sens.

A ainsi été supprimée la distorsion qui existait jusqu'à présent entre les principes généraux du droit parlementaire et du bicamérisme, d'une part, et la jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'autre part.

Au total, le sens de la jurisprudence récemment développée par le Conseil à propos du droit d'amendement apparaît clairement : la qualité de la loi votée n'est plus assurée lorsque son élaboration s'accompagne d'une multitude d'amendements et que ceux-ci peuvent être présentés si tardivement, par rapport à la séance publique ou au regard de l'avancement de la navette, que les commissions, comme le Gouvernement, et comme les parlementaires eux-mêmes, ont à peine le temps d'en prendre connaissance.

II. La qualité de la législation

À plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel s'est directement engagé sur le terrain d'une appréciation de la qualité de la législation.

1) La hiérarchie des normes

Le contrôle de la hiérarchie des normes a ainsi fait l'objet d'une attention renforcée.

La place des dispositions réglementaires

Dans sa décision précitée n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, le Conseil a apporté sa contribution au débat qui s'est développé sur l'insertion dans la loi de dispositions réglementaires.

En 1982, le Conseil avait considéré « *que, par les articles 34 et 37, alinéa 1^{er}, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi*¹⁶ ».

16. Décision n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, loi sur les prix et les revenus, Rec. p. 57.



La solution de 1982 peut se prévaloir d'un certain réalisme. Sur le terrain de la qualité de la législation, elle ne fait cependant pas l'unanimité. Le Président du Conseil, M. Pierre Mazeaud, déclarait ainsi, à l'occasion de ses vœux pour l'année 2005 : « *Il faut désormais lutter plus activement contre les intrusions de la loi dans le domaine réglementaire... Que la loi empiète occasionnellement sur le domaine réglementaire, voilà qui est compréhensible dans certaines hypothèses... Toutefois, le mal est profond : l'article 37 de la Constitution, qui fonde le pouvoir réglementaire autonome du Gouvernement, se vide de son contenu depuis une trentaine d'années. Nous portons tous notre part de responsabilité dans ce phénomène qui, depuis les années 1970, a vu la loi se gonfler de détails réglementaires. Peut-être le Conseil constitutionnel doit-il faire son autocritique à cet égard.* »

Or, en avril 2005, la saisine dirigée par l'opposition contre la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école dénonçait, de façon générale, la présence en son sein « *de nombreuses dispositions sans aucune portée législative... en contradiction avec les articles 34 et 37 de la Constitution* ». **Le Conseil a donné raison aux requérants en constatant le caractère manifestement réglementaire de quatre articles de la loi** (cons. 23).

Cette décision ne renverse pas la jurisprudence « *Prix et Revenus* » puisque les dispositions déclarées réglementaires ne sont pas pour autant jugées contraires à la Constitution. Il est simplement établi par avance qu'elles ont un caractère réglementaire, ce qui signifie qu'elles sont susceptibles d'être modifiées – ou abrogées – par décret sans que le Gouvernement ait à saisir préalablement le Conseil constitutionnel sur le fondement du second alinéa de l'article 37 de la Constitution. Dans l'intervalle, elles conservent leur rang législatif, à l'instar des dispositions déclassées dans les conditions habituelles tant qu'un décret en Conseil d'État n'est pas venu les abroger ou les modifier.

À la vérité, le Conseil a plutôt complété en 2005 sa décision « *Prix et Revenus* » de 1982. En effet, les reproches adressés à cette dernière sont largement imputables au fait que le Gouvernement a cessé, en amont, d'assurer la protection de son domaine de compétence contre les empiètements de la loi et, en aval, de solliciter des déclassements du fait de la lourdeur de la procédure. La jurisprudence du 21 avril 2005 introduit une certaine souplesse pour l'aval ; elle s'articulerait utilement avec la remise en usage, en amont, de la procédure de l'article 41, qui permet au Gouvernement de s'opposer, au cours de la procédure parlementaire, à l'insertion d'une disposition réglementaire dans la loi.

On relève, à cet égard, que l'article 41 a été utilisé, en janvier 2005, dans le cadre de l'examen du projet de loi relatif à la régulation des activités postales, alors qu'il ne l'avait plus été depuis dix ans.

Le domaine de la loi organique

Quelques mois plus tard, le Conseil est revenu, dans sa décision précitée n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005 (loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale), sur la question des délimitations du domaine de la loi : il s'agissait, cette fois, de **la frontière entre loi organique et loi ordinaire**.

La jurisprudence du Conseil en la matière est bien établie : « *Une loi organique ne peut intervenir que dans les domaines et pour les objets limitative-*

ment énumérés par la Constitution¹⁷. » En conséquence, il s'oppose à l'insertion dans un texte de cette nature de dispositions législatives ordinaires et, lorsque cela se produit, procède à leur déclassement. Or, dans la décision du 29 juillet 2005, le déclassement a pris une certaine ampleur.

Après avoir réaffirmé sa position traditionnelle sur les domaines et les objets de la loi organique, le Conseil ajoute que « l'introduction dans un texte de loi organique de dispositions n'ayant pas cette nature pourrait en fausser la portée » (cons. 42).

Sur ce double fondement, le Conseil procède, au considérant 43, au déclassement de six dispositions, réparties en cinq articles, qui modifiaient des articles classés en « L. » dans différents codes. Il estime que ces dispositions sont, par leur contenu, étrangères au domaine de la loi organique tel que défini par les articles 34 et 47-1 de la Constitution, et qu'elles ne sont pas non plus formellement inséparables de dispositions organiques : elles ont, dès lors, valeur de loi ordinaire.

Le Conseil ne s'arrête pas là puisqu'il juge, au considérant 44, que les autres dispositions de la loi organique, y compris certaines « qui ont été classées à tort en articles en L. », ont un caractère organique.

Enfin, il fait apparaître dans le dispositif de sa décision non seulement le déclassement des dispositions étrangères au domaine de la loi organique (article 3) mais aussi le reclassement en articles « L.O. » des dispositions de la loi organique malencontreusement classées en articles en « L. » (article 4). Il est ainsi enjoint aux instances responsables de la consolidation officielle des textes (Commission supérieure de codification, Légifrance) de substituer le libellé « L.O. » au libellé « L. » dans deux articles du Code de la sécurité sociale.

2) Le renvoi à la loi ultérieure

Le renvoi à la loi ultérieure n'est pas condamnable en lui-même. Ainsi, le Conseil a déjà admis qu'une loi ordinaire s'articule avec une future loi d'une autre catégorie lorsque l'intervention de celle-ci est requise pour des raisons juridiques ; cette situation est même courante entre une loi ordinaire et une loi de finances¹⁸. De tels renvois peuvent également se concevoir dans des hypothèses exceptionnelles, par exemple pour mettre en œuvre un dispositif législatif répondant à des circonstances particulières, lorsque le constat de la réalisation desdites circonstances relève lui-même du domaine de la loi¹⁹.

Mais cette acceptation suppose, à tout le moins, une forte autonomie de chaque loi par rapport à l'autre. Dans sa décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 rendue sur la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (Rec. p. 126), **le Conseil a jugé que le législateur ne peut, sous peine de méconnaître sa compé-**

17. Décision n° 87-234 DC du 7 janvier 1988, loi organique relative au contrôle du Parlement sur les finances des régimes obligatoires de sécurité sociale, cons. 1, Rec. p. 26.

18. Voir, par exemple, la décision n° 2003-487 DC du 18 décembre 2003, cons. 14, Rec. p. 473.

19. Voir, pour l'application de l'état d'urgence : décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, Rec. p. 43.



tence, poser un principe général et renvoyer à une loi future le soin d'apporter les précisions manquantes, faisant en quelque sorte du texte à venir une « loi d'application » de la loi actuelle (comme il y a des décrets d'application).

Il a donc déclaré contraire à la Constitution une disposition qui permettait à une personne morale de droit privé, mandatée par d'autres personnes morales victimes d'agissements pénalement sanctionnés, de rassembler dans un traitement automatisé des informations nominatives relatives à des infractions, condamnations et mesures de sûreté, tout en renvoyant les garanties nécessaires – dans une matière touchant, de surcroît, aux libertés publiques – à des lois ordinaires futures (cons. 12).

Le renvoi de loi à loi est *a fortiori* à proscrire entre une loi organique et une loi ordinaire. En renvoyant une question de son ressort à une loi ordinaire à venir, le législateur organique subdélègue sa compétence en violation des règles constitutionnelles.

Aussi le Conseil a-t-il déclaré contraire à la Constitution, dans sa décision n° 2005-519 DC du 29 juillet 2005, une disposition de la loi organique relative aux lois de financement de la sécurité sociale qui renvoyait au législateur ordinaire le soin de définir les conditions de mise en œuvre de la règle selon laquelle les commissions parlementaires seraient désormais informées par le Gouvernement des mesures ayant un effet sur l'équilibre financier de la sécurité sociale (cons. 16).

3) Les dispositions inintelligibles ou à portée incertaine

L'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ²⁰ permet au Conseil de contrôler directement la qualité de la loi. **Le législateur est tenu « d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire ²¹ ».**

Dans sa décision précitée n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, le Conseil a ainsi censuré une disposition relative aux bulletins de vote après avoir constaté sa mauvaise codification (cons. 22), sa portée normative incertaine (cons. 23), son ambiguïté (cons. 24) et la confusion qui pourrait en résulter dans l'esprit des électeurs (cons. 25). Il a jugé ladite disposition contraire à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi et au principe de loyauté du suffrage (cons. 26). Cette solution démontre que les objectifs de valeur constitutionnelle peuvent fonder une censure et ne constituent donc pas de simples invitations à l'adresse du législateur.

Dans sa décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 (Rec. p. 116), le Conseil a censuré un article de la loi organique relative à l'autonomie financière des col-

20. Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Rec. p. 136.

21. Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 9, Rec. p. 49. Décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, cons. 20, Rec. p. 397. Décision n° 2004-494 DC du 29 avril 2004, cons. 10, Rec. p. 91.



lectivités territoriales en se plaçant de nouveau sur le terrain de la qualité de la législation.

Cette décision condamne, tout d'abord, les dispositions dont la portée normative est incertaine (cons. 13).

À cette fin, le Conseil reprend, pour l'essentiel, les termes de son considérant de principe sur la clarté, l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi. Mais il apporte une précision nouvelle : le législateur ne saurait « *reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* ». Cette précision n'est pas propre à l'espèce : elle est sous-jacente à toute censure pour incompetence négative. À travers cette dernière, c'est en effet la méconnaissance de la séparation des pouvoirs qui se trouve condamnée. Ainsi, le Conseil déclare contraires à la Constitution les dispositions dont l'impact sur l'ordonnement juridique est incertain : la détermination du degré de normativité d'une règle incombe au législateur et non aux autorités administratives et juridictionnelles susceptibles d'intervenir par la suite.

L'exigence de précision, quant à elle, est affirmée au considérant 14 de la décision n° 2004-500 DC.

Comme il l'avait déjà fait dans sa décision sur la loi de finances pour 2004, le Conseil considère qu'en prévoyant que le législateur organique « *fixe les conditions* » dans lesquelles la règle relative à la part déterminante des ressources propres est « *mise en œuvre* », le troisième alinéa de l'article 72-2 de la Constitution lui a nécessairement confié la charge de déterminer précisément une part minimale pour chaque catégorie de collectivités territoriales²².

Or, au considérant 15, le Conseil constate que la définition de la « part déterminante » ne satisfait pas aux exigences précitées. Le législateur organique avait fondé cette définition sur deux conditions cumulatives, la part déterminante devant :

- garantir « *la libre administration des collectivités territoriales relevant de cette catégorie, compte tenu des compétences qui leur sont confiées* » ;
- ne pas être inférieure au niveau constaté au titre de l'année 2003. Le Conseil a censuré la première de ces deux conditions en dénonçant son caractère imprécis et « *tautologique* », introduisant ainsi un terme qui n'avait jamais figuré jusqu'à présent dans sa jurisprudence.

4) Les dispositions dénuées de portée normative

Le 29 juillet 2004, le Conseil ne s'est pas contenté de condamner les dispositions de portée normative incertaine. Figurait également, dans son raisonnement, un considérant de principe – d'autant plus solennel qu'il n'était pas appliqué dans le cas d'espèce – qui précisait sa position sur les dispositions législatives dépourvues de toute portée normative : « *Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi est l'expression de la volonté générale..." ; qu'il résulte de cet*

22. Voir la décision n° 2003-489 DC du 29 décembre 2003, cons. 21, Rec. p. 487.



article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relatives à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative » (cons. 12).

Jusqu'alors, le Conseil s'était abstenu de censurer les dispositions législatives non normatives telles que : « *L'architecture est une expression de la culture* ²³ » ; « *Les activités physiques et sportives constituent un facteur important d'équilibre* ²⁴ » ; « *L'objectif est la mise en œuvre du droit reconnu à chacun à respirer un air qui ne nuise pas à sa santé* ²⁵ ». Il considérait qu'elles ne pouvaient être déclarées inconstitutionnelles dès lors qu'elles ne produisaient pas d'effets juridiques ²⁶.

De fait, l'insertion dans les textes de telles dispositions ne crée pas, en apparence au moins, des difficultés aussi graves que celles dont la portée normative est incertaine : elles semblent se fondre dans un « bruit législatif », sans conséquence fâcheuse du point de vue de la sécurité juridique ou de la séparation des pouvoirs. Mais la jurisprudence du Conseil a été jugée trop compréhensive à l'égard de la « loi bavarde ».

En réaffirmant, en juillet 2004, les fondements essentiels de l'acte législatif, le Conseil annonce qu'il s'apprête à reconsidérer sa position sur les « neutrons législatifs » dans un sens plus sévère.

C'est à propos de la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (décision précitée n° 2005-512 DC du 21 avril 2005) que le Conseil a déclaré pour la première fois inconstitutionnelle une disposition de portée non normative.

Certes, des formules déclaratives peuvent être insérées dans la partie programmatique d'une loi – les lois de programme faisant l'objet d'une disposition particulière à l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution –, sous réserve que la procédure prévue à cet effet soit respectée. En revanche, le Conseil censure un article ne figurant pas dans la partie programmatique et qui prévoyait que : « *L'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves. – Compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents. – La formation scolaire, sous l'autorité des enseignants et avec l'appui des parents, permet à chaque élève de réaliser le travail et les efforts nécessaires à la mise en valeur et au développement de ses aptitudes, aussi bien intellectuelles que manuelles, artistiques et sportives. Elle contribue à la préparation de son parcours personnel et professionnel.* » Le Conseil a jugé que ces dispositions méconnaissaient l'exigence de normativité de la loi (cons. 16 et 17).

Est ainsi condamné ce droit, parfois qualifié de mou ou de gazeux, dont rend compte le vocable anglais de « soft law ».

23. Loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture.

24. Loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives.

25. Loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 relative à l'air et à l'utilisation rationnelle de l'énergie.

26. Décision n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, cons. 5 et 6, Rec. p. 52. Voir également, s'agissant des documents annexés, la décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, cons. 21, Rec. p. 198, ainsi que la décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, cons. 4, Rec. p. 430.



5) La complexité excessive de la loi

Le contrôle de la réforme des impôts directs mise en œuvre par la loi de finances pour 2006 a donné lieu à une nouvelle avancée jurisprudentielle qui s'inscrit dans le prolongement des décisions antérieures sur l'intelligibilité.

Le Conseil était invité à se prononcer, en effet, sur l'article 78 de la loi de finances qui insérait, dans le Code général des impôts, un dispositif intitulé : « *Plafonnement de certains avantages fiscaux au titre de l'impôt sur le revenu.* »

L'idée était simple en apparence : déterminer, pour chaque foyer fiscal, en fonction de sa composition, un montant maximum des avantages fiscaux dont il est possible de bénéficier. Le principe s'est cependant progressivement compliqué avec la prise en compte d'un grand nombre de contraintes : ne pas englober les avantages liés à des situations subies (l'invalidité par exemple), préserver les instruments incitatifs (tels ceux favorisant les investissements outre-mer), ne pas remettre en cause des avantages acquis... Au final, le dispositif soumis au Conseil était d'une complexité redoutable : celle-ci se traduisait par la longueur de l'article 78, par le caractère incompréhensible pour le contribuable et parfois ambigu pour le professionnel de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois auxquels il était procédé. Le 29 décembre 2005, l'ensemble du dispositif a été censuré par la décision précitée n° 2005-530 DC (cons. 69 à 89).

- Reprenant une jurisprudence antérieure, le Conseil a considéré que l'égalité devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 et la garantie des droits requise par son article 16 ne seraient pas effectives **si les citoyens ne disposaient pas d'une connaissance suffisante des règles qui leur sont applicables et si ces règles présentaient une complexité excessive** au regard de l'aptitude de leurs destinataires à en mesurer utilement la portée²⁷.

Cette complexité était, en l'espèce, d'autant plus dommageable qu'elle intervenait en matière fiscale et que les destinataires des dispositions nouvelles étaient des particuliers. En effet, est applicable, dans un tel cas, l'article 14 de la Déclaration de 1789 aux termes duquel : « *Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée.* »

En outre, la loi fiscale touchait à des dispositions supposées incitatives et dont la justification, au regard du principe d'égalité devant l'impôt, était précisément subordonnée à la possibilité effective, pour le contribuable, d'évaluer avec un degré de prévisibilité raisonnable le montant de son impôt selon les diverses options qui lui sont ouvertes.

- Certes, des motifs d'intérêt général peuvent justifier la complexité de la loi. Mais le Conseil a considéré que le gain attendu, pour le budget de l'État, du

27. Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, cons. 5, Rec. p. 382 ; décision n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, cons. 13, Rec. p. 467.



dispositif de plafonnement des avantages fiscaux – de l'ordre de 40 millions d'euros – n'était pas suffisant à cet égard.

Dès lors, le Conseil a jugé que cette complexité était à la fois excessive au regard de l'intérêt de la mesure et non justifiée par un motif d'intérêt général suffisant. Il a déclaré l'article 78 de la loi de finances pour 2006 contraire à la Constitution.

* * *

L'évolution récente des travaux du Conseil constitutionnel témoigne de sa volonté d'user des moyens dont il dispose pour renforcer la qualité des débats parlementaires et de la législation. Or, cette qualité apporte des garanties propres à sécuriser l'environnement juridique des citoyens.

