



RAPPORT

SÉCURITÉ JURIDIQUE ET INITIATIVE ÉCONOMIQUE

Groupe de travail présidé par
Henri de Castries et Nicolas Molfessis



LE CLUB DES JURISTES

**Sécurité juridique
et initiative économique**

Mai 2015

Sécurité juridique et initiative économique

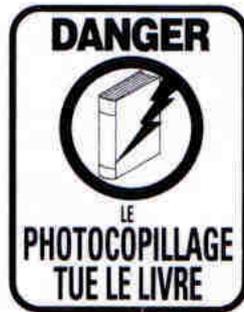
Mai 2015

Rapport du groupe de travail présidé par

Henri de Castries

Nicolas Molfessis

mare & martin



Éditions mare & martin — 17, rue de Provence — 75009 Paris
01 47 70 70 87
www.mareetmartin.com

Texte intégral

© Éditions mare & martin, 2015
ISBN 978-2-84934-204-6

Le Code de la propriété intellectuelle interdit les copies ou reproductions destinées à une utilisation collective. Toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite par quelque procédé que ce soit, sans le consentement de l'Auteur ou de ses ayants cause est illicite et constitue une contrefaçon sanctionnée par les articles L335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

Composition de la Commission

Présidents

Henri de Castries

Président Directeur Général d'AXA

Nicolas Molfessis

Professeur à l'Université Panthéon-Assas
Secrétaire général du Club des juristes

Membres

Stéphane Austry

Avocat à la Cour, CMS Bureau Francis Lefebvre

Denys de Béchillon

Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Membre du Club des juristes

Odile de Brosses

Directrice du service juridique, Association française des entreprises privées
(AFEP)

Francis Donnat

Directeur des politiques publiques, Google France
Expert du Club des juristes

Frédéric Jenny

Professeur d'économie, ESSEC
Membre du Club des juristes

Matthieu Quyllot

Conseiller du Président de l'Assemblée nationale chargé des affaires juridiques
et institutionnelles
Expert du Club des juristes

Jean-Emmanuel Ray

Professeur à l'École de droit de la Sorbonne et à Sciences Po
Membre du Club des juristes

Isabelle Seillier

Directeur Général Europe, Moyen-Orient, Afrique pour les Institutions
Financières de J.P. Morgan

George Stansfield

Directeur des Ressources Humaines et Directeur juridique du Groupe AXA

Renaud Streichenberger

Avocat à la Cour, Bredin Prat

Patrick Suet

Secrétaire général de la Société Générale
Membre du Club des juristes

François Sureau

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, SCP Spinosi & Sureau
Membre du Club des juristes

Jean-Paul Valuet

Secrétaire général de l'Association Nationale des Sociétés par Actions (ANSA)

Personnalités extérieures

Jean-Denis Combrexelle

En qualité de Directeur général du Travail

Alain Lambert

Président du Conseil général de l'Orne et de la Commission Consultative
d'Évaluation des Normes

Marc Guillaume

En qualité de Secrétaire général du Conseil constitutionnel

Marie-Christine Lepetit

Chef du service de l'Inspection Générale des Finances

*
* *
*

Secrétaire de la Commission

Maxime Cormier

Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas

Organisation des réunions

Jérémy Heymann

Maître de conférences à l'Université Panthéon-Sorbonne

Marie-Laure Layus

Avocat à la Cour, Chargée de recherches en droit allemand auprès de la
Cellule de droit comparé du Conseil d'État

Sommaire

Composition de la Commission.....	7
Remerciements.....	13
Introduction.....	15

PREMIÈRE PARTIE LA LÉGISLATION

I – Préférer les réformes globales aux toilettages à répétition	59
II – Perfectionner les études d’impact	69
III – Réguler l’usage du droit d’amendement.....	97
IV – Favoriser la consolidation des textes normatifs	117

