

Jacques Fournier

OCDE Tunis 19 et 20 mai 2009
Groupe de travail 4 sur la réforme réglementaire
seconde journée, session 2

Outils pour l'amélioration de la qualité de la réglementation

Les développements récents de la légistique en France

Je voudrais dans cette intervention évoquer un certain nombre d'évolutions intervenues en France au cours des dernières années dans le domaine de la légistique. Je ne parle pas ici au nom des autorités françaises, puisque je participe à cette rencontre en qualité d'expert de l'OCDE. Mais je pense que mes collègues en fonction se reconnaîtraient dans la description que je vais donner.

Que l'on me permette cependant de formuler auparavant une observation préalable qui rejoint le débat que nous avons eu hier matin.

Elle porte sur la crise économique que nous traversons et sur les conséquences à en tirer.

Je considère comme bénéfique toute la démarche entreprise depuis une quinzaine d'années, sous l'égide de l'OCDE et de l'Union européenne, pour améliorer la qualité de la réglementation, faire des simplifications, supprimer les formalités inutiles.

Cette démarche est légitime dans son principe et il est bon qu'elle ait été engagée. Mais il faut bien voir aussi qu'elle a eu pour partie un contenu idéologique, dans la mesure où elle a accompagné une poussée du libéralisme économique, systématiquement favorable au désengagement de l'État et à la dérèglementation.

On est, me semble-t-il, allé trop loin dans le sens de la confiance faite aux opérateurs économiques pour s'autoréguler, s'autocontrôler, dans un certain nombre de domaines.

La crise des « subprimes » n'aurait peut-être pas eu lieu, elle n'aurait en tout cas pas pris la même ampleur, si avait été prise ou maintenue en place une réglementation plus solide des opérations financières. Elle aurait pu être enrayée plus précocement si l'on n'avait pas laissé à des agences de notation privées, dont l'objectivité est pour le moins sujette à caution, le monopole des évaluations de la sécurité dû aux épargnants.

Je ne pense pas que l'on puisse faire aujourd'hui comme si rien ne s'était passé. Il y a là un sujet de méditation et d'approfondissement de la réflexion pour tous ceux qui participent à la démarche d'amélioration de la qualité de la réglementation.

J'en viens donc maintenant à l'expérience française en ce domaine.

Je me suis efforcé de faire, à l'occasion d'une récente mission en Palestine et de notre rencontre d'aujourd'hui, l'inventaire de ce qui s'était passé en matière de « légistique » depuis la période où, au secrétariat général du gouvernement français ou au Conseil d'État, j'avais à intervenir directement dans le processus d'élaboration des textes.

J'ai ainsi découvert un nouveau mot, que je teste depuis quelque temps sur mes interlocuteurs. A l'étonnement de certains d'entre eux je mesure qu'il n'est pas encore entré dans l'usage courant. Google, lorsque vous l'utilisez pour une recherche, vous conseille de

voir aussi à « logistique ». Mais le terme « légistique » s'est maintenant imposé parmi les spécialistes. En témoigne un numéro spécial de la revue juridique du ministère de l'économie et des Finances, paru en juin 2008, à qui il a donné son titre.

Comme Monsieur Jourdain faisait de la prose, j'ai donc pendant des années fait de la légistique sans le savoir.

Ceci dit il n'y a pas seulement eu dans cette matière un changement de terminologie. Des efforts ont incontestablement été réalisés pour mieux l'appréhender, en rationaliser la théorie et en enrichir la pratique.

Cette évolution s'est manifestée en France de plusieurs façons.

I – L'exigence de qualité de la loi est maintenant consacrée au niveau constitutionnel.

a) Cela résulte d'abord de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Il a pris plusieurs décisions dans ce sens au cours des dernières années, en particulier celle qui, le 16 décembre 1999, a placé au rang des « objectifs de valeur constitutionnelle » l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi, en fondant cette solution sur les principes constitutionnels d'égalité devant la loi et de garantie des droits des citoyens.

La loi doit être claire, compréhensible. Elle doit pouvoir être appliquée sans ambiguïté. Les textes qui enfreignent ces règles encourent l'annulation.

C'est ce qui est arrivé pour un très long article de la loi de finances pour 2006 sur le plafonnement des niches fiscales dont les dispositions particulièrement complexes étaient devenues, au fil des amendements parlementaires, incompréhensibles pour le contribuable. Il a été déclaré inconstitutionnel.