Certes, au-delà, le Conseil n'a encore jamais directement mentionné dans sa jurisprudence le concept de « sécurité juridique ». Il occupe cependant une place croissante dans son raisonnement, notamment lorsqu'il a à statuer sur la remise en cause, par le législateur, de situations acquises.

Il est déterminant, à cet égard, que le Conseil se soit référé, pour la première fois, dans sa décision sur la loi de finances pour 2006, « aux situations légalement acquises »²⁸.

L'exigence de sécurité juridique a également pesé sur ses choix lorsqu'il a examiné l'article 111 de la loi de finances rectificative pour 2005, qui prétendait mettre fin à un contentieux ancien relatif à la TVA sur les péages autoroutiers : en censurant la disposition en cause pour « atteinte au principe de séparation des pouvoirs et à la garantie des droits », il n'a pas permis que le législateur revienne sur le caractère définitif de décisions de justice rendues par des juridictions communautaires et nationales²⁹.

On doit considérer, pourtant, que, malgré le rôle joué par le Conseil constitutionnel, le Gouvernement et le Parlement demeurent nécessairement – et, d'une certaine façon, heureusement – en première ligne pour remédier à l'affaiblissement de la norme de droit.

Comme en témoigne l'extrait suivant de la circulaire du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation, le Gouvernement est conscient de cet enjeu : « *La loi ne peut et ne doit pas être le seul outil de notre politique. Il convient, avant toute proposition nouvelle, de vérifier qu'une plus grande attention à l'application effective des textes en vigueur ne répond pas aux besoins identifiés.* » Dans le *Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires*, il est conseillé, d'emblée, que la formulation d'une norme unilatérale soit précédée d'une interrogation sur l'utilité de cette réglementation, « *l'insuffisance de*

28. Décision précitée n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 (loi de finances pour 2006), cons. 45.

29. Décision n° 2005-531 DC du 29 décembre 2005 (loi de finances rectificative pour 2005), *JO* du 31 décembre 2005, cons. 1 à 6.



*cette réflexion figurant parmi les causes de l'excès ou, ce qui revient au même, de la modification incessante des normes*³⁰ ».

De leur côté, l'Assemblée nationale et le Sénat ont mis en œuvre des réformes destinées à améliorer la qualité de la législation.

Ainsi, même si le résultat n'est pas toujours à la hauteur de l'ambition initiale, la création des offices, pour évaluer les choix scientifiques et technologiques (loi n° 83-609 du 8 juillet 1983), les politiques publiques et la législation (loi n° 96-516 du 14 juin 1996) ou les politiques de santé (loi n° 2002-1487 du 20 décembre 2002), est emblématique d'une volonté de mieux maîtriser « l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi ».

La Mission d'évaluation et de contrôle (MEC), créée en 1999 et rattachée à la commission des Finances de l'Assemblée nationale, aide les députés à exercer leurs prérogatives de contrôle, notamment en matière d'utilisation des crédits votés en lois de finances.

La Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale (MECSS), créée par la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 (article L.O. 111-10 du Code de la sécurité sociale), fait de même en ce qui concerne les finances sociales.

Enfin, le suivi de l'application des lois se renforce : le Sénat se consacre à ce travail de longue date ; le 12 février 2004, l'Assemblée nationale a modifié son règlement afin d'organiser également, dans cette matière, un travail généralisé et régulier.

Ici comme ailleurs, la réforme de l'État est donc affaire de persévérance, mais elle suppose aussi une évolution des comportements.

En amont, comment ne pas plaider, encore une fois, en faveur d'une gestion plus rigoureuse de l'« offre législative » ?

Le recours au Parlement est une tentation : la loi peut donner le sentiment, à moindre frais et sous le regard des médias, que les pouvoirs publics agissent. Mais lorsque ce recours devient excessif, le mal l'emporte sur le bien.

En outre, il ne s'agit pas tant de faire moins de lois que de faire des lois mieux préparées, plus claires et plus concises, plus stables et réellement normatives. Des lois qui « *permettent, ordonnent, établissent, corrigent, punissent ou récompensent* », pour évoquer Portalis. Il est d'ailleurs rappelé aux rédacteurs qu'un texte juridique doit avoir « *un contenu normatif, clairement énoncé... Il se doit d'éviter les déclarations ou proclamations, qui n'ont aucune portée juridique,... et les formulations ambiguës ou imprécises qui nourrissent l'incertitude juridique*³¹ ».

30. Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, Premier ministre (Secrétariat général du Gouvernement) – Conseil d'État, La Documentation française, 2005, p. 11.

31. Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires, *idem*, p. 15. Le Gouvernement entend également veiller à un meilleur respect des champs respectifs des articles 34 et 37 de la Constitution : voir la circulaire du 19 janvier 2006 (*Journal officiel* n° 17 du 20 janvier 2006).



Au Parlement aussi les comportements devraient évoluer : chacun doit comprendre que le travail d'un parlementaire ne se mesure pas au nombre d'amendements qu'il dépose ou même fait adopter.

Dans tous les cas, la loi ne saurait être utilisée comme un moyen de masquer une absence de volonté ou une incapacité à agir. De cela, les plus hauts responsables politiques sont heureusement conscients.

Ainsi, l'inspirateur de la session unique, le président Philippe Séguin, voyait dans « *la plus grande cohérence du calendrier et la restriction de l'offre* » l'une des clés de la réussite de la session unique : « *Les lois doivent être mieux faites et moins nombreuses* ³². »

Intervenant au terme de la session ordinaire de 1997-1998, son successeur, M. Laurent Fabius, déclarait pour sa part : « *Je considère que notre pays a des lois trop nombreuses et souvent trop longues. Même s'il peut paraître paradoxal d'affirmer cela dans cette enceinte, il serait bon, à mon sens, que pour l'avenir nous nous mettions en situation de légiférer peut-être un peu moins* ³³. »

Le président Raymond Forni a participé, tout au long de l'année 2000, à un « groupe de travail sur la qualité de la législation » mis en place par la Conférence des Présidents des Parlements de l'Union européenne.

Le président Jean-Louis Debré, enfin, dénonçait, en juin 2004, la tentation de se servir de la loi pour « *affirmer des évidences* », alors qu'elle est faite pour « *fixer des normes* » et « *dire concrètement comment, par quelles règles juridiques, on arrive au but recherché* » ³⁴. Il posait récemment ce diagnostic : « *Discussions interminables où l'accessoire trop souvent submerge l'essentiel, législation parfois touffue font qu'au total nos citoyens ont du mal à suivre nos débats* ³⁵. »

La procédure parlementaire elle-même n'est sans doute pas étrangère à certains dérèglements. Ainsi, le travail en commission pourrait prendre une place plus importante et les procédures de discussion simplifiées être davantage utilisées. L'application de la règle de « l'entonnoir », qui résultera nécessairement de la décision rendue par le Conseil le 19 janvier 2006 ³⁶, devrait également contribuer à rationaliser le travail parlementaire : en redonnant tout son sens à la logique de la procédure bicamérale, qui repose sur le resserrement progressif de la délibération, on peut espérer qu'elle participe de la réhabilitation du travail législatif. Or, une clarification des conditions dans lesquelles se déroule le débat parlementaire ne peut que servir l'institution elle-même.

En toute hypothèse, le temps reste la variable clé pour espérer améliorer la qualité de la législation. À cet égard, les parlementaires se plaignent sou-

32. « Pour une révolution culturelle du Parlement », *RPP*, n° 980-1995, p. 11.

33. Deuxième séance du 30 juin 1998, *Journal officiel Assemblée nationale*, p. 5523.

34. Entretien avec M. Jean-Louis Debré, président de l'Assemblée nationale, *Le Monde*, 22 juin 2004.

35. 20 septembre 2005, intervention aux journées parlementaires de l'UMP.

36. Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, précitée.



vent du faible intervalle qui sépare les inscriptions à l'ordre du jour du débat en séance publique ainsi que de l'utilisation excessive de la procédure d'urgence prévue par l'article 45, alinéa 2, de la Constitution.

Au cours de la séance du 5 octobre 2005, le Président du Sénat, M. Christian Poncelet, déclarait ainsi : « *Puisse le Gouvernement nous laisser le temps de la réflexion, indispensable pour faire de bonnes lois, comme l'avait dit mon illustre prédécesseur Jules Ferry.* »

Au cours de la séance du 11 octobre, alors que le Gouvernement venait de déclarer l'urgence du projet de loi relatif à la sécurité et au développement des transports, le Président du Sénat ajoutait : « *M. le Ministre délégué, je vous demande de bien vouloir sensibiliser M. le Premier ministre au fait que le Sénat n'apprécie pas ces déclarations d'urgence à répétition. Si certains projets de loi doivent, c'est vrai, être discutés en urgence, nous comprenons moins bien une telle nécessité pour d'autres textes.* »

Le 3 janvier 2006, à l'occasion de la présentation de ses vœux au Président de la République au nom du Bureau de l'Assemblée nationale et de l'ensemble des députés, M. Jean-Louis Debré considérait à son tour qu'il conviendrait que le Gouvernement utilise la procédure d'urgence « *avec plus de parcimonie* ».

Sous réserve que les assemblées débattent effectivement « *en vue de l'adoption d'un texte identique* » et dans un cadre réglementaire assurant le sérieux de leurs travaux, la navette est, incontestablement, un facteur d'amélioration de la qualité de la législation et, partant, de sécurité juridique. Comme le serait d'ailleurs toute règle qui permettrait de tempérer et d'apaiser les processus décisionnels, amorçant ainsi un cercle vertueux entre procédures et comportements. L'œuvre est de longue haleine. En comparaison, les interventions *a posteriori* du Conseil constitutionnel ne peuvent avoir qu'une portée incitative.



La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel¹

*Olivier Dutheillet de Lamothe,
membre du Conseil constitutionnel*

La notion de sécurité juridique est absente de notre corpus constitutionnel. Elle ne figure ni dans le texte de la Constitution de 1958, ni dans celui du Préambule de 1946, ni même dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Celle-ci se réfère à deux notions qui si elles sont proches de la notion de sécurité juridique en sont néanmoins distinctes :

- la première est la notion de sûreté qui, aux termes de l'article 2 de la Déclaration, est l'un des droits naturels et imprescriptibles de l'homme avec la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression. Mais, dans la Déclaration de 1789, la notion de sûreté correspond principalement à la notion d'*habeas corpus*, comme le précise expressément l'article 7 : « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites* » ;
- la seconde notion est la notion de « garantie des droits » inscrite à l'article 16 de la déclaration : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.* »

La notion de sécurité juridique ne figure pas non plus, en tant que telle, dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Malgré les efforts déployés par les requérants depuis 1984² le Conseil constitutionnel a toujours refusé de consacrer la notion de sécurité juridique comme un principe constitutionnel.

Et pourtant l'exigence de sécurité juridique apparaît, comme l'a souligné une doctrine abondante, comme une référence implicite majeure du contrôle de constitutionnalité des lois aujourd'hui. Le Conseil constitutionnel se réfère implicitement à cette notion, qu'il a rattachée à l'article 16 de la Déclaration de 1789, dans de très nombreuses décisions. De façon plus précise, le Conseil constitutionnel utilise de deux façons la notion de sécurité juridique :

- le Conseil constitutionnel utilise l'exigence de sécurité juridique pour limiter les possibilités de rétroactivité de la loi (1) ;
- le Conseil constitutionnel utilise également cette exigence pour tenter de sauvegarder la qualité de la loi (2).

1. Intervention prononcée au Séminaire franco-brésilien « Regards croisés sur la sécurité juridique », organisé par la Cour de cassation le 19 septembre 2005.

2. Décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984.



1. Le Conseil constitutionnel utilise l'exigence de sécurité juridique pour limiter les possibilités de rétroactivité de la loi

L'absence de rétroactivité de la loi est un élément essentiel de la sécurité de l'ordre juridique : selon la formule célèbre de l'article 2 du Code civil, la loi ne dispose que pour l'avenir.

En droit français cependant, le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle qu'en matière répressive : aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit* ». Si le Conseil constitutionnel s'est toujours refusé à donner au principe de non-rétroactivité des lois une valeur constitutionnelle en dehors de la matière répressive, il a néanmoins développé sa portée de trois façons³ :

- en limitant la rétroactivité d'autres lois ;
- en protégeant l'économie des contrats légalement conclus ;
- en renforçant son contrôle sur les lois de validations.

1.1. La limitation de la rétroactivité d'autres lois

C'est notamment en matière fiscale que le Conseil constitutionnel a limité les possibilités de rétroactivité de la loi. Dans une décision n° 98-404 DC du 18 décembre 1998, il a jugé que « *le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive ; que néanmoins, si le législateur a la faculté d'adopter des dispositions fiscales rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* ». En l'espèce, il a estimé que le souci de prévenir les conséquences financières d'une décision de justice censurant le mode de calcul de l'assiette de la contribution en cause ne constituait pas un motif d'intérêt général suffisant pour modifier rétroactivement l'assiette, le taux et les modalités de versement d'une imposition. En se référant à la notion d'intérêt général suffisant, le Conseil constitutionnel exerce un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte portée au droit individuel et l'intérêt général invoqué.

1.2. La protection de l'économie des contrats légalement conclus

Alors que pendant longtemps le Conseil constitutionnel avait purement et simplement dénié toute valeur constitutionnelle à la liberté contractuelle⁴, le Conseil a

3. Dans le dernier état de sa jurisprudence, le Conseil constitutionnel estime que le législateur « méconnaîtrait la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'il portait aux situations légalement acquises une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant » (décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005, ct 45).

4. Décision n° 94-348 DC du 3 août 1994.



jugé dans sa décision n° 98-401 DC relative à la première loi Aubry sur les 35 heures que : « *Le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789.* »

Dans sa décision n° 99-416 DC du 26 juillet 1999 sur la couverture maladie universelle, le Conseil a précisé « *que s'il est loisible au législateur d'apporter, pour des motifs d'intérêt général, des modifications à des contrats en cours d'exécution, il ne saurait porter à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la Déclaration de 1789* ». Ainsi, le Conseil considère que seule la poursuite d'un but d'intérêt général peut autoriser le législateur à remettre en cause des contrats en cours d'exécution.

Le Conseil constitutionnel a été ainsi conduit dans sa décision n° 99-423 DC du 13 janvier 2000 relative à la seconde loi Aubry sur les 35 heures à censurer une disposition qui remettait en cause des accords conclus sous l'empire de la première loi, en estimant que « *sauf à porter à ces conventions une atteinte contraire aux exigences constitutionnelles... le législateur ne pouvait, dans les circonstances particulières de l'espèce, remettre en cause leur contenu que pour un motif d'intérêt général suffisant* », motif qui n'était pas établi en l'espèce.

Le Conseil constitutionnel a franchi un pas supplémentaire dans sa décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003 sur la loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi, qui assouplit le régime des 35 heures, en considérant « *que le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* ». La référence non plus seulement à l'article 4, qui est le fondement de la liberté contractuelle, mais à l'article 16, qui est le fondement du principe de sécurité juridique, montre bien que cette jurisprudence s'inscrit dans le cadre du courant inspiré par le principe de sécurité juridique.

1.3. Le renforcement du contrôle sur les lois de validation

Les lois de validation, qui valident rétroactivement une décision administrative annulée par le juge, portent une atteinte directe au principe de sécurité juridique.

Le Conseil constitutionnel, après les avoir admises de façon relativement large, a été amené à durcir sa jurisprudence sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans une affaire *Zielinski* du 28 octobre 1999, la Cour européenne des droits de l'homme a en effet estimé contraire à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme une disposition de validation législative dont le Conseil constitutionnel avait admis auparavant la constitutionnalité (décision n° 93-322 DC du 13 janvier 1994). La Cour a en effet estimé que « *si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacré par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige* ».



Par une décision n° 99-422 DC du 22 décembre 1999, rendue moins d'un mois plus tard, le Conseil constitutionnel a adapté sa jurisprudence dans le sens de celle de la CEDH en estimant que « *si le législateur peut dans un but d'intérêt général suffisant – vous noterez la nuance entre impérieux et suffisant : chacun a sa dignité –, valider un acte dont le juge administratif est saisi, afin de prévenir les difficultés qui pourraient naître de son annulation, c'est à la condition de définir strictement la portée de cette validation, eu égard à ses effets sur le contrôle de la juridiction saisie ; qu'une telle validation ne saurait avoir pour effet, sous peine de méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs et le droit à un recours juridictionnel effectif, qui découlent de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, d'interdire tout contrôle juridictionnel de l'acte validé quelle que soit l'illégalité invoquée par les requérants* ». Le Conseil constitutionnel s'est ainsi fondé explicitement sur le principe de la séparation des pouvoirs pour exercer, comme la Cour européenne des droits de l'homme, un contrôle de proportionnalité entre l'intérêt général invoqué et l'atteinte portée au droit au recours du justiciable.

Quelques jours plus tard le Conseil constitutionnel devait appliquer ce contrôle de proportionnalité à deux dispositions de validation en matière fiscale (décision n° 99-425 DC du 29 décembre 1999). S'agissant de la validation d'avis fiscaux de mise en recouvrement, en tant qu'ils seraient contestés par un moyen tiré de l'incompétence territoriale de l'agent qui les a émis, le Conseil a estimé « *que l'intérêt général qui s'attache à une telle validation l'emporte sur la mise en cause des droits des contribuables qui résulterait de l'irrégularité de pure forme que la validation a pour effet de faire disparaître* ». S'agissant par ailleurs de la validation d'avis de mise en recouvrement émis à la suite d'une notification de redressement, en tant qu'ils seraient contestés par le moyen tiré de ce qu'ils se référerait à la seule notification du redressement, le Conseil a relevé que ce vice de forme n'avait pu porter atteinte aux droits de la défense des contribuables concernés, qu'il correspondait à une pratique très courante d'ailleurs conforme à la jurisprudence du Conseil d'État jusqu'à un revirement récent et que « *dans ces conditions la validation est justifiée tant par le montant élevé des sommes qui pourraient être réclamées par les contribuables concernés que par le trouble apporté à la continuité des services publics fiscaux et juridictionnels, du fait de la multiplication des réclamations qui, en vertu du livre des procédures fiscales, pourraient être présentés pendant plusieurs années* ».