DEUXIÈME PARTIE LA COUR DE CASSATION

I – Permettre l’évolution du rôle de la Cour de cassation sous l’influence de la CEDH	143
II – Améliorer la rationalité et l’efficacité de la jurisprudence.....	159
III – Favoriser les avis de la Cour de cassation.....	193

TROISIÈME PARTIE LE DROIT FISCAL

I – Concentrer les règles à portée fiscale au sein des seules lois de finances	207
II – Abroger l’article 40 de la Constitution.....	213
III – Systématiser le recours à la concertation publique lors de l’élaboration des dispositifs fiscaux	217

IV – Réguler la rétroactivité des règles fiscales	225
V – Développer le mécanisme du rescrit en matière fiscale.....	245
VI – Réduire les délais du contentieux en matière fiscale	257
VII – Encadrer toute nouvelle interprétation administrative de la norme fiscale	263

**QUATRIÈME PARTIE
LE DROIT DU TRAVAIL**

I – Approche structurelle	269
II – Approche substantielle : trois causes d’insécurité juridique récurrentes pour les groupes internationaux.....	323

ANNEXES

Annexe 1 – Liste des personnes auditionnées.....	345
Annexe 2 – Compilation des propositions	347

Remerciements

La Commission entend remercier Caroline Coupet, Maître de conférences en droit privé à l'Université Panthéon-Assas, Garance Feldman, Doctorante en droit public à l'Université Panthéon-Assas, Amélie Bonardi, Doctorante contractuelle en droit privé à l'Université Panthéon-Assas, Dimitri Lörher, Docteur en droit public de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour, Antoine Touzain, Doctorant contractuel en droit privé à l'Université Panthéon-Assas et Maxime Cormier, Doctorant contractuel en droit privé à l'Université Panthéon-Assas, pour leur contribution à l'élaboration du présent rapport.

*

* *

Les recommandations contenues dans le présent rapport n'engagent individuellement aucun des membres de la Commission. Elles reflètent un consensus majoritaire en son sein. Des oppositions ou des objections ont été formulées et demeurent ici ou là.

Introduction

1. La question de la sécurité juridique tourne à l'obsession. Obsession des opérateurs économiques, des pouvoirs publics, des juristes. En moins de vingt ans, les réflexions et initiatives de toutes sortes guidées par une volonté de lutter contre l'insécurité juridique se sont multipliées. La liste des études et analyses consacrées à la question est longue. Rapports publics¹, thèses², articles et travaux de tous genres sur la sécurité juridique en général³ ou relatifs à une matière en

1. Conseil d'État, *Rapport public 1991 – De la sécurité juridique*, La Documentation française, 1991 ; Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, La Documentation française, 2006.

2. V. not. S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001 ; E. Ben Merzouk-Glon, *La sécurité juridique en droit positif : une valeur irréductible à la norme*, thèse dactyl., Paris II, 2003 ; A.-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, LGDJ, 2005, préf. B. Mathieu ; Th. Piazzon, *La sécurité juridique*, Defrénois, 2009, préf. L. Leveneur. Et sur des matières spécifiques : v. F. Douet, *Contribution à l'étude de la sécurité juridique en droit fiscal interne français*, LGDJ, 1997, avant-propos J. Schmidt et préf. B. Néel ; G. Dufour, *Sécurité juridique et règles de droit : illustration en droit des contrats*, thèse Lille II, 2005 ; O. Debat, *La rétroactivité et le droit fiscal*, Defrénois, 2006, avant-propos P. Serlooten et préf. M. Cozian ; P. Raimbault, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, LGDJ, 2009, préf. J.-P. Théron ; P. Rrapi, *L'accessibilité et l'intelligence de la loi en droit constitutionnel : étude du discours sur la qualité de la loi*, Dalloz, 2014, préf. A. Roux ; J. van Meebeeck, *De la certitude à la confiance. Le Principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, FUSL, 2014, préf. F. Ost ; G. Drouot, *La rétroactivité de la jurisprudence. Recherche sur la lutte contre l'insécurité juridique en droit civil*, Université Panthéon-Assas, 2014.