Le conseil constitutionnel vient ainsi appuyer les efforts que le Conseil d'État a toujours consentis, dans les avis qu'il donne en vertu de l'article 39 de la Constitution, pour assurer la qualité des projets de loi.

b) L'exigence de qualité découle aussi maintenant des dispositions de la constitution elle-même. L'article 39, tel qu'il a été modifié par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, prévoit qu'une loi organique fixe les conditions auxquelles doivent répondre tous les projets de loi déposés par le gouvernement. Cette loi organique est intervenue le 15 avril dernier. Je reviendrai dans un instant sur son contenu.

Par ailleurs, le même article 39 prévoit que désormais les présidents des assemblées parlementaires peuvent soumettre pour avis au Conseil d'État les propositions de loi déposés par les parlementaires. Le contrôle juridique du Conseil d'État, qui ne s'exerçait jusqu'alors que vis à vis des projets du gouvernement, pourra donc porter aussi sur les propositions émanant des députés ou sénateurs.

II – Le dispositif de contrôle de la qualité de la réglementation a été renforcé

Il y a eu à ce sujet un échange entre les autorités françaises et l'OCDE, à l'occasion de la « revue par les pairs » qui a eu lieu en 2004 et qui est réitérée en cette année 2009.

Lors de l'examen effectué en 2004, les experts de l'OCDE avaient considéré qu'il manquait à notre pays une « institution ayant l'autorité et la fonction de veiller à la qualité réglementaire dans une optique globale, intégrant tout à la fois le contenu juridique des textes avec une analyse de leurs externalités économiques et sociales ». Ils préconisaient donc la mise en place d'une telle institution.

Le gouvernement français n'a pas suivi cette recommandation. Plutôt que de créer une sorte de haute autorité de la qualité réglementaire, il a préféré conserver une organisation en réseau qui associe les ministères, les services placés auprès du Premier ministre, le Conseil d'État et le parlement. Mais toute une série de mesures ont été prises pour perfectionner le fonctionnement de ce réseau.

Au centre du dispositif on trouve le tandem SGG-Conseil d'État. J'utilise cette expression car il y a une relation très étroite entre ces deux structures qui sont en rapport constant. Ce sont des hommes du même profil qui les dirigent puisque les responsables du SGG sont toujours des membres du Conseil d'État.

Au sein du secrétariat général du gouvernement le service législatif s'est transformé. Tel que je l'avais connu il y a vingt ans, il avait un rôle, en quelque sorte notarial, de gestion quotidienne des procédures, suivant avec beaucoup de soin le cheminement des textes jusqu'à leur publication au Journal officiel. Il s'intitule désormais « service de la législation et de la qualité du droit » et il tend à devenir la plaque tournante du système légistique français. C'est lui qui anime le réseau des responsables ministériels, coordonne la préparation des études d'impact, pilote la dématérialisation des procédures, assure le secrétariat de la commission supérieure de codification et suit l'ensemble des questions relative à la qualité réglementaire.

Le Conseil d'État, de son côté, s'est engagé dans un processus de réorganisation du travail de ses sections administratives, c'est à dire de celles qui participent au travail législatif. Une nouvelle section a été créée, qui regroupe les questions concernant l'administration publique. De nouvelles méthodes de travail ont été adoptées pour adapter les conditions d'examen des affaires à leur degré de difficulté.

Au niveau des ministères, au sein desquels est élaborée la première version des projets de textes, le gouvernement a mis en œuvre les recommandations du rapport établi à sa demande par le conseiller d'État Mandelkern. Il a été demandé à chaque ministère, par une circulaire Raffarin de 2003, de désigner en son sein un « haut fonctionnaire chargé de la qualité de la réglementation ». Il s'agit souvent du directeur des affaires juridiques du ministère. Ces responsables doivent travailler en liaison avec le SGG et veiller à la mise en œuvre des grandes orientations du rapport.

Enfin les services chargés de la réforme de l'État ont été réorganisés par la création, en 2006, d'une direction générale de la modernisation de l'État qui est aujourd'hui placée sous l'autorité du Ministère des Finances. Sa compétence s'étend au delà du champ de la légistique mais elle peut être amenée à contribuer à la mise en œuvre de l'action gouvernementale en ce domaine.

Cette organisation en réseau correspond à une tradition française. Elle ne peut bien fonctionner qu'à la condition que sa cohérence soit entretenue par l'utilisation d'outils adéquats.