Comme l'a relevé un commentateur, en se fondant sur des éléments tels que l'absence d'atteinte aux droits de la défense des contribuables, le risque d'enrichissement sans cause des contribuables ou l'existence d'une pratique conforme à la jurisprudence, le Conseil constitutionnel a pris en compte des considérations liées au principe de confiance légitime, les contribuables « victimes » de la validation n'ayant pas d'intérêt légitime à défendre, leurs droits n'étant ni fondés ni attachés à un légitime espoir⁵.

5. Bertrand Mathieu, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil Constitutionnel. À propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC », *RFDA*, mars-avril 2000, p. 289.



2. Le Conseil constitutionnel utilise l'exigence de la sécurité juridique pour tenter de sauvegarder la qualité de la loi

L'inflation législative et la dégradation de la qualité de la loi sont des phénomènes trop connus et trop analysés pour qu'il soit nécessaire d'y revenir. Elles ont été l'une et l'autre dénoncées par les trois présidents des plus hautes juridictions françaises. Dans un article publié le 21 janvier 2001, le Vice-président du Conseil d'État, Renaud Denoix de Saint Marc soulignait que « *pour frapper l'opinion ou répondre aux sollicitations des différents groupes sociaux, l'action politique a pris la forme d'une gesticulation législative* ». En présentant ses vœux au Président de la République le 3 janvier dernier, Pierre Mazeaud, président du Conseil constitutionnel, dénonçait en termes vigoureux cette dégradation de la qualité de la loi sous ses différentes formes : malfaçons législatives, loi qui tâtonne, hésite, bafouille ; défaut de clarté et d'intelligibilité ; et, enfin, dispositions non normatives ou « neutrons législatifs ». Dans son discours de rentrée solennelle, le président Canivet se faisait l'écho de ces préoccupations en citant Portalis : « *De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir, elles sont la source des mœurs... et la garantie de toute paix publique et particulière.* »

Pour essayer d'enrayer cette dégradation, le Conseil constitutionnel utilise le principe de sécurité juridique au service de deux objectifs :

- la clarté de la loi ;
- la normativité de la loi.

2.1. La clarté de la loi

La clarté de la loi est évidemment un élément essentiel de la sécurité juridique. Le Conseil constitutionnel a développé, à cet égard, une jurisprudence en deux temps.

Le Conseil constitutionnel estime depuis longtemps que l'exigence de clarté découle de l'article 34 de la Constitution : une disposition législative qui est incompréhensible et donc inapplicable est entachée d'incompétence négative. Le Conseil a ainsi jugé :

- qu'une disposition fiscale susceptible de deux interprétations, entre lesquelles les travaux préparatoires ne permettaient pas de trancher, n'avait pas fixé les règles concernant l'assiette de l'impôt et était donc entachée d'incompétence négative (décision n° 85-191 DC du 10 juillet 1985) ;
- qu'une disposition en matière d'urbanisme commercial, qui apportait à la liberté d'entreprendre des limitations qui n'étaient pas énoncées de façon claire et précise, était contraire à l'article 34 de la Constitution (décision n° 2000-435 DC du 7 décembre 2000).

Plus récemment, le Conseil constitutionnel a dégagé un objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi à l'occasion d'une loi autorisant le Gouvernement à procéder par ordonnance à des travaux de codification (décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999). Le Conseil constitutionnel a dégagé cet objectif de valeur constitutionnelle des articles 4, 5, 6 et



16 de la Déclaration de 1789. Il a en effet estimé que l'égalité devant la loi, énoncée par l'article 6 de la Déclaration, et la garantie des droits, requise par son article 16, pourraient ne pas être effectives si les citoyens ne disposaient d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables. Il a estimé qu'une telle connaissance était en outre nécessaire à l'exercice des droits et libertés garantis tant par l'article 4 de la Déclaration, en vertu duquel cet exercice n'a de bornes que celles déterminées par la loi, que par son article 5 aux termes duquel « *tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas* ».

Le Conseil constitutionnel n'a, à ce jour, prononcé qu'une seule censure d'une disposition législative contraire à l'objectif d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi : il s'agissait d'une disposition relative au libellé de certains bulletins de vote qui a été censurée tant les déficiences dont elle était entachée méconnaissaient cet objectif de valeur constitutionnelle : incertitude sur la portée normative d'une partie du texte, enchaînement peu clair de ses alinéas, vocabulaire imprécis, insertion d'une disposition paraissant viser l'élection des sénateurs dans une partie du Code électoral non applicable à l'élection de ces derniers (décision n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003) ⁶.

La synthèse de cette jurisprudence figure dans un considérant de principe qui est maintenant repris dans toutes les décisions du Conseil constitutionnel : « *Il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34. À cet égard le principe de clarté de la loi, qui découle du même article de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi.* » (Décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, cons. 13.)

2.2. La normativité de la loi

Pendant longtemps, le Conseil constitutionnel a estimé que des dispositions dépourvues de portée normative, et notamment les rapports qui sont de plus en plus souvent annexés aux lois, n'étaient pas pour autant contraires à la Constitution : les griefs dirigés contre de telles dispositions étaient donc inopérants mais ces dispositions n'étaient pas, pour autant, inconstitutionnelles. Cette

6. Depuis cette intervention, le Conseil constitutionnel a également censuré, pour ce motif, l'article 78 de la loi de finances pour 2006 relatif au plafonnement de certains avantages fiscaux au titre de l'impôt sur le revenu. Il a estimé « qu'en matière fiscale, la loi, lorsqu'elle atteint un niveau de complexité tel qu'elle devient inintelligible pour le citoyen, méconnaît en outre l'article 14 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel : "Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée" ». En l'espèce, il a considéré que la complexité de l'article 78 de la loi de finances pour 2006 était à la fois excessive eu égard à ses destinataires et à sa finalité et non justifiée par un motif d'intérêt général (décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005).



position rejoignait celle définie par le Conseil d'État à propos du rapport annexé à la loi d'orientation sur l'éducation du 10 juillet 1989 (Assemblée, 5 mars 1999, *Confédération nationale des groupes autonomes de l'enseignement public*) et à propos du rapport présentant les orientations de la politique de santé et de sécurité sociale annexé à une loi de financement de la sécurité sociale (Assemblée, 5 mars 1999, *M. Rouquette et autres*). Le Conseil constitutionnel a fait application de cette jurisprudence à propos des rapports annexés à la loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure (décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002) et de la loi d'orientation et de programmation pour la justice (décision n° 2002-461 DC du 22 août 2002).

Cette jurisprudence a été abandonnée par une décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 sur la loi organique relative à l'autonomie financière. Le Conseil a alors jugé, qu'« *aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : "La loi est l'expression de la volonté générale" ; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres normes de valeur constitutionnelle relative à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit, par suite, être revêtue d'une portée normative* ». Il en résulte que des dispositions dépourvues de valeur normative sont désormais inconstitutionnelles, sauf si elles rentrent dans la catégorie particulière des lois de programme à caractère économique et social définies par l'article 34 de la Constitution, ce qui implique de respecter les conditions de fond et de procédure propres à ces lois. C'est ce qui a conduit le Conseil constitutionnel, quelques mois plus tard, à censurer les dispositions non normatives et le rapport annexé à la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école (décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005).

* * *

En conclusion, je voudrais essayer de revenir sur les causes de ce paradoxe : comment la notion de sécurité juridique, qui est absente de la Constitution et qui n'est pas expressément consacrée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel joue-t-elle un rôle aussi essentiel dans sa jurisprudence puisqu'elle est à l'origine à la fois de ses principaux infléchissements au cours des dernières années et des principales contraintes que celle-ci fait peser sur le législateur ?

Les raisons de ce paradoxe me paraissent être au nombre de deux.

D'une part, l'exigence de sécurité juridique bénéficie du puissant effet unificateur des droits de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme. Les Cours de Strasbourg et de Luxembourg ont en effet toutes les deux reconnu le principe de sécurité juridique. Or, leur influence sur les juridictions françaises, et notamment sur le juge constitutionnel français, est aujourd'hui certaine.

D'autre part, l'affirmation du principe de sécurité juridique répond au mouvement profond de complexité croissante du droit. Face au désordre du droit, le principe de sécurité juridique apparaît comme la dernière branche à laquelle s'accrochent les juridictions suprêmes pour maintenir un semblant d'ordre et permettre au droit de remplir la mission qui est normalement la sienne.



Entre la Jamaïque et le Kiribati

Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale

*Bertrand du Marais*¹,
conseiller d'État, professeur associé à l'Université
de Paris X-Nanterre, coordinateur du programme international
de recherches sur « l'Attractivité économique du droit »

La publication annuelle, à partir de l'automne 2003, des rapports *Doing Business* (DB) par la Société financière internationale (SFI), filiale de la Banque mondiale, a lancé au niveau mondial une forte polémique sur la capacité du droit en général, et du droit français en particulier, à favoriser la croissance économique. Ces travaux ont donné une dimension inégalée au débat sur les faiblesses relatives de notre droit dans la compétition économique internationale.

Dès le premier rapport (DB 2004), les auteurs des rapports, dirigés par l'économiste en chef de la SFI, M. Michael Klein, et alimentés par les travaux menés par l'équipe de l'économiste de Harvard A. Shleifer², assénaient trois constats pour le moins provocateurs. En premier lieu, la tradition juridique française (« *French civil law* ») constituerait un obstacle aux développements des transactions économiques (ce qui ne serait d'ailleurs pas le cas pour le droit germanique...). En deuxième lieu, ce système juridique serait intrinsèquement corruptogène. Enfin, il conviendrait de standardiser le droit après avoir déterminé la meilleure pratique juridique, selon le principe de la taille uniforme : « *One size can fit all* » (*Doing Business* 2004, p. XVII).

Si le rapport suivant (DB 2005) fut plus nuancé, la même méthodologie conduisit, dans le dernier rapport DB 2006 publié en septembre 2005, à établir un tableau d'honneur de 155 pays en fonction d'un indicateur synthétique « de la facilité à faire des affaires » (« *ease of Doing Business* »). Classée en 44^e position, entre la Jamaïque et le Kiribati, la France n'en sortait pas avec une image d'efficacité juridique très flatteuse...

1. L'auteur s'exprime à titre personnel.

2. Voir les nombreux articles de R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer et R. W. Vishny, et notamment : "Legal Determinants of External Finance", *Journal of Finance*, 52, 1997, p. 1131-1150, "Law and Finance", *Journal of Political Economy*, 106, 1998, p. 1113-1155, "The Quality of Government", *Journal of Law, Economics, and Organization*, 15, 1999, p. 222-279.



Ces rapports sont loin d'être les premiers à vouloir, à la fois, quantifier et évaluer de façon comparative l'impact du droit national sur la croissance économique. Cependant, il s'agit de la première fois qu'une organisation internationale publique, agence spécialisée du système de l'ONU, tout à la fois s'intéresse à cette question, formule un jugement très tranché et en déduit des prescriptions pour ses propres activités.

Au-delà des interrogations très réelles que l'on peut formuler sur la qualité méthodologique des rapports *Doing Business* et la pertinence de leurs recommandations, il faut leur reconnaître le mérite d'avoir suscité, en particulier en France, toute une série de réflexions. Ils ont renouvelé la problématique de l'évaluation du droit, de ses effets sur le monde des affaires et plus généralement sur la croissance économique ainsi que sur la position relative de notre pays dans la compétition entre systèmes juridiques.

Publié l'année même du bicentenaire du Code civil, le rapport *Doing Business 2004*, puis ses versions ultérieures, ont forcé les juristes français à s'interroger sur l'image de leur droit, comparativement à celle des autres systèmes juridiques, selon des critères liés à son efficacité et à sa complexité.

Du point de vue opérationnel, cette critique a entraîné la création, fin 2004, du « programme de recherches sur l'attractivité économique du droit ». Il s'agit d'une démarche originale et novatrice à plus d'un titre. Elle se présente sous la forme d'un partenariat public-privé³, qui s'appuie à la fois sur les administrations et l'Université (Paris X-Nanterre). Ce programme vise un objectif rarement poursuivi en France : une mobilisation de la recherche en sciences sociales, associée aux praticiens et aux pouvoirs publics dans une dimension pluridisciplinaire (juristes et économistes), pour mener une réflexion appliquée sur les effets économiques du droit français. L'ensemble de ses travaux s'appuie sur une démarche de comparaison avec les pratiques de nos principaux partenaires.

L'expérience de cette structure – certes encore naissante – ses premiers travaux, et surtout plusieurs années d'observation des recherches menées au niveau international en matière d'analyse économique du droit, ainsi que des mécanismes français d'évaluation des politiques publiques, autorisent à livrer ici quelques réflexions.

Tout d'abord, l'image de notre droit français dans la compétition internationale pour attirer les investissements étrangers est très mitigée. Pourtant, au-delà des critiques certaines que l'on peut adresser aux indicateurs de l'efficacité du droit, il est aujourd'hui largement avéré que le droit exerce une influence sensible sur la croissance, ce qui rend d'autant plus nécessaire le développement en France d'instruments pour évaluer son impact économique.

3. À la date du présent article, les financements proviennent des ministères français de la Justice, de l'Économie et des Finances, des Affaires étrangères ; de l'Organisation internationale de la francophonie ; de l'ensemble des professions juridiques françaises (notaires, avocats, huissiers de Justice, administrateurs judiciaires), de la Caisse des dépôts et consignations et de la Banque de France.



Le droit français : une image contrastée dans les classements internationaux

Une offre sans cesse renouvelée d'indicateurs sur la « qualité » de l'environnement institutionnel

Beaucoup d'observateurs l'avaient sans doute oublié, même si cela avait déjà été identifié depuis longtemps : le droit est un des éléments de la concurrence entre économies nationales⁴. Cette concurrence s'exerce notamment pour attirer les investissements directs étrangers (IDE). Sur ce point est récemment apparue en France la notion « d'attractivité économique » que l'on pourrait synthétiser, à partir de la nombreuse littérature publiée récemment sur cette problématique, comme *la capacité d'une économie à attirer et retenir les activités à contenu élevé en travail très qualifié*⁵.

Depuis une dizaine d'années, se sont ainsi développées les études qui cherchent à donner aux investisseurs étrangers une image globale de la qualité d'un pays à favoriser tant l'accueil de leur investissement, qu'ensuite, son exploitation et sa rentabilité.

Ces travaux fournissent souvent des indicateurs synthétiques de l'attractivité d'une économie, soit sous la forme d'un indicateur global, soit le plus souvent par un classement des pays analysés⁶. Ces indicateurs combinent en général des agrégats statistiques et des indices de perception, voire plusieurs indices de perception entre eux. Ces derniers sont élaborés à partir de sondages d'opinion, auprès de chefs d'entreprises étrangers ou de personnes censées représenter les prescripteurs en matière d'IDE.

Ils émanent d'une grande variété d'organismes, au contenu idéologique et à la rigueur statistique extrêmement variable, de « l'*Economic Freedom Index* » de la fort conservatrice *Heritage Foundation* jusqu'aux indices de risques pays produits par les établissements financiers. L'un des plus célèbres est sans doute le « *Growth competitiveness index* » publié par le *World Economic Forum* de Davos⁷.

4. Voir notamment l'étude de la Section du rapport des études du Conseil d'État : sous la direction d'O. Dutheillet de Lamothe et M.-A. Latournerie, *L'influence internationale du Droit français*, Paris, La Documentation française, 2001.

5. Voir par exemple : BIPE Conseil et Price Waterhouse, *France Industrie 2000 : Attractivité du territoire national et développement industriel*, Paris, Secrétariat d'État à l'industrie, 1997 ; F. Lavenir, A. Joubert-Bombard, C. Wendling, *L'Entreprise et l'Hexagone*, Rapport au ministre de l'Économie et des Finances, septembre 2000 ; M. Charzat, *Rapport au Premier ministre sur l'attractivité du territoire*, juillet 2001 ; Ernst & Young, *Baromètre de l'attractivité 2004*, Paris, ronéo, mai 2004.

6. Voir notamment : F. Hatem, *Investissement international et politiques d'attractivité*, Paris, Economica, 2004.

7. La France est 30^e en 2005, après une place de 27^e en 2004. Elle se classe néanmoins 12^e du « *Global Competitiveness Index* » pour 2005, nouvel indicateur qui inclut notamment la qualité des infrastructures et de l'éducation : www.weforum.org.



Un nombre important de ces indicateurs d'attractivité économique incluent des éléments relatifs aux institutions ou au cadre juridique, lorsqu'ils n'y sont pas directement consacrés⁸. Ainsi, sur une des composantes importantes de l'État de droit, on connaît « l'indice de perception de la corruption » publié chaque année par l'organisation non gouvernementale *Transparency International* et abondamment médiatisé⁹.

Parmi les classements internationaux de pays en fonction des qualités supposées de l'environnement des affaires, les rapports *Doing Business* constituent sans doute l'entreprise la plus développée et la première à être consacrée exclusivement au droit. Par rapport à ces travaux de parangonnage – pour éviter le terme anglais plus populaire de « *benchmarking* » –, le rôle particulier de la SFI induit également, non pas un changement de degré, mais un changement de nature dans l'impact de telles entreprises.

De l'ensemble de ces classements, on retire l'image d'une prestation moyenne, voire médiocre, des institutions françaises, classées derrière la plupart des pays développés et fréquemment après de nombreux pays en voie de développement.

Une faible capacité de ces classements à rendre compte de l'attractivité économique du droit

Dans une certaine mesure, la mauvaise performance de notre système juridique dans ces classements pourrait être négligée pour au moins deux raisons. D'une part, la capacité de ces classements à rendre compte du processus de localisation des investissements est en réalité très faible. Outre des critiques de nature idéologique, les critiques d'ordre méthodologique se sont d'autre part multipliées au cours des années récentes contre ces indicateurs synthétiques¹⁰.

Plusieurs auteurs ont ainsi montré leur faiblesse à expliquer les causes de la croissance économique¹¹. Pire, ils n'explicitent que très mal les flux d'investissements étrangers, dont ils sont pourtant censés rendre compte, au moins de

8. Voir la présentation de ces « indicateurs institutionnels » dans Pierre Berthelier, Alain Desdoigts, Jacques Ould Aoudia, *Profils institutionnels : Présentation et analyse d'une base de données originale sur les caractéristiques institutionnelles de pays en développement, en transition et développés*, Document de Travail, Direction de la prévision, ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 2003.