3. V. not. M. Fromont, Le principe de sécurité juridique, ADJA 1996, 178 ; X. Lagarde, Jurisprudence et insécurité juridique, D. 2006, 678 ; B. Bonnet, L'analyse des rapports entre administration et administrés au travers du prisme des principes de sécurité juridique et de confiance légitime, RFDA 2013, 718 V. not. M. Heers, La sécurité juridique en droit administratif français : vers une consécration du principe de confiance légitime ?, RFDA 1995, 963 ; B. Pacteau, La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?, AJDA 1995, 151 ; J.-R. Pellas, Le principe de sécurité juridique en droit fiscal, in *Mélanges G. Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 261 ; B. Mathieu, La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient, in *Mélanges P. Gélard. Droit constitutionnel*, Montchrestien, 1999, p. 301 ; N. Molfessis, Les « avancées » de la sécurité juridique, RTD. civ. 2000, 660 – La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit, RTD. civ. 2000, 662 – La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle-même, RTD. civ. 2000, 666 – La sécurité juridique et la fonction normative de la loi, RTD. civ. 2000, 670 ;

particulier¹, rendent compte d'une atmosphère normative devenue irrespirable. Toutes les sources du droit sont concernées par ces maux qui semblent caractériser notre droit contemporain : inintelligibilité, frénésie normative, instabilité et imprévisibilité des solutions. Le diagnostic délivre l'image d'un système juridique qui ne maîtriserait plus le flot des règles qui le composent : c'est l'emballement normatif généralisé. Voilà ainsi le droit qui participe, comme le dénonçait déjà Jean Carbonnier, de nos angoisses contemporaines, tant il enserre et submerge, au risque de l'asphyxie, là où il devrait protéger et assurer la prise de décisions.

2. Tentant de panser le droit, des initiatives de toutes sortes ont vu le jour : pour chaque manifestation du mal, on entend apporter un remède qui serait supposé le guérir. On ne compte plus les lois, les décrets ou circulaires qui aspirent à améliorer la situation endémique et critique qui caractérise l'époque : la simplification du droit, l'amélioration de la qualité de la réglementation, la maîtrise de l'inflation normative deviennent l'objet même de textes nouveaux. Ils sont l'étendard et sans doute aussi l'alibi d'une réglementation qui ne décélère pas. On ne pourrait non plus citer exhaustivement les décisions de toutes justices qui rendent compte, à leur tour, Constitution en étendard, de cette priorité

B. Mathieu (dir.), Le principe de sécurité juridique, Cah. Cons. const. n° 11, décembre 2001 ; A. Cristau, L'exigence de sécurité juridique, D. 2002, 2814 ; D. Soulas de Russel et R. Raimbault, Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point, RIDC 2003, 85 ; M. Delamarre, La sécurité juridique et le juge administratif français, AJDA 2004, 186 ; F. Moderne, Sécurité juridique et sécurité financière, RFDA 2006, 483 ; J. Robbe, Sécurité juridique et requalification jurisprudentielle du contrat, AJDA 2008, 200 ; B. Mathieu, Sécurité juridique. Le respect de la légitime confiance des citoyens s'impose au législateur, JCP G 2014, doct. 16 ; G. Eveillard, Sécurité juridique et dispositions transitoires. Huit ans d'application de la jurisprudence KPMG, AJDA 2014, 492 ; « La sécurité juridique », 4^e Convention des juristes de la Méditerranée, JCP G 2013, supp. n° 27. V. en dernier lieu le 111^e Congrès des notaires de France se déroulant du 10 au 13 mai 2015 dont le titre est « La sécurité juridique : un défi authentique ».