III – Le perfectionnement des outils

Je dirai ici quelques mots des améliorations récentes dans trois domaines.

a) *La pratique des études d'impact*

Ce sujet est une sorte de « serpent de mer ». On en parle depuis longtemps, mais les résultats, il faut bien le dire, sont restés jusqu'à présent assez limités.

L'étude d'impact a été instaurée en France dans les années 90. Mais les services qui préparaient une loi voyaient dans la nécessité de l'établir une obligation purement formelle. L'étude d'impact, telle qu'elle arrivait dans les dossiers soumis au Conseil d'État, était le plus souvent un « exposé des motifs bis », qui, sans analyse très approfondie, concluait invariablement au bien fondé des mesures proposées.

Des progrès ont été réalisés depuis lors et l'on se prépare maintenant à entrer dans une nouvelle étape. Comme je l'ai dit précédemment l'article 39 de la constitution prévoit désormais qu'une loi organique fixe les conditions auxquelles doivent répondre tous les projets de loi déposés par le gouvernement. Cette loi organique est intervenue le 15 avril dernier. Elle prévoit que tous les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact, que cette étude doit être jointe aux projets dès leur transmission au Conseil d'État et lors de leur présentation au parlement, et elle énumère de façon précise les éléments que l'étude d'impact devra comporter.

Ces dispositions nouvelles seront applicables à tous les projets de loi soumis au parlement à compter du 1^{er} septembre 2009 et il y a en ce moment un branlebas de combat dans les services concernés pour que toutes les instructions nécessaires à leur mise en œuvre soient disponibles en temps utile.

Nous pourrons donc voir bientôt si ce nouveau dispositif se révèle plus efficace que les précédents.

b) *Les guides*

Il y eu dans ce domaine aussi des développements substantiels.

Nous avons en France depuis 1974 une circulaire du Premier ministre « relative aux règles d'élaboration, de signature et de publication des textes au journal officiel ». Elle commençait par l'énoncé rafraichissant de quelques règles simples et qui restent à mon sens toujours valables : « la rédaction d'un projet de texte doit être claire, sobre et grammaticalement correcte » ; « n'employer que des termes appartenant à la langue française ».

Aujourd'hui le guide de légistique élaboré sous l'autorité conjointe du Conseil d'État et du secrétariat général du gouvernement est un ouvrage volumineux de plus de 500 pages dont la 2^{ème} édition a été publiée en 2007. Il est bien présenté et facile à utiliser. Il est évidemment accessible sur Internet et devra bientôt être mis à jour pour tenir compte de la révision constitutionnelle de 2008.

Ce guide n'a pas en lui même une portée normative mais la qualité de ses rédacteurs fait que les règles qu'il énonce s'imposent sans difficulté.

c) *L'outil informatique*

Cet outil est de plus en plus utilisé en France, comme dans les autres pays.

Nous disposons maintenant d'un « système d'organisation en ligne des opérations normatives ». Cette application, à laquelle les informaticiens, comme ils aiment à le faire, ont ainsi réussi à donner le nom d'un grand législateur de l'antiquité, SOLON, a permis de

« dématérialiser » complètement la chaîne des opérations allant de la conception d'un texte à sa publication au journal officiel, en passant par toutes les étapes intermédiaires (ministères, interministériel à Matignon, Conseil d'État, parlement). Elle était en gestation depuis longtemps. C'est maintenant une réalité qui engendre à la fois allègement et meilleur ordonnancement du travail d'élaboration des textes.

Une version dite « SOLON 2 » est actuellement en préparation. A ce stade nouveau l'application devrait permettre au secrétariat général du gouvernement de mieux maîtriser le déroulement du processus en imposant aux différents acteurs des modèles communs de structuration ou de rédaction des textes.

Une application de ce type, « legiswrite », fonctionne déjà dans les services de la commission européenne.

Il y donc eu en France comme dans les autres pays représentés autour de cette table un effort de clarification des concepts et d'amélioration des méthodes dans le domaine de la légistique. Mais cet effort se heurte nécessairement à des obstacles, comme le montre les difficultés que rencontre actuellement le gouvernement pour préciser les modalités de certaines des réformes qu'il souhaite mettre en œuvre.

Il ne faut pas oublier que la politique est très largement l'art des compromis. Il est inévitable que ceux-ci débouchent parfois sur des textes obscurs ou mal ficelés. Les juristes doivent bien entendu faire le travail mais aussi rester lucides et garder conscience des limites de leur action.