9. L'indice de perception de la corruption est publié depuis 1994 : la France est 22^e en 2004 (cf. www.transparency.org).

10. Voir, par exemple, F. Hatem : *L'investissement international à l'horizon 2002*, Paris, DII-Cnuccd-Arthur Andersen, 1998 ; « Les indicateurs comparatifs de compétitivité et d'attractivité : une rapide revue de littérature », *Les Notes Bleues de Bercy*, n° 273, juin 2004 et *Investissement international et politiques d'attractivité*, Paris, Economica, 2004.

11. Pour l'indicateur « *Growth Competitiveness Index* » du *World Economic Forum* : voir S. Grégoir et F. Maurel, « Les indices de compétitivité des pays : interprétation et limites », in M. Debonneuil et L. Fontagné, *Compétitivité*, Rapport du Conseil d'analyse économique, Paris, La documentation française, 2003, p. 97-132.



façon implicite. L'indicateur du rapport *Doing Business* ne déroge pas à cette limite, d'après les tests menés tant par des observateurs extérieurs¹² que par ses propres auteurs¹³.

En revanche, la méthodologie reprise dans les rapports *Doing Business* serait particulièrement efficace pour expliquer, par l'origine du droit des sociétés, les résultats... de la Coupe du monde de football¹⁴ !

Ce constat un peu frustrant, en particulier au regard des moyens considérables mis en œuvre pour réaliser ces indicateurs, trouve son origine dans deux phénomènes : la difficulté à expliquer les flux d'investissements et la méthodologie très critiquables de ces classements.

Des classements critiquables

L'investissement direct étranger : un agrégat difficile à appréhender

En premier lieu, la qualité de l'environnement juridique et institutionnel ne constitue qu'un déterminant subsidiaire des investissements directs étrangers (tant pour les flux de capitaux entrants que pour les capitaux sortants).

La plupart des études disponibles sur les déterminants de la localisation des entreprises internationales intègrent néanmoins le facteur juridique à plusieurs niveaux : la stabilité générale du système réglementaire ; la fiscalité ; le droit du travail mais aussi le droit de la protection sociale dans la mesure où il détermine la compétitivité coût du facteur travail ; certains droits spécifiques à l'activité particulière de l'investisseur, dont : le droit de l'environnement, de la santé, etc.

Ces mêmes études montrent que la perception des prescripteurs d'IDE est, sur ce point, moyenne, voire défavorable à la France. Elles relativisent cependant l'importance de ce critère dans le processus de décision de localisation : les investisseurs sont *d'abord* sensibles à des déterminants économiques – tels que coûts salariaux, ou plus souvent productivité du travail – voire à des grandeurs physiques – taille du marché, qualification de la main d'œuvre, etc. Ceci ne vaut cependant que si le pays ne s'écarte par trop de ce qui est considéré comme le standard international¹⁵.

12. Voir D. Blanchet, « *Rapport Doing Business 2005 de la Banque mondiale : évaluation de l'indice global de facilité à faire des affaires* », Mimeo, Insee et programme Attractivité économique du droit, septembre 2005.

13. S. Djankov, C. McLiesh and R. Ramalho, "Regulation and Growth." *Private Sector Development Working Paper*, Washington, World Bank Group, 2005.

14. M. D. West, "Legal determinants of World cup success", *John M. Olin Center for Law and Economics Paper*, #02-009, University of Michigan.

15. Voir les rapports cités plus haut, note 5.



Ces facteurs expliquent sans doute en partie que la France demeure une destination privilégiée pour les capitaux internationaux, malgré tous ces handicaps supposés¹⁶. Par ailleurs, les flux d'IDE sont eux-mêmes très sensibles à la conjoncture. Enfin, ils réagissent aux interactions entre le pays d'origine et le pays d'accueil des IDE, davantage qu'à des écarts relatifs entre les différents pays d'accueil potentiels¹⁷.

Une méthodologie douteuse

En second lieu, les méthodes utilisées pour construire ces indicateurs sont souvent fort contestables. L'indicateur « de facilité à faire des affaires » du rapport *Doing Business* semble d'ailleurs cumuler toutes les faiblesses de ce type d'exercice¹⁸.

Les rapports *Doing Business* entendent mesurer l'impact du droit selon une approche « taylorienne » (« *time and motion* »). La plupart des sous-indicateurs composant l'indice synthétique résultent d'un comptage minutieux du temps, du coût et du nombre de procédures nécessaires pour réaliser certaines opérations fréquentes dans la vie courante de l'entreprise.

En réalité, plus que le droit lui-même, *Doing Business* examine ainsi les procédures administratives. Par ailleurs, la procédure contentieuse n'est étudiée à titre principale qu'à travers l'exécution d'un seul type d'obligation (la récupération d'un chèque impayé). *Doing Business* sous-entend ainsi que les mécanismes de mise en œuvre du droit sont communs à tous les types de contrats. De même, il ne prend pas en compte la pratique réelle du droit, et notamment la variabilité de la jurisprudence ou les difficultés dans l'interprétation des lois. Les effets induits du droit, et notamment ses externalités positives (amélioration de la productivité, préservation de la concurrence, réduction des conflits), sont totalement absents.

Par ailleurs, on constate des résultats contre intuitifs surprenants, telle la très grande dispersion du classement des États membres de l'UE à 15. Le classement des 15 pour l'indice général de « facilité à faire des affaires » varie de la 8^e place (Danemark) à la 80^e place (Grèce). Ceci est d'autant plus étonnant pour les secteurs où l'harmonisation européenne du droit existe depuis longtemps, et de façon exhaustive, comme pour le sous-indicateur relatif au droit douanier.

16. Bon an mal an, notre pays se situe toujours dans le peloton de tête en termes de flux entrants, en valeur absolue : 4^e place en 1980, avec 8,8 % du stock mondial d'IDE ; 6^e en 2000, avec 4,1 % du stock mondial, 2^e place en 2002 et 2004...

17. Voir par exemple : A. Bénassy-Quéré ; M. Coupet, T. Mayer, "Institutional Determinants of Foreign Direct Investment", Paris, *CEPII Working Paper*, No 2005 -05 April.

18. Voir notamment à partir du plus récent : C. Ménard, B. du Marais, "Can we rank legal systems according to their economic efficiency ?" , à paraître dans P. Nobel (dir.), *New Frontiers of Law and Economics*, Saint Gall, Schulthess, 2006 ; G. Canivet, M.-A. Frison-Roche, M. Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, novembre 2005 ; C. Kessedjian (dir.), "Le rapport *Doing Business*", *Revue de droit des affaires de l'université Paris II Panthéon-Assas*, 3, octobre 2005 ; F. Rouvillois (dir.), *Le modèle français : un obstacle au développement économique*, Paris, Dalloz, septembre 2005.



Afin de rendre plus aisée la comparaison internationale, l'équipe de *Doing Business* utilise, pour chaque sous-indicateur, un cas type, ce qui confère à sa démonstration une apparence d'universalité. Les cas type sont intentionnellement très simples, pour traduire la vie quotidienne d'une entreprise moyenne. Cependant, cette méthode dépend d'un postulat implicite selon lequel, dans tous les pays, les mêmes instruments juridiques sont utilisés pour résoudre les mêmes problèmes. Or, ce postulat va à l'encontre de l'expérience du droit comparé : ce qui importe est d'étudier le cheminement utilisé par les diverses cultures juridiques pour atteindre un résultat comparable. De plus, la méthode *Doing Business* se révèle également complètement fautive dans la réalité du monde des affaires. En définitive, elle ne permet pas non plus la construction d'un test universel dénué de biais.

Par exemple, l'évaluation de la législation sur les défaillances d'entreprises se fonde sur le cas type d'un hôtel géré par une société qui exploite le fond de commerce tout en étant propriétaire des murs. En France ce cas est très rare car le recours à une société civile immobilière propriétaire des murs permet justement de cantonner les risques en cas de faillite.

Pour le sous-indicateur relatif à l'obtention d'un crédit, le fait de ne collecter aucune information « positive » sur les débiteurs potentiels (volume actifs, montant de la rémunération, etc.) comme le font les « *credit bureaus* » américains conduit notre pays à la note de « zéro ». Ceci passe sous silence toutes les bases de données financières, activités pour lesquelles les opérateurs français se classent au deuxième rang mondial.

La construction elle-même des sous-indicateurs peut également faire l'objet de critiques. Ces sous-indicateurs combinent parfois deux types de valeurs : des grandeurs exprimant des données de structure, qui traduisent effectivement un choix de politique publique, avec des grandeurs de résultat, constatant simplement le degré de mise en œuvre administrative des procédures ou des phénomènes de nature sociologique ou macroéconomique.

Cette confusion peut sans doute expliquer la différence entre les grandeurs physiques calculées dans la base de données *Doing Business*, et la réalité enregistrée dans les statistiques officielles.

Le cas du Royaume-Uni est à ce titre particulièrement significatif. Alors que les statistiques officielles du « *Department of Constitutional Affairs* » britannique recensent une constante amélioration de la durée moyenne des instances (moins 41 % entre 2003 et 2004), l'indice de durée de la procédure pour l'item « *Enforcing Contracts* » triple presque entre les rapports *Doing Business* de 2004 et 2005. Malgré cet effort, les performances des tribunaux britanniques restent très largement en deçà des attentes de l'équipe *Doing Business* : les chiffres réels passent de... 1 148 jours à 679 jours devant la *Queen's Bench Division* quand l'équipe *Doing Business* les voit augmenter de 101 à 288 jours sans que l'on sache vraiment pourquoi¹⁹.

19. M. Haravon, « *Le rapport Doing Business et la Banque mondiale : mythes et réalités sans nuances* », JCP éd. E n° 41 du 13 oct. 2005, p. 1680-1682.



Enfin, les questionnaires qui fondent tout ce travail et leur administration laissent à désirer. Initialement uniquement en langue anglaise [...], ils abordent la problématique juridique avec un biais certain, voire comportent des ambiguïtés, y compris pour un juriste de Common Law. Les listes des destinataires des questionnaires, publiées en annexe de chaque rapport, montrent que ceux-ci appartiennent en général à des cabinets internationaux d'affaires, plus impliqués dans le conseil que dans les procédures et le contentieux quotidiens. Les erreurs sont d'autant plus probables que certains questionnaires contiennent des questions qualitatives et impliquent des jugements de valeur.

Ce débat méthodologique conduit à poser une question autrement plus profonde : quel est le droit mis en exergue par ces rapports ?

Le débat sur la « qualité » du droit révélateur d'une véritable compétition

La polémique récente sur les rapports Doing Business met en évidence plusieurs conflits. Le premier de ces conflits, le plus évidents, est celui qui existe entre systèmes juridiques, et notamment entre les régimes de Common Law et de droit écrit. La lecture attentive des indicateurs, et surtout des questionnaires qui en ont permis l'établissement, fait clairement apparaître le modèle qui est à l'esprit de leurs auteurs. Parfois même, la méthodologie conduit clairement à privilégier tel ou tel concept ou instrument du droit américain. Enfin, le commentaire du rapport 2004 sont sans équivoques en stigmatisant le *French civil Law*.

Toutefois, même des juristes de Common Law ne se retrouvent pas entièrement dans cette description d'un paradis juridique pour entrepreneur.

En effet, ces rapports traduisent un conflit plus profond : sur la conception du droit, sur son utilité sociale. Ce conflit se situe à un double niveau : au sein du droit des affaires lui-même, et bien sûr entre conceptions générales du droit.

La plupart des indicateurs de l'attractivité économique du droit expriment en effet un arbitrage implicite sur le rôle de celui-ci vis-à-vis de l'économie, voire plus précisément de l'entrepreneur. Cette littérature privilégie la flexibilité, la rapidité, l'absence de contraintes. Elle va d'ailleurs jusqu'à préconiser la réduction au strict minimum des garanties de procédure – au mépris sans doute de la plus élémentaire jurisprudence sur le principe du contradictoire et sur le droit au procès équitable²⁰.

Même si l'objet de ces rapports est le développement de l'esprit d'entreprise sous toutes les latitudes, le droit qu'ils proposent en modèle aura en pratique pour unique effet de faciliter le commerce ou les placements financiers internationaux, donc des opérations de court terme. Il ne s'agit pas de viser un ancrage définitif dans le pays, à travers des investissements directs à long terme ou des opérations industrielles lourdes. Les qualités du droit mises en avant sont avant tout la flexibilité et la rapidité, aux dépens de la sécurité.

20. Voir *Doing Business 2004* : "Simplifying judicial procedures", p. 50 et s.



Ces travaux sont également traversés par un clivage plus profond. Ils tranchent entre deux conceptions philosophiques du droit. La première conception fait du cadre juridique l'expression de la volonté générale et un facteur de garantie, voire de compensation d'un déséquilibre, en faveur de la partie historiquement considérée comme faible : le salarié, le fournisseur, le consommateur, etc.

Le juriste français, habitué à une telle conception globalisante éprouve de la difficulté devant une autre conception, véhiculée par ces classements. Il s'agit d'une conception partielle, instrumentale, dans laquelle l'outil juridique est mis au service d'une seule partie, l'entrepreneur. Ainsi, par exemple, le droit du travail, y compris lorsqu'il est élaboré à travers les conventions de l'OIT, n'est-il crédité d'aucun apport en termes de productivité ou de mise à niveau de la concurrence.

Face à l'ensemble de ces faiblesses, on ne peut qu'avoir une attitude sévère. Sévérité de mise puisque, la nature ayant horreur du vide, les données des rapports *Doing Business* deviennent la référence en la matière, reprise par d'autres instances – le *World Economic Forum*, par exemple.

Faut-il pour autant considérer l'exercice entièrement condamnable ? Si *Doing Business* apporte une réponse erronée, la question qui est en à l'origine est au contraire très pertinente et elle mérite largement une réflexion collective en France. Ainsi, malgré de considérables difficultés de mesure, la plupart des travaux mettent en évidence un effet positif et significatif du droit, des institutions ou de la « gouvernance » sur l'évolution des grands agrégats macroéconomiques.

Le droit, déterminant de la croissance

Le droit comme facteur de l'attractivité et de la compétitivité d'une économie

Il est difficile de définir l'efficacité du droit. Sans doute d'ailleurs est-ce impossible puisque cette définition est naturellement contingente et dépend de la demande sociale. Néanmoins le fonctionnement du cadre juridique influe sur la croissance économique à au moins deux niveaux ²¹.

Le droit, le cadre juridique influence les flux économiques d'un pays avec le reste du monde, soit à travers les flux d'IDE – comme on l'a vu – soit comme un facteur de la compétitivité des exportations, en tant qu'élément – certes indirect – du coût global de production. À cet égard, le cadre juridique peut influencer sur le coût de production, voire sur le fonctionnement du marché lui-même.

21. D. Kaufmann, A. Kraay, M. Mastruzzi, *Governance Matters IV : Governance Indicators for 1996-2004*, The World Bank Institute, Ronéo, May 2005.



Dans les années récentes, l'analyse de ce second aspect a été considérablement renouvelée au sein de la théorie économique. À la suite du prix Nobel d'économie (1991) Ronald Coase, celle-ci s'est intéressée à la façon dont les échanges se formaient. Dès qu'il existe des coûts de transaction, elle démontre que les règles de droit ont un rôle décisif à jouer, en ce qu'elles modèlent la forme et le coût des échanges²². L'analyse économique du droit (*Law and economics*) s'est ainsi constituée comme une branche majeure de la théorie économique. Poursuivant cette démarche, Douglass North (autre prix Nobel d'économie, 1993) développa une analyse portant sur le rôle décisif des institutions – considérées davantage comme système politique que comme système juridique – au cours du temps pour expliquer le développement et la croissance²³.

Ces effets peuvent être autant favorables – aspect peut fréquemment documenté dans les rapports destinés au grand public et aux responsables économiques – que défavorables. À travers les indicateurs synthétiques, et tout particulièrement celui de *Doing Business*, le droit, la procédure – administrative autant que contentieuse – sont avant tout considérés comme une gêne et un coût.

Ce débat théorique débouche alors sur une interrogation à la fois philosophique, mais aussi d'une immense portée en termes de politique publique : comment identifier le droit qui maximise la croissance ?

L'immense intérêt de l'évaluation de « l'efficacité » du droit

La question de la définition *des critères* d'une efficacité du droit est ici volontairement et arbitrairement écartée. La problématique de « la mesure du droit » nécessiterait un traité entier. Elle fait d'ailleurs actuellement l'objet d'une réflexion approfondie, notamment au sein du programme de recherches sur l'attractivité économique du droit.

Il faut néanmoins souligner l'immense intérêt – et donc l'enjeu – de la démarche d'évaluation du droit. Naturellement celle-ci ne doit pas se limiter à présenter le droit comme un facteur de coût, mais plutôt comme un instrument de politique publique, au même titre que les autres instruments disponibles – fiscalité, dépenses budgétaires, communication, etc.

De cette comparaison avec les autres instruments de politique publique, peut naître notamment plusieurs explications de la complexité et de l'instabilité qui sont souvent reprochées à notre droit. Ainsi, on constate que les modifications de la réglementation n'emportent, en apparence, aucun coût budgétaire direct (voir le tableau ci-dessous) et comporte de nombreux avantages pour l'administration par rapport à la fiscalité et à la dépense budgétaire.

22. R. Coase, "The Problem of Social Cost," *J. Law Econ.*, 3, 1 : 1-44, April 1960.

23. D. North, (1990), *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.



Tableau

Quelques effets comparés des modes d'intervention publique du point de vue de la puissance publique

Origine de l'effet pour l'État \ Instruments	Comportement des agents économiques	Coût administratif	Coût budgétaire
Taxation (positive, ou négative sous forme d'une dépense fiscale)	Effets d'aubaine, de calendrier : efficacité transitoire	Complexité de la supervision mais guichet unique et existant : le dispositif supplémentaire représente un coût administratif marginal	Coût budgétaire indirect et aléatoire en fonction du comportement des contribuables qui actionnent le mécanisme
Subvention		Coût quantitatif du traitement (multiplicité des guichets locaux, etc.) et/ou du contrôle (inspections sur place, etc.)	Coût budgétaire direct, prévisible, voire régularisable
Réglementation	Asymétrie d'information aux dépens du « réglementeur » mais procure de la sécurité juridique pour les deux parties		Absence de coût budgétaire direct : le coût est supporté par les agents qui appliquent la réglementation

Source : B. du Marais, *Rapport particulier pour le XXF rapport du Conseil des impôts, La fiscalité dérogatoire, 2003.*

La mise en œuvre de la LOLF va sans doute puissamment renforcer cette nécessité d'évaluer de façon comparative les divers instruments de politique publique.