1. En matière fiscale : V. not. Conseil des impôts, *Les relations entre les contribuables et l'Administration fiscale, XX^e rapport au Président de la République*, Journaux officiels, 2003 ; B. Gibert, *Améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire*, La Documentation française, 2004 (ci-après, « Rapport B. Gibert ») ; O. Fouquet, *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'Administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche*, Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique, 2008 (ci-après, « Rapport O. Fouquet ») ; C. Bouvier, G. Carrez, O. Fouquet et B. Gibert, *Instructions fiscales – Propositions pour améliorer la sécurité juridique en matière fiscale*, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 2010. V. également, La rétroactivité de la loi fiscale face au principe de la sécurité juridique, Dr. fisc. n° hors-série, nov. 1996 ; Loi fiscale, rétroactivité et sécurité juridique : quelle conciliation ?, Dr. fisc. n° 17, avril 1999, 100154 ; J. Buisson (dir.), *La sécurité fiscale*, L'Harmattan, 2011 ; L'insécurité fiscale des entreprises : France-UE-USA, Dr. fisc. n° 18, 2 mai 2013, 266 ; V. La sécurité juridique en droit du travail, Droit soc. 2006, 703 ; L. Boy, J.-B. Racine et F. Sirianen (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2007.

nationale¹. Sous des appellations diverses – sécurité juridique, confiance légitime, intelligibilité du droit, etc. –, on dénonce et sanctionne les règles et mécanismes frappés par le mal.

3. Un certain nombre d'initiatives ne sauraient toutefois être ignorées. Ainsi, sous l'égide de M. Th. Mandon, Secrétaire d'État à la Réforme de l'État et à la Simplification, un travail titanesque a été entrepris, dans différentes directions, destiné à simplifier l'environnement réglementaire et fiscal des entreprises. Après avoir proposé une nouvelle méthode collaborative de travail pour rendre plus efficaces les programmes de simplification et identifié vingt et un chantiers pour le programme triennal de simplification (2013-2016)², M. Th. Mandon a rendu publiques 50 premières mesures concrètes de simplification pour les entreprises le 17 avril 2014³. Parmi ces mesures, qui s'inscrivent dans une stratégie de « choc de simplification », on retrouve l'allègement des autorisations préalables à la création d'entreprise, la simplification de la fiche de paie, le développement des rescrits de l'administration fiscale... Ces mesures, cela n'est pas anodin, faisaient suite au constat d'une perte de crédibilité des démarches de simplification existantes.

Il faut dire que si la simplification de la vie des entreprises doit être encouragée, elle ne permet pas une amélioration des modes d'élaboration des règles de droit en général et ne saurait traduire un recul des facteurs de l'insécurité juridique. Sous cet aspect, en dépit d'une évidente prise de conscience, **les avancées de la sécurité juridique restent insuffisantes, comme si elles se trouvaient structurellement empêchées**. Rares sont en effet les mécanismes visant à promouvoir la sécurité juridique qui ont pour l'heure véritablement permis le recul du mal qui les ont justifiés. Tout se passe le plus souvent comme si l'insécurité qui gangrène le droit contemporain venait corrompre jusqu'aux remèdes censés la combattre.

La crise de la loi, on y reviendra en détail plus loin, ne semble ainsi pas connaître de répit. Il y a quelques mois, le Président du Conseil constitutionnel pouvait ainsi s'interroger : « Est-il normal d'adopter des lois qui atteignent 169 pages au *Journal officiel*, comme celle sur le logement que nous avons examinée l'été dernier ? Plus de sept mois après le vote de cette loi, sur les 190 décrets ou arrêtés nécessaires à son application, seulement 6 ont été publiés. N'y a-t-il pas là un véritable problème qui touche à la crédibilité de la loi ? De plus, il apparaît que certains décrets ou arrêtés qui doivent être pris pour l'application de cette loi ne le seront que fin 2015. Il ne s'agit pas d'une crise de la Constitution, mais

1. V. not. Cons. const., 16 décembre 1999, n° 99-421 DC ; Cons. const., 13 janvier 2000, n° 99-423 DC ; Cons. const., 7 décembre 2000, n° 2000-435 DC ; Cons. const., 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC ; Cons. const., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC ; Cons. const., 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC.