Quelques pistes pour le développement de la capacité d'évaluation de la règle de droit

En réalité, ce n'est pas tellement sur le fond du droit que notre pays souffre d'un retard criant, en particulier par rapport à ces partenaires de Common Law : c'est en matière de capacité d'évaluation.

Certes, se pose la question du moment, de la méthode et du lieu de cette éventuelle analyse. En ce qui concerne l'évaluation *ex ante* de la réglementation, et les études d'impact en particulier, le constat a déjà été fort bien fait par ailleurs²⁴. De même, de nombreux ouvrages académiques ou administratifs – publiés notamment sous l'égide du Commissariat général du Plan – exposent différentes méthodes d'évaluation des politiques publiques qui sont largement transposables à l'évaluation des effets du droit.

Il faut cependant attirer l'attention sur quelques uns des ingrédients indispensables à la qualité de ces évaluations. Elles doivent notamment : être multicritères ; mettre en évidence les effets concernant toutes les parties concernées et identifier les effets successifs (de premiers, deuxièmes, troisième rangs, etc.).

24. B. Lasserre, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, Paris, La Documentation française, 2004, 47 p.



Les techniques utilisées montrent que l'évaluation n'est naturellement pas la panacée universelle pour obtenir un droit de qualité. À cet égard, les critiques dont fait l'objet le recours systématique de l'Administration américaine aux analyses coût – bénéfice rappellent que l'outil peut parfois être détourné de son objectif²⁵.

Il reste que la question du lieu de ces évaluations est primordiale. L'échec relatif des instances étatiques d'évaluation mises en place au niveau central – notamment le Conseil national de l'évaluation – montre que pour être efficace, et améliorer la qualité globale de la réglementation, ce type de démarche doit nécessairement être *multipolaire*.

Le cas des États-Unis est à cet égard tout à fait démonstratif des conditions de développements d'une telle culture de l'évaluation.

Au-delà des administrations en charge officiellement de l'évaluation – qui se trouvent d'ailleurs *en situation de concurrence*²⁶ – toute une série de *Think tanks* viennent placer les politiques publiques sous « tension de résultats » en les soumettant au feu d'une analyse critique non seulement fréquente, mais *permanente*. Ces instances sont le plus souvent étroitement liées, *à la fois*, au monde académique et à la société civile, avec parfois une participation des pouvoirs publics. Plus ou moins partisans, ils interviennent tour à tour comme sous-traitants des administrations ou comme leurs contre-pouvoirs²⁷. La détermination du lieu de l'expertise en matière d'évaluation des politiques publiques (« Qui évalue ? ») semble aussi importante que la détermination des méthodes d'évaluation (« Comment évaluer ? »²⁸).

Ces organismes s'intéressent à toutes les étapes de la démarche : définition des instruments de la politique publique et de leur mise en place, analyse des résultats, jusqu'à la conceptualisation de la méthode d'évaluation, voire critique philosophique des fondements des politiques publiques. En outre, et cela n'est pas neutre sur l'efficacité de leur évaluation, leurs travaux sont, par définition, *rendus publics*, ce qui n'est pas le cas de la plupart des rapports d'inspection administrative.

Par ailleurs, et le lien de causalité est étroit, la fonction d'évaluation bénéficie d'un accès très libre aux gisements d'information publique, garanti par le droit commun et notamment le *Freedom of Information Act* de 1966²⁹.

25. P. de Meneval, « Réglementer intelligemment : Les analyses d'impact et la préparation des réglementations publiques aux États-Unis », Document de travail 2004.05, Agence financière de Washington, <http://www.ambafrance-us.org/intheus/finance>.

26. Aux États-Unis, l'OMB dépend de l'exécutif, et le GAO dépend du Congrès.

27. Voir par exemple, couvrant l'ensemble du spectre partisan, les travaux de la *Brookings Institutions* ou du *Cato Institute* sur la politique fiscale en général et les dépenses fiscales (*tax expenditures*) en particulier.

28. E. Zelinsky, « James Madison and Public Choice at Gucci Gulch : a procedural defense of tax expenditures and tax institutions », *Yale Law Journal*, 102, March 1993, p. 1165s.

29. Voir, plus en amont, l'*Administrative Procedure Act* de 1946.



En conclusion, pour améliorer le droit, développons « l'intelligence »

Pour lutter à armes égales contre le dénigrement dont notre Droit est l'objet, mais aussi disposer en France d'une véritable capacité d'expertise en matière d'évaluation de notre système juridique, il s'agit de développer « l'intelligence » – la compréhension – des effets du droit sur les composantes de la croissance économique. Il suffit en réalité de compléter les décisions prises par Raymond Barre à l'issue du rapport rendu en 1979 par MM. Lenoir et Prot³⁰. En effet, à l'époque, la compétition entre pays développés et les causes de la crise économique se situaient sur le terrain de la macroéconomie. Le Premier ministre d'alors avait entrepris de créer, par le soutien public, plusieurs centres indépendants de prévision macroéconomique (dont le CEPII, l'OFCE, etc.).

Aujourd'hui, la marge de manœuvre des États en matière macroéconomique est singulièrement réduite. Comme nous le signale de façon brutale les rapports Doing Business, la compétition – et les freins à la croissance – se sont déplacés sur le terrain de la microéconomie, de l'organisation de la société, notamment des interfaces entre les institutions et le système productif, et donc sur le terrain des effets économiques du droit. Il faut sûrement, dans ces domaines, imiter le mouvement effectué à la fin des années 1970. Il reste à développer une capacité d'analyse rigoureuse et indépendante, qui puisse alimenter les décideurs politiques et – pourquoi pas ? – également les instances de contrôle préalable de la qualité du droit, telles que le Conseil d'État.

30. Voir entre autres Joël Bourdin, « L'information économique aux États-Unis », *Rapport d'information*, n° 326 (2000-2001), Délégation du Sénat pour la planification.



Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même*

*Nicolas Molfessis,
professeur de droit privé à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

1. – D'un rapport du Conseil d'État à l'autre, depuis le rapport apériteur¹ qui a révélé que la crise n'était pas seulement dans les esprits chagrins des faiseurs de système mais aussi dans la conscience des légistes, la lutte contre l'insécurité juridique est devenue priorité nationale. En remontant les quinze années qui viennent de s'écouler, l'impression première est assurément celle d'une masse, presque oppressante, d'écrits en tous genres et de toutes origines portant sur l'insécurité juridique, ses manifestations, ses causes ou ses remèdes. Dans ce magma qui gagne, une littérature foisonnante – des rapports, des déclarations, des travaux divers –, nous signifie désormais, du plus haut de l'État, la nécessité et l'urgence de porter remède à un corps malade de son enflure². Mais s'y mêle également, en bon rang, un dispositif juridique hétérogène, parmi lequel des lois, des décrets ou des circulaires qui aspirent à améliorer une situation endémique et critique³. Des décisions de toutes justices, à leur tour, rendent compte, Constitution en étendard, de la priorité nationale⁴. Pour qui négligerait un tel phénomène, dans la « grande » presse, et comme en résonance, les dysfonctionnements du système juridique sont désormais devenus problème de société⁵. C'est l'affaire de tous et non celle des seuls juristes dont il est question.

2. – Ce mal, on le sait, est protéiforme. L'insécurité juridique se nourrit de l'inflation normative comme de l'instabilité des règles ou encore du déclin de l'art de légiférer. Parce qu'elle fait obstacle à la connaissance des règles, elle provoque une situation d'angoisse face au droit. C'est l'insertion de la norme juridique dans l'ordre social qui est en cause, et donc sa vocation à régir réellement et durablement les situations juridiques, sans compter le discrédit qui affecte alors le droit. L'insécurité juridique, c'est la règle qui se dérobe.

Mondialisation oblige, on insiste davantage aujourd'hui sur les coûts de ces désordres normatifs, feignant de découvrir que le droit est un élément de la compétitivité nationale et donc de la prospérité⁶. À l'échelle du particulier, de l'entreprise ou de l'État, l'insécurité des solutions grève les décisions des acteurs⁷.

* Les notes sont regroupées à la fin de cette contribution.



Mais le trop-plein de droit emporte bien d'autres conséquences. Et d'abord la dilution de l'effet unificateur de la règle. Survie de la loi ancienne et application immédiate de la loi nouvelle favorisent la coexistence au sein d'un même ordre juridique de plusieurs droits positifs, applicables à des situations identiques. L'inflation du droit crée mécaniquement des sous-ordres juridiques tenant à la dévolution successorale des règles.

Dans le même temps, mais à l'horizontale en quelque sorte, la multiplication des règles s'accompagne de l'une subdivision du droit. C'est une loi – de plus – que nous enseigne l'inflation législative : comme les cellules, le droit se subdivise en grossissant. L'accroissement de volume s'opère par division. Que l'on se contente, pour rendre compte du phénomène, de viser les différentes catégories de baux cités en table de l'une des publications du Code civil : baux, baux à cheptel, baux commerciaux, baux d'habitation et mixtes soumis à la loi du 6 juillet 1989, baux d'habitation et mixtes de la loi du 23 décembre 1986, baux d'habitation et mixtes de la loi du 22 juin 1982, baux d'habitation et professionnels de la loi du 1^{er} septembre 1948 et autres textes spéciaux, baux à loyer, baux à nourriture, baux professionnels, baux à réhabilitation, baux ruraux... Faudrait-il également évoquer la réglementation pléthorique du – ou plutôt *des* – cautionnement(s) ? Au pluralisme que provoque la coexistence de textes de dates différentes, se joignent des phénomènes d'arborescence, et donc de démultiplication des droits spéciaux.

Une même situation juridique se trouve ainsi placée sous l'empire de diverses règles spéciales qui s'additionnent pour déterminer, par agglutination en quelque sorte, le droit applicable. Un contrat à durée indéterminée conclu par un consommateur, par voie électronique, et donc aussi à distance, sollicite divers corps de règles spéciales, tenant à l'objet du contrat, à la qualité du contractant, à la forme de l'acte, etc.

3. – D'un tableau qui se noircit progressivement, on puisera matière à réflexion sur une évolution des sources de l'autorité dans notre société. Le déclin de la sécurité juridique signe celui du droit et rend compte d'une transformation des modes de régulation sociale. L'instrumentalisation de la loi, le dévoiement de l'intérêt général derrière des intérêts collectifs ou particuliers, les réactions émotionnelles et démagogiques à un supposé besoin de loi, l'appel à la réglementation en guise de traitement des angoisses sociales liées à la multiplication des risques technologiques ou scientifiques, jusqu'aux alternances politiques...

On sait les causes, structurelles ou conjoncturelles, qui conduisent aux dérèglements de notre système normatif. La mutation de la loi dans le sens de son dépérissement progressif, du moins depuis plus d'un demi-siècle, son dépassement par des sources supérieures, sa mise en concurrence du fait de la profusion des autorités sectorielles régulatrices, sont également bien connus.

Reste une interrogation : quels enseignements tirer des années écoulées entre les deux rapports du Conseil d'État ? La mobilisation des esprits, la réaction des pouvoirs publics, fournissent-elles des solutions adaptées au phénomène décrit en 1991 en des termes éloquentes ? C'est la pertinence même des mesures ordonnées ou suggérées qui est en cause.



4. – Le bilan, même s’il appelle ça et là la nuance et obligerait, pour être à l’abri de la dispute, un relevé d’inventaire des plus détaillés, est assurément négatif. Plus encore, la fièvre gagne progressivement.

Divers clignotants, diraient les économistes, marquent l’aggravation des symptômes de l’insécurité juridique. Il suffit d’ailleurs, pour s’en convaincre, de s’imprégner des considérations générales du rapport public 2006 du Conseil d’État.

L’inflation normative ? Cet indicateur, généralement privilégié, est sans appel. On l’illustre de multiples façons : nombre des textes – stock⁸ ou flux⁹ –, volume des textes¹⁰, nombre d’amendements législatifs¹¹, jusqu’au poids en kilos du *Recueil des lois*¹². Ce que l’on pourrait appeler le « taux de rotation », pour désigner la vitesse à laquelle des règles changent dans un domaine juridique, mériterait sans nul doute une analyse statistique : on sait des secteurs – droit du travail en tête – frappés de réformes permanentes¹³.

Le retard dans la mise en œuvre des textes ? Si les prémisses d’une évolution favorable ont pu être observées dans le dernier Rapport du Sénat sur l’application des textes, la situation conduit toujours à « un constat sévère » : moins de 20 % des lois sont rendues applicables l’année de leur publication¹⁴. Le délai à attendre pour qu’une loi entre ainsi en application reste, selon la même source, parfaitement injustifié¹⁵.

Quant à la qualité de la règle, désormais érigée en priorité, on ne voit guère sur quelle base on pourrait dire qu’elle se serait améliorée. Chacun, sans grande difficulté, saura trouver les illustrations qui marquent la tendance¹⁶.

5. – Plus encore, en divers domaines l’impression prévaut d’un recul des techniques de lutte contre l’insécurité juridique. L’évaluation législative ? Prônée notamment par une loi du 14 juin 1996¹⁷, elle n’a pas donné ses fruits¹⁸. On en dira de même des études d’impact. Présentées comme une panacée au milieu des années 1990¹⁹, au point que l’on pouvait en dire qu’elles devaient contribuer « à endiguer la prolifération des textes législatifs et réglementaires et à maîtriser la complexité de l’ordonnancement juridique »²⁰, elles n’ont pas davantage tenu leurs promesses. Estimée « peu encourageante »²¹, selon un euphémisme bien choisi, la situation a même récemment justifié une singulière révision à la baisse des ambitions initiales²².

À l’évidence, les médecines mises en place ont révélé leurs limites et leurs insuffisances. La complexification progresse sans se sourciller de l’objectif de simplification²³.

6. – Dès lors, comment justifier l’impuissance des pouvoirs publics à venir stopper un mouvement si clairement dénoncé et si nettement compris il y a quinze ans ? Entre la mise en cause, au début des années 1990, du « développement des textes d’affichage », d’un « droit mou, un droit flou, un droit “à l’état gazeux” » et la dénonciation en 2005 de « la dégénérescence de la loi en instrument de la politique spectacle » de « la loi d’affichage » ou encore de la tendance à « amollir la loi de considérations générales et de vœux pieux »²⁴, pourquoi rien ne semble s’être passé ? Comment comprendre que ni le flux ni le stock de textes n’aient même un temps suspendu leur funeste ascension ou encore que la fréquence des changements de règles et plus généralement leur instabilité n’aient décréu ? Comment expliquer que, « depuis trente ans, les



chefs successifs du Gouvernement enjoignent à leurs ministres d'accélérer la publication des actes réglementaires nécessaires »²⁵ sans que le retard endémique dans l'application des lois ne fléchisse ?

Machiavélisme, incompétence, cynisme des acteurs ? Pourquoi ceux qui entendent pour restaurer l'autorité de la loi, lutter contre les lois « purement déclaratives »²⁶, joignent-ils leurs voix au vote de la loi du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation en faveur des Français rapatriés²⁷ ou à celle du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 ? Pourquoi ceux qui prônent la simplification du droit sont-ils les premiers à emprunter la voie la plus propre à alourdir substantiellement le droit ? Il y a là comme une impression d'emballement du système juridique, comme si celui-ci ne pouvait être maîtrisé et stoppé sur la voie de son emphase.

7. – Une telle interrogation revient à éprouver l'aptitude du système juridique à traiter ses propres maux. Car c'est bien une auto-médication que veut s'imposer le système juridique en multipliant les règles destinées à lutter contre ses dysfonctionnements. Lois de simplification, loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, circulaires relatives à la qualité de la réglementation ou à la maîtrise de l'inflation normative mais aussi et encore chartes de la qualité de la réglementation, rapports *ad hoc*, création de commissions spécialisées, décisions consacrant des normes constitutionnelles sur la sécurité juridique ou ses manifestations... constituent un *corpus* juridique en charge de la police du système juridique.

La lutte contre l'insécurité juridique est devenue en soi un objet de réglementation. D'où le constat de l'essor, derrière les aspirations à améliorer le droit, d'un droit du droit, avec ses principes et ses règles, de hiérarchies et de nature différentes. Le système juridique entend se traiter lui-même.

8. – Tournées vers le système juridique, ces règles, ces décisions, recommandations ou instructions ont une portée endogène : elles entendent régir les règles de droit elles-mêmes, en recherchant, selon les cas, leur simplification, leur efficacité ou encore en visant l'allègement ou le regroupement de l'ensemble normatif. Elles ont en commun un objectif : l'amélioration du droit. Par suite, on doit considérer que de telles dispositions relèvent de la catégorie plus générale des normes que Hart qualifie de « secondaires », ou que Kelsen a dénommée normes de structure, par distinction avec celles qui régissent les comportements, accordent des droits ou imposent des obligations. Elles participent ainsi des normes sur la création juridique²⁸ ou encore de celles « dont l'existence est justifiée *parce qu'elles se réfèrent à d'autres normes* »²⁹.

Au sein de ces dernières, les règles visant à l'amélioration du droit sont spécifiques. Et leur développement est sans nul doute récent. Les théoriciens qui ont porté leur attention à la distinction des diverses règles selon leur objet ou leur fonction n'avaient d'ailleurs pas jugé utile de les repérer³⁰. Si l'on devait les résumer de quelques traits, on dirait qu'elles portent, selon les cas, sur l'écriture de la règle, sur son esthétique, sur ses effets, qu'elles interviennent soit en amont de l'élaboration des règles substantielles³¹ soit en aval³², et qu'elles aspirent à traiter le système juridique.

9. – À l'évidence, l'évolution de notre droit conduit à l'accroissement de ce type de règles. Elles sont les produits de la complexité qui entend, en quelque sorte, façonner son antidote³³. Plus les systèmes juridiques évolués se com-



plexifient, plus ils créent le besoin de règles qui accompagnent la production normative, l'encadrent et visent à en assumer la police. La seule réglementation procédurale des règles – dont Weber avait montré qu'elle caractériserait les droits modernes – ne suffit plus à garantir leur qualité quand elle ne participe pas des dérèglements normatifs eux-mêmes³⁴.

Dès lors, bien naïf celui qui contemple l'essor des règles visant à l'amélioration du droit en se réjouissant, comme si l'appel à la simplification et, plus généralement, l'invocation de la sécurité juridique étaient un signe de rédemption du système juridique. C'est parce que la règle se dégrade, que l'inflation normative augmente et que la complexité des textes est croissante, que les pouvoirs publics multiplient les interventions destinées à améliorer la réglementation, à réduire le flot des textes, à simplifier le droit, etc. Un tel dispositif marque ainsi la juridicisation d'un processus de rationalisation du droit censé restaurer le système juridique en soumettant la norme à des réquisits formels et à des tests d'efficacité ou d'efficacité.

10. – Ces règles sur les règles ne sauraient toutefois, par quelque abstraction, être détachées de leur environnement. Elles n'existent pas indépendamment du système juridique qui les secrète. Produits des dérèglements de notre système juridique, ces dispositions voulues vertueuses risquent dès lors d'être infectées par les maux mêmes qu'elles visent à combattre.

Le bilan, précisément, en atteste. Les ordonnances censées simplifier le droit tout en évitant l'encombrement du Parlement, sont ainsi devenues à leur tour une source d'inflation normative au point que leur débit est désormais supérieur à celui du Parlement³⁵. Alors qu'elles avaient reçu l'onction suprême, parce qu'elles apparaissaient comme un moyen de parvenir à l'objectif constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi³⁶, le président du Conseil constitutionnel lui-même s'est récemment demandé si « le remède n'est pas pire que le mal »³⁷ ! Avec plus de 90 ordonnances en 2005, la réponse ne semble faire guère de doutes³⁸. Pareillement, les règles destinées à l'évaluation ont échoué, faute de temps ou de moyens suffisants. On soulignera encore que l'on doit l'échec des rapports destinés à informer le Parlement à l'inertie persistante du gouvernement³⁹. Et la litanie pourrait être poursuivie.

11. – Plus encore, les remèdes deviennent à leur tour facteurs de dysfonctionnements et appellent donc l'intervention des sources du droit, *lato sensu*. La complexité du droit est en soi une cause d'ébullition normative. La masse, à nouveau, est en elle-même révélatrice : des lois, des décrets, mais aussi des circulaires ou des instructions sont rendues nécessaires du fait de l'opacité des textes, de leurs imperfections, des difficultés à les appliquer. Les imperfections appellent de nouvelles règles. Ces nouvelles règles, elles-mêmes imparfaites, provoquent à leur tour l'intervention du droit – c'est l'autocréation vicieuse du droit...

N'est-ce pas ce que l'on observe lorsque l'on contemple le bilan de la codification à droit constant ou à tout le moins de certains des codes réalisés ? Parmi d'autres, le Code de commerce comme le Code monétaire et financier ont ainsi provoqué l'intervention de sources multiples, mobilisées pour corriger les erreurs de codification⁴⁰ et lever les incertitudes soulevées par la mise en code des textes⁴¹. L'ensemble, quoiqu'on en pense, s'est soldé par un surcroît



de textes, par des interventions *ad hoc* des administrations et par un contentieux en série.

La complexité est source de complexité. Les dérèglements dans l'application des lois en portent divers témoignages⁴². Une illustration de plus : la loi du 9 décembre 2004 de simplification du droit impose-t-elle, pour chaque loi promulguée, un rapport sur sa mise en application⁴³ ? L'obligation reste alors lettre morte. Plus encore, la loi de simplification du droit elle-même, c'est-à-dire celle qui se trouve à l'origine de cette obligation nouvelle, n'a pas fait l'objet du rapport sur sa mise en œuvre qu'elle avait elle-même prévu⁴⁴ !

Les règles visant à l'amélioration du droit se trouvent ainsi perverties par les dysfonctionnements mêmes du système juridique. Elles en viennent à participer au mal qu'elles veulent combattre. Le système s'est auto-dérégulé.

12. – Etourdi par un tel cercle vicieux, faut-il en déduire que toute tentative d'amélioration du système juridique est vouée à l'échec ? Il faudrait alors se résigner à ne rien à faire, à adhérer par dépit à un libéralisme extrême, prompt au laisser-faire et rebelle à toute forme d'interventionnisme ? Certainement pas. Le désordre systémique condamne l'inertie. Loin de justifier l'inaction, il incite à considérer autrement les remèdes proposés pour s'assurer de leur apport vertueux à la lutte du système juridique contre lui-même.

Si l'on tente de tirer profit des leçons que les expériences menées depuis quinze ans nous offrent, on pourra dégager quelques lignes directrices, traits saillants d'une méthodologie de la lutte contre l'insécurité juridique.

13. – La première tâche consiste à identifier les objectifs pour éprouver l'adéquation du remède envisagé à la fin recherchée. Des mots, on ne tire rien : accessibilité, clarté, intelligibilité du droit ne s'obtiennent pas par proclamation. Sous cet aspect, la démarche dite de simplification du droit a tout d'une grossière mascarade. N'abritant qu'un slogan, dont le sens même est obscur et ambivalent⁴⁵, elle est devenue l'étendard d'une action publique qui cherche à labelliser une réglementation frénétique. La simplification nous est désormais servie en toutes occasions, sans même que l'on sache ce que recouvre le pavillon : s'agit-il que le droit soit compris par tous sous prétexte de vouloir un « droit pour les usagers »⁴⁶ – mission impossible⁴⁷ ? Escompte-t-on moins de règles⁴⁸ ou bien des règles autrement écrites ? Ou bien encore, la simplification implique-t-elle une réduction des catégories et des régimes juridiques – moins de cas de divorce, un alignement du statut des enfants naturels et légitimes⁴⁹ ? Est-ce « l'efficacité » de la règle qui est en jeu⁵⁰ ? Derrière le terme aux atours séduisants, on peut tout viser... et l'on vise tout⁵¹. S'il y a ici une certitude, en réalité, elle est tout autre : soigneusement à l'abri derrière le mot si consensuel de simplification, le besoin normatif s'est exprimé sans retenue. Fermer la voie corrompue est donc une nécessité, sauf à admettre la submersion normative. Un mot ne vaut pas toujours programme⁵². Cessons donc de « simplifier » !

14. – La deuxième tâche consiste à identifier les diverses contraintes externes au système juridique – financières ou temporelles par exemple – afin de déterminer leur compatibilité avec les objectifs poursuivis. C'est une exigence de réalisme. Rien ne sert de vouloir généraliser les études d'impact, de créer des organes chargés d'évaluer les textes, de décider que chaque texte de loi fera l'objet d'un rapport, si les moyens, matériels et humains, ne sont pas réunis



pour mener à bien l'objectif⁵³. Plus encore, la démesure – et donc l'irrespect du remède prescrit – a pour effet pervers de jeter le discrédit sur l'aptitude de son auteur – parlement ou administration – à respecter les contraintes qu'il s'est fixées. Est-ce si compliqué d'observer que toutes les fois que l'on accroît le travail parlementaire ou gouvernemental sans prévoir corrélativement les ressources nécessaires, on s'expose à un échec ou à un déplacement des difficultés ? Mieux vaut réaliser une ambition limitée que d'achopper sur une ambition disproportionnée.

15. – La troisième tâche consiste à maîtriser les interactions entre les remèdes envisagés et le système juridique. Ce qui suppose de rechercher les effets de système qui sont ici à l'œuvre. Observons, par exemple, qu'une codification dite « thématique »⁵⁴ de l'ensemble du droit, en fonction des demandes des ministères et des initiatives particulières⁵⁵, ne saurait être sans conséquences sur le fond du droit. Les codes superflus ne se contentent en effet pas d'ajouter à la masse ; ils configurent le droit. Le récent Code du tourisme offre ainsi cette image d'une codification dépourvue de raison d'être – la matière codifiée n'ayant pas même d'existence propre⁵⁶ –, issue d'une pensée guidée par le seul appétit pour un code de plus. Le résultat est là : outre des dispositions sur la compétence⁵⁷, la plupart des dispositions de ce « petit » code tiennent en une reprise des codes existants : Code civil⁵⁸, Code de commerce⁵⁹, Code de l'environnement⁶⁰, Code de l'urbanisme⁶¹, Code général des collectivités territoriales⁶², Code général des impôts⁶³ sont transportés de leur code d'origine. Nombre de sections voire de chapitres ne comportent ainsi aucune règle qui ne soit importée d'un autre code. Une masse artificielle de règles est créée, le recopiage conduisant directement à augmenter le volume normatif existant⁶⁵ – même à droit constant. Ne négligeons pas les effets des codes : par sa seule présence, le code appelle des règles supplémentaires, des toilettes ou des réformes, et provoque la réglementation. Il y a plus : parce qu'il labellise une nouvelle matière et donne corps à ce qui n'était alors qu'un secteur professionnel, le code porte un coup de plus au déclin du droit commun en contribuant à la fragmentation du droit en droits spécialisés⁶⁶.

L'exemple appelle-t-il l'axiome ? Toute action sur le droit, toute règle de structure, déplace son onde de choc sur l'ensemble, par effet de système. En retour, le système juridique se veut donc contraignant : il est un donné dont l'action ne saurait s'affranchir. Qu'il s'agisse de codifier, de légiférer, d'inciter ou de réfréner, les règles qui ont la prétention d'améliorer le droit doivent se plier aux contraintes systémiques pour avoir quelque chance d'être efficace. Comme l'écrit si justement F. Jullien, « il serait vain, et donc absurde de vouloir agir sur le monde, physique ou social, en n'épousant pas la tendance qui s'y trouve objectivement impliquée et régit son développement. Il serait vain, et donc absurde, de vouloir s'ingérer dans le cours de la réalité au lieu de se conformer à la logique de propension qui découle chaque fois de la situation donnée⁶⁷ ».

Entend-on, par exemple, faire la chasse aux dispositions non normatives qui poussent dans nos lois, comme de mauvaises herbes ? À supposer que l'on sache ce qu'est une disposition *en soi* privée de toute normativité – alors même que l'expérience apprend que ce supposé attribut de la règle est indissociable du travail d'interprétation⁶⁸ –, on ne saurait agir utilement sur la présence de telles dispositions dans les textes sans comprendre au préalable les



raisons pour lesquelles elles y ont germé. Un tel chantier d'éradication suppose donc de prévoir, en substitut, d'autres voies. Les lois recognitives, supposées lois symboliques, servent des intérêts bien concrets et bien réels, qu'il n'est pas possible de nier⁶⁹. On ne peut faire disparaître un besoin par voie d'impératif.

Ose-t-on l'évidence ? Toute action sur un symptôme – les dispositions floues dans les textes de lois – requiert une action sur les causes – ici la concession faite aux lobbies ou encore la volonté d'afficher une politique publique, etc. Constate-t-on l'incapacité des acteurs du système à tenir le cap qu'ils se fixent eux-mêmes – analyser l'opportunité des réformes envisagées, en anticiper les coûts et les effets, en faire l'évaluation –, et ce parce qu'ils subissent des contraintes antagonistes ? Pourquoi alors ne pas davantage confier à des autorités extérieures aux processus de production des normes, le soin d'en contrôler et d'en améliorer les rouages ?

Dans le même temps, il faut compter avec les effets vertueux que recèle le système, ce qui suppose de savoir les stimuler. Ainsi, une approche quantitative, qui consiste à lutter contre la masse des textes par voie de régime amaigrissant, recèle sans nul doute des vertus multiples, par effet d'entraînement⁷⁰. Si l'on songe en effet à la diversité des méfaits de la seule inflation législative⁷¹, alors sa réduction devrait, en sens inverse, provoquer un réagencement du droit, redonner vigueur au droit commun ou imposer une rédaction moins technicienne et pointilliste de la règle, etc. Proposons donc d'ouvrir un chantier de plus : dressons l'inventaire, en tous domaines, des règles inutiles, parce que superflues, obsolètes, redondantes, etc., afin de proposer leur abrogation expresse⁷². Une loi de plus peut-être, mais pas n'importe laquelle : une loi d'abrogation des textes inutiles.

16. – On n'ignore pas que ces quelques observations restent bien insuffisantes. Il faudrait sans nul doute provoquer une réflexion d'ampleur sur les ressorts de la complexité qui caractérise notre système juridique. La mise à jour de cette complexité est en effet la condition de toute action visant à réduire les dérèglements de notre droit. « Nous ne croyons rien connaître avant d'en avoir saisi chaque fois le pourquoi, c'est-à-dire saisi la première cause » écrit Aristote : c'est « la connaissance de la cause par laquelle une chose est » qui nous donne « la science de cette chose d'une manière absolue et non pas accidentelle⁷³. »

Plus que tout, il nous faut développer une nouvelle culture de la production des normes. Résorber l'insécurité juridique implique une meilleure connaissance des effets de système, une prise en compte accrue des données sociales qui agissent sur le droit⁷⁴, une réflexion critique sur le besoin normatif et l'instrumentalisation des règles.



Notes

1. Conseil d'État, Rapport public annuel 1991, « De la sécurité juridique », La Documentation française.
2. On ne peut compter les articles. Contentons-nous des déclarations de personnalités : Président de la République (Discours devant le parlement le 19 mai 1995), Premier ministre (v. G. Courtois, « Jean-Pierre Raffarin et l'esprit des lois », *Le Monde*, 9 juillet 2002, p. 16), président du Sénat (« Surabondance de lois nuit au citoyen », *Libération*, 18 janvier 2005), président de l'Assemblée nationale (v. ainsi la proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi, 5 octobre 2004), président du Conseil constitutionnel (vœux pour 2005) ; et des rapports les plus récents : Rapport au Premier ministre, Groupe de travail présidé par B. Lasserre, « Pour une meilleure qualité de la réglementation », La Documentation française, 2004 ; D. Mandelkern sur la qualité de la réglementation ; « Incertitude et sécurité juridique », M. Pinault dir., Cour de cassation, 2005.
3. Pêle-mêle : loi n° 99-1071 du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnances à l'adoption de la partie législative de certains codes ; loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ; loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit ; circ. du 30 septembre 2003 relative à la qualité de la réglementation ; circ. du 26 août 2003 relative à la maîtrise de l'inflation normative et à l'amélioration de la qualité de la réglementation.
4. V. not. déc. 99-421 DC du 16 décembre 1999 ; déc. 99-423 DC du 13 janvier 2000 ; déc. 2000-435 DC du 7 décembre 2000 ; déc. 200-455 DC du 12 janvier 2002 ; déc. 2005-512 DC du 21 avril 2005 ; déc. 2005-530 DC du 29 décembre 2005.
5. La presse qui s'alarme, et la presse qui s'amuse, parce qu'elle se moque. V. ainsi, dans la période la plus récente, les différents articles de *Libération*, 18 janvier 2005, not. « Surabondance de lois nuit au citoyen » et « La surcharge législative, un mal qui gagne l'Europe » ; *Le Figaro*, « Quand la loi est érigée en instrument de communication politique », 25 octobre 2005 ; « Les réalités de l'inflation législative », 16 janvier 2006 ; *Marianne*, sur « Ces lois qu'on n'applique pas », 26 janvier 2004, p. 60 et s. ; ou encore *Le Monde*, 2 janvier 2006, p. 3 sur le malaise des magistrats et l'inflation législative.
6. Sans que l'on soit encore capable d'intégrer cette donnée dans le processus de décision : v. O. Sivieude, « Le coût de la réglementation », annexe au Rapport Mandelkern, préc., p. 52 et s.
7. Pour une analyse détaillée des coûts de la réglementation, v. Rapport Mandelkern préc. Aj. E. Blanc, Rapport AN, n° 752, avril 2003, p. 15 ; B. Saugey, Rapport Sénat, n° 266, 2002-2003, p. 13.
8. Le chiffre de 9500 lois en vigueur est à présent retenu, contre 8000 selon le Conseil d'État en 1991.
9. 1790 textes numérotés publiés au Journal officiel en 2005 contre un peu plus de 1500 l'année précédente. On relèvera également que, selon des données transmises par les éditions du Juris-Classeur, on comptait, en 1993, 15719 modifications de textes contenus dans codes et lois trouvant leur origine dans des lois, ordonnances, décrets et arrêtés, 19491 en 2004 et plus de 23000 fin novembre 2005. V. ég., « Inflation législative galopante : l'exemple de l'été 2004 », Juris-classeur, novembre 2004.
10. *Le Figaro*, 16 janvier 2006 : « La loi sur le commerce électronique occupe plus de 100 pages, la réforme de la santé publique 218 pages et la relance de la décentralisation 231 pages. Lors de son examen en 2003, le projet de loi sur la grande criminalité a quasiment doublé de volume. Plus d'un dixième du Code général des impôts, qui compte 2 500 pages et 4 000 articles, est modifié chaque année. »
11. Ce nombre est en augmentation constante et fulgurante : un peu plus de 4500 amendements pour la période 1959-1962 ; 10 000 entre 1968-1972 ; 50 000 entre 1997-202, déjà près de 100 000 pour la 12^e législature : V. *Le Monde*, 17 janvier 2006.
12. G. Hispalis, « Pourquoi tant de loi(s) ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 101.
13. Les considérations générales du rapport du Conseil d'État pour 2006, *supra*, évoquent sous cet aspect, les « stroboscopes législatifs permanents » dans lesquels est inclut justement le droit fiscal. Le rapport cite l'exemple d'un article de loi modifié deux fois le même jour (point 2.2.2.).



14. Il faut ajouter que les progrès relatifs aux textes votés en urgence sont eux aussi très relatifs : « Comme en 2003-2004 (alors pour 14 lois), aucune des lois votées, de droit, en urgence, ou après déclaration d'urgence (soit 11 unités), pendant l'année parlementaire, n'a été rendue totalement applicable au 30 septembre.

Les 3 lois votées, de droit, en urgence ont été traitées exactement comme en 2003-2004 et 2002-2003 : elles sont toutes partiellement applicables. Il y a là, sans doute, compte tenu de la densité de ces textes, une donnée d'ordre structurel. Mais rappelons que ces lois figurent traditionnellement parmi les textes au taux d'application le plus élevé.

S'agissant des lois votées après déclaration d'urgence, la proportion de lois partiellement applicables est supérieure au score obtenu sur les lois votées selon la procédure de droit commun (respectivement 37,5 % et 31,8 %), ce qui n'était pas aussi net en 2003-2004 (respectivement 36,4 % et 35,3 %).

On constate cependant que 5 lois sur 8 (62,5 %) votées après déclaration d'urgence n'ont reçu aucun texte d'application, ce qui est le cas de 12 lois sur 22 (54,6 %) votées selon la procédure de droit commun : la comparaison n'est pas en faveur de la déclaration d'urgence. »

15. Vœux de J.-L. Debré, le 3 janvier 2005, déplorant « le soin apporté [...] à la publication des décrets d'application. Rien ne sert de légiférer si les conséquences n'en sont pas tirées rapidement sur le plan de l'action de l'Administration. Il faut malheureusement attendre en moyenne 10 mois pour que les décrets d'application d'une loi soient publiés au Journal Officiel et donc rendre cette loi applicable. Ce délai trop long n'est pas compris par nos concitoyens. Lorsque la loi est votée par le Parlement, il pense que son application se fera rapidement. Il faudrait que l'Administration comprenne que le temps des politiques n'est pas le même que son temps à elle et il conviendrait de réduire ainsi les délais nécessaires à l'application de la loi par la publication de décrets qui s'y rapportent ».

16. Le Conseil constitutionnel a trouvé la sienne, particulièrement éloquente, dans la décision 2005-530 DC du 29 décembre 2005, observant, après un impressionnant rappel du texte, que :

« 84. Considérant que la complexité de ces règles se traduit notamment par la longueur de l'article 78, par le caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois ambigu pour le professionnel, de ses dispositions, ainsi que par les très nombreux renvois qu'il comporte à d'autres dispositions elles-mêmes imbriquées ; que les incertitudes qui en résulteraient seraient source d'insécurité juridique, notamment de malentendus, de réclamations et de contentieux ; 85. Considérant que la complexité du dispositif organisé par l'article 78 pourrait mettre une partie des contribuables concernés hors d'état d'opérer les arbitrages auxquels les invite le législateur ; que, faute pour la loi de garantir la rationalité de ces arbitrages, serait altérée la justification de chacun des avantages fiscaux correspondants du point de vue de l'égalité devant l'impôt ; 86. Considérant, dans ces conditions, que la complexité de l'article 78 est, au regard des exigences constitutionnelles ci-dessus rappelées, excessive ».

17. La loi du 14 juin 1996 a créé un Office parlementaire d'évaluation de la législation chargé « de procéder à des études pour évaluer l'adéquation de la législation aux situations qu'elle régit » et investi d'une mission de « simplification de la législation ».

18. L'Assemblée nationale mentionne uniquement deux rapports depuis la création de l'office, c'est-à-dire en dix ans : « La législation applicable en matière de prévention et de traitement des difficultés des entreprises », Rapport de M. Jean-Jacques Hyest, sénateur (5 décembre 2001) ; « L'exercice de l'action civile par les associations », Rapport de M. Pierre Albertini, député (6 mai 1999).

19. Les études d'impact ont été introduites à titre expérimental par une circulaire du 21 novembre 1995, complétée par une circulaire du 18 mars 1996, puis ont été généralisées par une circulaire du 26 janvier 1998, à la suite d'une évaluation par le Conseil d'État et le Comité d'enquête sur le coût et le rendement des services publics.

20. Circulaire du 26 janvier 1998, préc., point II-1, 1°).

21. R. Bouchez, « Les études d'impact », in Rapport Mandelkern, p. 103 et s., spéc. point 1, p. 104 : « La situation paraît se résumer à un cercle vicieux, dont on n'est pas parvenu à s'extraire : les études d'impact sont produites tardivement et leur contenu est faible parce que les administrations savent qu'elles ne correspondent qu'à une exigence formelle et ne pèsent pas dans le processus de préparation et d'arbitrage d'un projet ; inversement, les études d'impact ne peuvent jouer aucun rôle utile pour infléchir les décisions à prendre parce qu'elles sont de qualité insuffisante et transmises au dernier moment. »

22. V. ainsi, la circulaire du 26 août 2003 qui suspend la circulaire du 26 janvier 1998 et indique que « pour chaque projet de texte, il conviendra désormais d'apprécier, compte tenu de la nature et de la portée du dispositif envisagé, d'une part, s'il convient de lancer une étude d'impact, d'autre part, sur quels aspects doit porter cette étude et selon quelles modalités elle sera réalisée ».
23. Rappr. les développements de M. Le Clainche, « Du discours sur la simplification au management de la simplicité », *Les cahiers de la fonction publique*, février 2003, p. 6, spéc. p. 8 : « La complexification croît d'ailleurs plus rapidement que les efforts de simplification et en efface totalement l'effet. Le droit du travail et, plus généralement, le domaine social est probablement celui où, chaque année, le différentiel de complexité est le plus élevé. »
25. Vœux du président du Conseil constitutionnel, M. Pierre Mazeaud, au Président de la République, 3 janvier 1995.
25. J.-L. Warsmann, Rapport AN, n° 1409, 2004.
26. Exposé des motifs de la proposition de loi constitutionnelle tendant à renforcer l'autorité de la loi, doc. AN, n° 1832, 5 octobre 2004 : « Les lois se laissent aller désormais au bavardage, en comportant de plus en plus de dispositions purement déclaratives, voire d'annexes descriptives comportant des objectifs et des principes d'action qui peuvent être gratifiants au niveau programmatique, mais qui n'ont rien à voir avec la responsabilité du législateur et créent même une ambiguïté sur la portée de son intervention. La loi n'a pas pour objet d'affirmer des évidences et des projets politiques, mais de fixer les normes rendant possible la mise en œuvre des objectifs poursuivis. » V. ainsi, l'article 1^{er} de ladite proposition : « Le premier alinéa de l'article 34 de la Constitution est complété par une phrase ainsi rédigée : "Sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, elle est par nature de portée normative". »
27. Dont on sait que l'article 4 a été très vivement contesté, parce qu'il dispose que : « Les programmes de recherche universitaire accordent à l'histoire de la présence française outre-mer notamment en Afrique du Nord, la place qu'elle mérite. Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord, et accordent à l'histoire et aux sacrifices des combattants de l'armée française issus de ces territoires la place éminente à laquelle ils ont droit. »
28. Par extension : les normes qui ont été initialement qualifiées de « secondaires » désignaient logiquement celles qui ont vocation à s'appliquer lorsque les normes substantielles, imposant des obligations aux citoyens, n'ont pas été observées. L'appellation convenait donc aux normes sur la sanction, selon un rapport de chronologie entre normes primaires et normes secondaires : v. N. Bobbio, « Réflexions sur les normes primaires et secondaires », in *La règle de droit*, Ch. Perelman dir., Bruylant, 1971, p. 104, spéc. n° 2, p. 106. Sur la distinction avec les normes de conduite, v. N. Aliprantis, *La place de la convention collective dans la hiérarchie des normes*, L.G.D.J., 1980, préf. H. Sinay, spéc. p. 14 et s.
29. N. Bobbio, *op. cit.*, n° 4, p. 112. Souligné dans le texte.
30. Les règles secondaires ou de structure désignent, si l'on suit Hart, les normes de reconnaissance, les normes de modification et les normes de jugement. Seules les normes sur la modification visent l'élaboration des règles. Mais elles n'adoptent qu'un point de vue procédural, désignant celles des normes qui portent sur les procédures selon lesquelles les règles substantielles peuvent être modifiées. Elles ne s'intéressent pas à la substance de la règle, à sa forme ou encore à sa performance. Aussi, les dispositions visant à la lutte contre les dérèglements du système juridique, *lato sensu*, ne peuvent leur être assimilées.
31. Par exemple, à travers des études d'impact ou des prescriptions visant l'écriture de la règle.
32. Par exemple, en prévoyant leur évaluation et donc leur mise à l'épreuve.
33. D. de Béchillon, « L'ordre juridique est-il complexe ? », in *Les défis de la complexité*, D. de Béchillon (dir), L'Harmattan, 1993, souligne que l'ordre juridique, « en contrepartie de complexification croissante, [...] organise avant tout sa propre résistance à cette évolution ».
34. Parmi d'autres, v. les effets pervers de la procédure d'amendements parlementaires, dans les Considérations générales du rapport public 2006 du Conseil d'État, *supra*.
35. V. « Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution », Sénat, Service des études juridiques, 2005. Le nombre d'ordonnances publiées a presque triplé entre 2003 et 2004. En outre, « on observe que, entre 2000 et 2003, la proportion de textes intervenus dans le domaine de la loi correspondant à des ordonnances se situe entre le quart et les deux cinquièmes (ce calcul exclut du



décompte les lois constitutionnelles et les lois portant approbation ou ratification d'accords, conventions ou traités internationaux). Cette proportion s'établit à plus de 55 % en 2004 : pour la première fois, plus de la moitié des textes intervenus dans le domaine de la loi (hors lois portant approbation ou ratification d'accords, conventions ou traités internationaux) sont des ordonnances. » Sur la transformation du procédé, v. Y. Gaudemet, « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, p. 617 et s.

36. Déc. 2003-473 DC du 26 juin 2003.

37. Vœux pour l'année 2005 : « S'agissant des ordonnances, il doit être clair qu'en 1999, en 2003, et à nouveau en 2004, le Conseil constitutionnel n'a nullement fait leur apologie, même si, par trois fois, il a admis qu'il y soit fait appel pour codifier, moderniser et simplifier le droit en vigueur. Du point de vue de la sécurité juridique et de la lisibilité de la législation, les inconvénients des ordonnances ont été justement dénoncés par l'opposition, sous deux législatures successives. C'est surtout le cas lorsqu'elles interviennent dans le désordre et de façon disparate, et lorsque leur ratification n'est qu'accidentelle et implicite.

Certes, les ordonnances ont permis de poursuivre le programme de simplification et de codification du droit, que le Conseil constitutionnel a encouragé au regard de l'objectif "d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi", auquel il a reconnu valeur constitutionnelle voici cinq ans.

Les ordonnances ont été, faute de mieux, le véhicule de cette entreprise, en raison de l'encombrement de l'ordre du jour du Parlement.

Mais la question se pose aujourd'hui : le remède n'est-il pas devenu pire que le mal ? »

38. V. l'analyse très complète de P. Delvolvé, « L'état des ordonnances », *RFDA*, 2005, p. 909 ; aj. A. Maucour-Isabelle, « La simplification du droit : des réformes sans définition matérielle », *AJDA*, 2005, p. 303. On ne saurait en déduire que le contenu des ordonnances est inadapté ou de mauvaise facture : v. d'ailleurs M. Guillaume, « Les ordonnances : tuer ou sauver la loi ? », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 117 et s.

39. Ainsi, au cours de l'année parlementaire 2004-2005, 1 seul a été remis, pour 30 de prescrits ; depuis le début de cette législature, 21 ont été remis, pour 134 de prescrits : v. Rapport sur l'application des lois, préc., qui relève que « cette inertie du Gouvernement est critiquable : le Parlement ne reçoit pas les informations nécessaires à l'exercice de sa fonction de contrôle. Mais il s'agit d'une carence traditionnelle ».

40. Où toutes sortes de figures apparaissent, jusqu'à celle consistant à redonner vie rétroactivement à des abrogations involontaires – qui n'est pas réservée aux seuls codes précités. On mesurera la simplification à la lecture de l'explication donnée par le Rapport H. Tanguy, AN, n°2715, sur l'article 1^{er} quater du projet de loi portant diverses dispositions relatives au tourisme :

« Il rétablit rétroactivement cet alinéa à compter du 1^{er} janvier 2005, afin d'assurer une continuité de validité, en dépit de l'abrogation effectuée au 1^{er} janvier 2005 par l'Ordonnance.

L'alinéa rétabli est ainsi rédigé :

« Lorsque la servitude est susceptible de compromettre gravement l'exploitation agricole ou sylvicole d'un terrain grevé, son ou ses propriétaires peuvent, à compter de la publication de l'acte créant la servitude, mettre en demeure son bénéficiaire de procéder à l'acquisition du terrain grevé dans les conditions et délais prévus à l'article L. 123-9 du Code de l'urbanisme. À défaut d'accord amiable, le prix est fixé **selon les règles énoncées par le présent article**. Si, trois mois après l'expiration du délai mentionné au premier alinéa de l'article L. 123-9 susvisé, le juge de l'expropriation n'a pas été saisi, la servitude n'est plus opposable au propriétaire comme aux tiers.

On observe qu'il est fait référence dans cette rédaction aux "règles énoncées par le présent article" qui sont abrogées.

Celles-ci figurent aux articles L. 342-25 et L. 342-26 du Code du tourisme.

Par ailleurs, la rédaction mentionne telle quelle "la servitude" sans qu'il soit précisé de quelle servitude il est question. En fait, il s'agit de la servitude grevée au profit de la commune ou du groupement de communes mentionnée à l'ancien article 53 de la loi du 9 janvier 1985, et qui est destinée à assurer "le passage des pistes de ski, le survol des terrains où doivent être implantées des remontées mécaniques, l'implantation des supports de lignes dont l'emprise au sol est inférieure à quatre mètres carrés, le passage des pistes de montée, les accès nécessaires à l'implantation, l'entretien et la protection des pistes et des installations de remontée mécanique ainsi que les accès aux voies d'alpinisme et d'escalade en zone de montagne".

Cette servitude est désormais instituée en vertu des articles L. 342-20 à L. 342-23 du Code du tourisme. »

V. encore l'article 1^{er} quinquies de la loi précitée, sur la codification d'une disposition ayant négligé les changements de rédaction survenus à la date de la codification du fait d'une loi antérieure.



41. Sur ces différentes interventions, – par voie de rectificatifs, corrections législatives, circulaires, réponses ministérielles, décisions du Conseil d'État ou des juridictions judiciaires –, v. *RTDCiv.*, 2001, p. 92 et s. ; *RTDCiv.*, 2002, p. 592 et s. V. ég. H. Moysan, « La législation et la réglementation nationales sont-elles condamnées à se dégrader inéluctablement ? », *JCP*, éd. A, 2003, I, 2077.

42. Rapport sur le contrôle de l'application des lois, 2004-2005 : « *La commission des affaires économiques [...] constate que l'application des lois se heurte à deux réalités difficilement surmontables. La première est d'ordre quantitatif. Il s'agit de l'existence d'un certain "effet boule de neige". La seconde est qualitative, car elle prend en compte le mode d'élaboration des mesures attendues.*

Elle illustre ainsi son propos :

“Une aggravation du stock de lois partiellement applicables : l'effet “boule de neige” :

L'examen du stock de lois selon leur degré d'applicabilité (partiel ou entier) opéré ci-dessus nous enseigne que le stock de lois partiellement applicables s'est accru : 36 lois partiellement applicables ont été recensées sur la période 2004-2005, contre 32 pour la période précédente. (NDLR : depuis juin 1981).

En conséquence, il en ressort une sorte d'“effet boule de neige” où l'accroissement du stock de lois d'une année sur l'autre provoque un accroissement corrélatif des mesures d'application à prendre, qui ne saurait naturellement diminuer si le nombre de mesures prises demeurent inférieures au nombre de mesures nouvelles à prendre.

Le stock de mesures à prendre et prévues depuis 1981 s'élève à 592 dont 474 relèvent de la XII^e législature. 118 mesures, soit près de 20 % du stock, restent donc en souffrance, alors que celles-ci sont antérieures à la XII^e législature.

Des délais difficilement compressibles :

La diminution du stock se heurte à des délais de production réglementaire qui peuvent s'avérer incompressibles au regard des éléments suivants.

Ainsi que l'ont rappelé respectivement Messieurs les ministres de l'agriculture et de la pêche, Hervé Gaymard et Dominique Bussereau, l'exigence d'une publication rapide des mesures d'application peut se heurter à trois obstacles qu'illustre parfaitement la loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999.

En premier lieu, la complexité ou l'insuffisante clarté de certaines dispositions législatives (telle que la notion de “produit pays” ou “produits fermiers”) requiert de procéder à de nouvelles concertations entraînant un allongement des délais pouvant lui-même conduire à une évolution du contexte juridique et communautaire.

En effet, l'évolution de ce contexte juridique peut elle-même alors rendre caduque ou retarder l'édiction d'une telle réglementation. A titre d'illustration, l'article 92-III de la loi, relatif à l'agrément des laboratoires, a été modifié par la loi relative au développement des territoires ruraux, retardant ainsi la mise en œuvre de ces dispositions.

En deuxième lieu, le cadre communautaire peut constituer également un obstacle à la production réglementaire dans les mêmes conditions que mentionnées ci-dessus, et être à l'origine des trois situations particulières suivantes :

- . un échec de la concertation (à l'occasion de l'article 101-XIII sur la redevance pour la certification vétérinaire, par exemple) ;
- . une non-conformité de la disposition législative avec le droit communautaire (le décret d'application relatif à l'article 20 sur l'installation progressive a été abandonné) ;
- . une abrogation législative de l'article subséquente (article 98-VI sur l'agrément des produits d'hygiène de la traite, revenu au droit commun) ;
- . la caducité même de la mesure (articles 91,100 et 101-III sur la traçabilité des produits devenus sans objet depuis la parution des règlements communautaires CE n° 1829/2003 et 1830/2003).

Enfin, en dernier lieu, des difficultés de mise en œuvre en “droit et en opportunité” ainsi qualifiées par le ministre de l'agriculture relativement à la non-application de l'article 9 de la loi sur l'immatriculation des exploitants agricoles par les chambres d'agriculture, peuvent intervenir. Cette dernière limite est en revanche beaucoup plus difficile à apprécier et à anticiper éventuellement dans le cadre d'un contrôle.

En revanche, la surcharge de travail des services ministériels ne devrait en aucun cas constituer un obstacle irrémédiable à une production normative rapide.

Au-delà des raisons invoquées pour expliquer le retard pris dans la publication des mesures d'application, force est de constater que certains secteurs ne semblent pas constituer une priorité aux yeux du Gouvernement”. »



43. Rapport requis à l'issue d'un délai de six mois suivant la date de son entrée en vigueur. Ce rapport porte sur les textes réglementaires publiés et les circulaires édictées pour la mise en œuvre de ladite loi, ainsi que, le cas échéant, les dispositions de celle-ci qui n'ont pas fait l'objet des textes d'application. Il en indique les motifs.

44. Le rapport sur l'application des lois, préc., relève que « *la commission des lois ajoute que les informations provenant des autres commissions permanentes et du service de la séance montrent que cette démarche ambitieuse n'a pas été suivie d'effet au cours de l'année parlementaire 2004-2005, les lois promulguées entre décembre 2004 et mars 2005 n'ayant fait l'objet d'aucun rapport du Gouvernement, plus de six mois après leur entrée en vigueur* ».

45. Sur lequel, v. J. Moreau, F. Terré, « La simplification du droit », in *Mélanges J. Béguin*, éd. Juris-Classeur, 2005, p. 533, spéc. p. 536 et s.

46. Comp. 5^e Rapport annuel de la Commission supérieure de codification, 1994, *JO*, 1995, p. 13 : « *Les choix fondamentaux sont opérés pour que les codes soient commodes pour les usagers.* » Pour une approche différente, v. déc. 2005-530 DC du 29 décembre 2005 préc. qui relève, à propos de dispositions de nature fiscale, que « *les destinataires des dispositions en cause ne sont pas seulement l'administration fiscale, mais aussi les contribuables, appelés à calculer par avance le montant de leur impôt afin d'évaluer l'incidence sur leurs choix des nouvelles règles de plafonnement* » (cons. 82) et distingue le « *caractère imbriqué, incompréhensible pour le contribuable, et parfois incompréhensible pour le professionnel* ». On admettra que si toutes les règles ne sont pas destinées à être mises en œuvre par les non-juristes, il est évident qu'une disposition de nature fiscale vise les « contribuables ».

47. V. Lasserre-Kiesow, « La compréhensibilité des lois à l'aube du XXI^e siècle », *D.*, 2002, chron. p. 1157 ; Aj. M. Gast-Meyer, « La simplification du droit », *RRJ*, 2005-3, p. 1183, spéc. n^o 24, p. 1203 et s.

48. *Contra*, E. Blanc, Rapport AN, n^o 752, 2003 : « *La simplification ne saurait ni être synonyme de déréglementation, de contractualisation des normes, ni être assimilée à la réduction drastique du nombre de textes.* »

49. Sur l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et l'objectif de simplification, v. F. Dekeuwer-Defossez, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », *Lamy droit civil*, novembre 2005, p. 34 ; P. Murat, *Dr. de la famille*, juin 2004, n^o 6 ; J. Hauser, *RTDCiv.*, 2004, p. 493.

50. E. Blanc Rapport AN n^o 871, 2003, p. 5.

51. B. Saugey, Rapport Sénat, n^o 266, p. 7 : « *La mauvaise qualité rédactionnelle de la loi, l'abondance de dispositifs législatifs aux champs d'application distincts, le luxe de détails et de certaines réglementations constituent autant de facteurs qui obscurcissent le sens des lois et leur correcte application. Il convient donc de simplifier la rédaction des textes, d'alléger les dispositifs, de revenir à l'énoncé de principes généraux, le cas échéant, assortis d'exceptions. C'est cette tâche que s'assigne la démarche de simplification stricto sensu. Toutefois, la loi peut, par ailleurs, être difficilement accessible en raison de l'inflation des textes et de leur modification successive par le législateur. La clarté de la loi exige aussi la cohérence des textes les uns avec les autres. À ce titre, la présentation de la législation en un ensemble organisé, construit selon un plan d'ensemble systématique, est indispensable. L'entreprise de codification du droit vise ainsi à ordonner, en un ensemble cohérent, des pans entiers de la législation applicable à une activité déterminée. Comme il ressort du présent projet de loi, le Gouvernement n'a cependant pas entendu limiter son action à une simplification purement formelle de notre droit. Il a décidé de s'attaquer à l'autre source de la complexité du droit, à savoir la complexité intrinsèque des règles posées tant au niveau législatif qu'au niveau réglementaire.* »

52. Ajoutons qu'un programme n'atteint évidemment pas toujours ses fins. En matière d'inadéquation des remèdes aux fins recherchées, la codification à droit constant fournit un exemple bien connu. On a en effet déjà montré que dans l'ambition codificatrice, il y a un vice de conception, bien plus d'ailleurs que d'instrumentalisation. Voulu pour faciliter l'accès au droit, elle exigeait le regroupement de l'ensemble des règles applicables à la matière codifiée. Ne regroupant qu'une partie du droit positif, les codes pèchent par partialité. Ils ignorent le droit qui coule des autorités administratives indépendantes. Qui a accès au droit de la communication sans les décisions de l'ART, au droit financier sans les apports de l'AMF, au droit de la concurrence sans la contribution du Conseil de la concurrence, etc. ? Que dire alors de l'absence des sources européennes ?



53. Rappr. Rapport Mandelkern, préc., p. 28, point 5.1.2.2. : « *L'étude d'impact souffre, dans sa forme actuelle, d'un excès d'ambition (son champ théorique est considérable) et d'un défaut de pilotage : personne n'est spécifiquement désigné pour la réaliser et les services qui s'en chargent peuvent manquer de recul par rapport au texte (s'ils en sont les concepteurs) ou de connaissance technique du sujet (s'ils ne le sont pas).* »
54. Art. 3, loi du 12 avril 2000 préc.
55. Ainsi, la Commission supérieure de codification a-t-elle « *provisoirement renoncé* » à élaborer un Code de l'administration, « *faute de structure ministérielle pour mener à bien sa réalisation* » (v. 13^e Rapport annuel de la Commission supérieure de codification 2002, JO, 2003, p. 18).
56. On peut ainsi lire dans le 11^e Rapport annuel de la Commission supérieure de codification, à propos d'un Code du tourisme, que « *la secrétaire d'État au tourisme a chargé l'inspection générale du tourisme d'une mission de préparation du Code du tourisme. Ce projet tend à l'identification du secteur du tourisme, sur les plans juridique et institutionnel, à dégager les liens avec l'ensemble des domaines concernés par les politiques touristiques et à mettre à disposition de tous les usagers un outil clair et maniable* ».
57. Par ex., articles L. 111-1, L. 111-2, L. 121-1, L. 311-7, L. 312-1, L. 321-1, L. 323-1, L. 331-1, L. 325-1.
58. Section 5 : Responsabilité des hôteliers – Art. L. 311-10 : « *Les règles relatives au vol d'objets dans les hôtels ou auberges sont fixées par les articles 1952 à 1954 du Code civil.* »
59. Articles L. 311-1, L. 311-8, L. 311-9, L. 312-2, L. 312-3.
60. Article L. 341-14.
61. Articles L. 322-1, L. 341-15.
62. Article L. 351-1.
63. Articles L. 421-3, L. 422-1, L. 422-2.
65. De façon parfois éloquente, v. ainsi le recopiage prévu à l'article L. 342-6, selon lequel « *les règles relatives aux unités touristiques nouvelles sont fixées au IV de l'article L. 145-3 et par les articles L. 145-9 à L. 145-13 du Code de l'urbanisme ci-après reproduits, etc.* ».
66. V. « Le Code civil et le pullulement des codes », 1804-2004, *Le Code civil*, Dalloz, 2004, p. 309, spéc. n° 25 et s., p. 330 et s.
67. F. Jullien, *op. cit.*, p. 198.
68. Faudrait-il ici rappeler ce qui a pu être dit du droit à l'habitat consacré à l'article 1^{er} de la loi Quillot du 22 juin 1982, de l'article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises. Le coma textuel est rarement irréversible (v. l'article 371 du c. civ. : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère »). La normativité est largement un processus d'acquisition et de transformation continu. V. d'ailleurs l'intéressante réflexion de C. Pommart « Les dispositions légales non-normatives : une invitation à penser la normativité en terme de *continuum* », *RRJ*, 2004-3, p. 1679.,
69. On songe ici aux lois dites mémorielles (sur lesquelles, v. M. Frangi, « Les “lois mémorielles” : de l'expression de la volonté générale au législateur historien », *R.D.P.*, 2005, p. 241), qui provoquent la controverse. Mais les exemples abondent. Ainsi, les textes en apparence non normatifs, sont souvent le fruit de compromis avec les lobbies. Par ex., v. la nouvelle rédaction de l'article 528 du Code civil, sur la définition des meubles par nature, et celle de l'article 524 sur les immeubles par destination, issues d'une loi du 6 janvier 1999 et ayant pour objet de conférer une forme d'autonomie aux animaux parmi les meubles par nature. Le texte est issu d'une loi relative « aux animaux dangereux et errants et à la protection des animaux » par ailleurs largement répressive.
70. Sur la diététique des lois – régime sain et hygiène alimentaire – v. les analyses et propositions de G. Caracassonne, « Penser la loi », *Pouvoirs*, n° 114, 2005, p. 39, spéc. p. 45 et s.
71. V. *supra*, n° 3.



72. Comp. en ce sens, la résolution votée par le Parlement européen, le 26 octobre 2000. On a également pu envisager que l'édiction de règles nouvelles se traduise par la suppression d'un nombre au moins équivalent de règles existantes. V. Circulaire du 26 juillet 1995 relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics, point 3.3 : « Afin de lutter contre la prolifération législative et réglementaire, je vous demande d'accompagner tout projet de texte nouveau de propositions d'abrogation de dispositions au moins équivalentes, en termes de niveau de norme et de volume. » Vœu pieu, auquel il faudrait pourtant songer à nouveau, mais pour l'exaucer.

73. Aristote, *Physique*, 194 b ; *Seconds analytiques*, 71 b, cité par F. Jullien, *La propension des choses*, Le Seuil, 1992, p. 195.

74. Sur le rôle de la sociologie législative pour lutter contre « l'ésotérisme » du droit et l'« aliénation du peuple à l'égard du droit » afin de renouer le contact avec la masse des non-juristes, v. J. Carbonnier, « La sociologie juridique et son emploi en législation », *Académie des sciences morales et politiques*, communication 23 octobre 1967, p. 91, spéc. p. 97 et s.



Table des matières

Éditorial

Renaud Denoix de Saint Marc, Vice-président du Conseil d'État 7

I. Rapport d'activité

Activité juridictionnelle	15
Section du contentieux	17
Activité de la Section	17
Jurisprudence	25
Actes	25
Compétence	28
Contrats et marchés	28
Contributions et taxes	28
Élections	30
Étrangers	31
Fonction publique	32
Libertés publiques	34
Nature et environnement	34
Police administrative	35
Procédure contentieuse (hors référé)	35
Procédure contentieuse (référé)	38
Responsabilité	39
Santé publique	40
Sécurité sociale	40
Services publics	41
Télécommunications	41
Travail	41
Bureau d'aide juridictionnelle	43
Activité consultative	45
Assemblée générale	47
Section de l'intérieur	53
Principaux projets examinés	53
Principes constitutionnels et libertés publiques	55
Souveraineté nationale	55
Libertés publiques et traitements de données à caractère personnel	55
Droit à un procès équitable	56



Pouvoirs publics	57
Délégation de signature des ministres	57
Autorité administrative indépendante	57
Domaine public	57
Expropriation pour cause d'utilité publique	58
Établissements publics et établissements d'utilité publique	58
Compétences	60
Section des finances	65
Dispositions fiscales	65
Égalité devant l'impôt	65
Actions en restitution d'impositions versées indûment	66
Aide d'état	67
Dispositions budgétaires	67
Domaine des lois de finances	67
Création d'un établissement public	68
Octroi de la garantie de l'État	69
Règle d'utilisation d'éventuels surplus	69
Reports de crédits	69
Budgets annexes	70
Comptes d'affectation spéciale	70
Fonds de concours	71
Fonds spéciaux	72
Redevances pour service rendu	72
Contrôle financier	73
Dispositions économiques et financières	74
Privatisations	74
Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière	74
Assurances, mutuelles, institutions de prévoyance	75
Épargne et investissement	76
Régime d'incapacités professionnelles	76
Commande publique	76
Conventions internationales	77
Autorisation de ratification	77
Organisation et gestion des administrations et autres services publics	79
Dissolution et liquidation d'un établissement public	79
Domaine public	79
Responsabilité des personnes publiques	79
Fonctionnaires et agents publics	80
Compétence	80
Statut d'emploi	80
« Corps propre » d'un établissement public	81
Corps en extinction	82
Gestion de la fonction publique et LOLF	82
Recrutement	82
Notation et évaluation	83
Déconcentration de la gestion	83
Instances paritaires	83
Ouvriers d'État	84
Section des travaux publics	87
Élaboration et qualité des textes	87
Organisation administrative et fonctionnement des services publics	92
Protection de l'environnement et sites classés	95
Urbanisme et logement	95
Énergie, mines et transports	96
Domaine public, travaux publics, utilité publique, sécurité routière	97
Agriculture, pêche et chasse	98



Section sociale	101
Activité de la Section	101
Observations d'ordre général	103
Le constat d'excès dans la production normative	103
L'insuffisante préparation de certains textes	104
Les présupposés de la codification	105
La persistance de difficultés dans les consultations préalables	105
Les réformes institutionnelles	107
Principales questions relevées	109
Lois de financement de la sécurité sociale	109
Sécurité sociale	110
Travail, emploi et formation professionnelle	111
Santé	112
Bioéthique	113
Action sociale	114
Récapitulatif des statistiques pour 2005	117
Mise en œuvre de l'article 88-4 de la Constitution	119
Activité de la Section du rapport et des études	123
Exécution des décisions de la juridiction administrative en 2005	125
Les évolutions constatées en 2005	125
Considérations sur la gestion des procédures d'exécution	126
Demandes d'éclaircissement adressées à la Section du rapport et des études en 2005	129
Les études et la diffusion des travaux du Conseil d'État	135
L'activité d'étude en 2005	135
La diffusion des travaux du Conseil d'État et de la juridiction administrative	136
L'action internationale du Conseil d'État	137
Europe	137
Amériques	138
Afrique	139
Levant et Proche-Orient	140
Asie	140
Activité de la cellule de droit communautaire du Conseil d'État	143
Bilan des formations	147
Bilan des formations	149
Formation initiale des conseillers de tribunal administratif et de cour administrative d'appel	149
Formation continue des magistrats des juridictions administratives	149
Formation des agents des greffes des juridictions administratives	150
Formation des agents du Conseil d'État	151
Formation aux divers logiciels informatiques	151



Activité de la Mission permanente d'inspection des juridictions administratives.....	155
Mission permanente d'inspection des juridictions administratives . . .	157
Activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel.....	159
L'activité des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel	161
L'activité des tribunaux administratifs en 2005	161
Affaires enregistrées	161
Affaires réglées.	162
Affaires en instance	162
L'activité des cours administratives d'appel en 2005	165
Affaires enregistrées	165
Affaires réglées.	165
Affaires en instance	165
Activité des juridictions spécialisées	169
Commission des recours des réfugiés	171
État statistique de l'activité de la Commission pour l'année 2005 . . .	171
Éléments de jurisprudence	173
Sur les nouvelles règles de compétence et de procédure	173
Sur les motifs de persécution et la qualification de menaces graves	173
Sur la date des persécutions	175
Sur l'asile interne	175
Sur l'application du principe de l'unité de famille	176
Sur les cas d'exclusion.	176
Sur les demandes de réexamen	176
Commission centrale d'aide sociale	177
Vue d'ensemble de l'activité des juridictions administratives spécialisées	179
Avis du Conseil d'État en 2005	181
Avis du Conseil d'État en 2005	183
Agriculture	184
Assurance et prévoyance	186
Contributions et taxes.	187
Communautés européennes.	188
Comptabilité publique.	190
Domaine public	193
Marchés et contrats administratifs	197
Nationalisations et entreprises nationalisées	202
Outre-mer.	205
Pouvoirs publics.	209
Radiodiffusion sonore et télévision.	214
Sécurité sociale	218
Urbanisme et aménagement du territoire	221



II. Sécurité juridique et complexité du droit

● Considérations générales

Introduction	229
--------------------	-----

Première partie

La complexité croissante des normes menace l'État de droit	233
---	-----

A. Les causes 234 |

1. La multiplication des sources externes et internes du droit, en même temps que l'apparition de nouveaux domaines	234
1.1. <i>Les récents développements du droit communautaire</i>	235
1.2. <i>Le Conseil de l'Europe</i>	242
1.3. <i>Un réseau complexe de conventions multilatérales et bilatérales</i>	245
1.4. <i>Les transferts ou aménagements de compétences de l'État</i>	249
2. L'« intempérance normative », source d'instabilité et de complexité ..	254
2.1. <i>L'impératif de communication médiatique</i>	254
2.2. <i>La pression des milieux professionnels et de l'opinion</i>	256
2.3. <i>La force symbolique de la loi</i>	259

B. Les effets 262 |

1. Pour le législateur	262
1.1. <i>Le législateur contraint</i>	262
1.2. <i>Le législateur submergé</i>	265
1.3. <i>Le législateur contourné</i>	269
2. Pour la société	272
2.1. <i>L'usager égaré</i>	272
2.2. <i>L'insécurité des opérateurs économiques</i>	276
2.3. <i>Les juges perplexes</i>	277

Deuxième partie

Quelles disciplines pour quelle sécurité juridique ?	281
---	-----

A. La sécurité juridique constitue l'un des fondements de l'état de droit 281 |

1. Le contenu du principe	281
1.1. <i>L'axe formel : la qualité de la loi</i>	282
1.2. <i>L'axe temporel : la prévisibilité de la loi</i>	282



2. La portée du principe	283
2.1. En droit européen.	283
2.2. En droit constitutionnel.	287
2.3. La position du Conseil d'État	291
2.4. Les interrogations de la Cour de cassation.	296

B. Quelles solutions ? 300

1. Donner toute leur portée aux procédures constitutionnelles d'ores et déjà en vigueur	300
1.1. La préparation d'une réforme : une responsabilité gouvernementale	300
1.2. Le vote de la réforme : la procédure parlementaire	316
2. Explorer de nouvelles stratégies	322
2.1. Vers de nouvelles formes d'intervention des Assemblées	322
2.2. Vers un nouveau rapport du législateur au citoyen.	327
2.3. Vers un accès au droit plus sûr	328

Conclusion	337
----------------------	-----

● Contributions

La loi britannique et la sécurité juridique.	341
<i>John S. Bell</i>	

Procédure parlementaire et qualité de la législation : la contribution du Conseil constitutionnel à la sécurité juridique	349
<i>Damien Chamussy</i>	

La sécurité juridique : le point de vue du juge constitutionnel	369
<i>Olivier Dutheillet de Lamothe</i>	

Entre la Jamaïque et le Kiribati Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale	377
<i>Bertrand du Marais</i>	

Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-même	391
<i>Nicolas Molfessis</i>	