2. Mission parlementaire de simplification de l'environnement réglementaire, *Mieux simplifier* – « *La simplification collaborative* », Ministère de l'économie et des finances, 2013. Rapport remis au Premier Ministre par Th. Mandon, député de l'Essonne.

3. Les 50 premières mesures de simplification pour les entreprises proposées par le Conseil de la simplification pour les entreprises, 17 avril 2014.

d'une mauvaise pratique. On le sait : les lois inutiles, prises sous la tyrannie de l'instantané, tuent les lois utiles. Au lieu de s'interroger sur ces dysfonctionnements, on veut remettre en question nos institutions »¹. C'est ainsi la pratique législative qui marque l'emballement et la frénésie. Au fond, et le présent rapport devra bien souvent en faire le constat, **tout se passe le plus souvent comme si les bonnes intentions cédaient devant les contraintes – supposées – de la situation à l'œuvre. C'est la tyrannie des faits contre le droit.**

Dans cette mesure, on peut craindre que le système en soit venu, progressivement, à entretenir une insécurité qu'il veut pourtant combattre. Entre l'objectif formulé et sa réalisation, il semble y avoir des obstacles qui entravent la réalisation du but poursuivi. La jurisprudence n'y déroge pas. À ce titre, l'exemple de la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence est particulièrement éloquent. Sur cette question qui vise à assurer la sécurité juridique en maîtrisant l'effet rétroactif de la jurisprudence, la Cour de cassation avait semblé entreprendre une démarche claire, initiée par son Assemblée plénière. Mais, elle s'est divisée et les décisions, loin de marquer un progrès dans la prise en compte des anticipations des justiciables, et à tout le moins une cohérence dans les solutions retenues se sont caractérisées par leur disparité et leur imprévisibilité.

**La modulation dans le temps des revirements de jurisprudence...
Ou comment la Cour de cassation crée l'incertitude
sans résorber l'insécurité**

À partir du milieu des années 2000 et suivant un mouvement qui conduira à une évolution remarquable des contentieux administratif et constitutionnel, la Cour de cassation a entamé une réflexion sur la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence. On connaît bien la problématique : en cas de changement de jurisprudence, l'application rétroactive du revirement à des faits qui lui sont antérieurs peut porter atteinte à l'impératif de prévisibilité du droit et donc à la sécurité juridique. Faut-il, dès lors, admettre que le juge puisse, dans certaines circonstances, moduler dans le temps les effets du revirement ?

Dans le débat sur la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence, les arguments se mêlent, se mélangent et s'opposent. Pouvoir du juge, articles 4 et 5 du Code civil, intérêts respectifs des parties en présence, place des droits fondamentaux dans le choix de la solution... les éléments de la discussion ne manquent pas. L'abondance de la littérature juridique ces dernières années n'a d'ailleurs pas nécessairement permis de clarifier le débat.

À cette question, on pouvait espérer que la Cour de cassation apporte une solution claire, qui vienne précisément contribuer à la sécurité juridique et non ajouter l'instabilité jurisprudentielle à l'imprévisibilité des revirements. L'Assemblée plénière s'était en ce sens rapidement prononcée par un arrêt du 21 décembre 2006. Statuant sur l'obligation de réitérer tous les trois mois des actes interruptifs de prescription

1. J.-L. Debré, Il y a une crise de la loi, Le Point, 16 novembre 2014.

pour l'action fondée sur une atteinte à la présomption d'innocence, elle fit obstacle à l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours. Selon elle, l'application de la solution issue du revirement de jurisprudence aurait abouti « à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge ». Dans un effort d'explication, le communiqué accompagnant la décision avait pris le parti de replacer la solution dans un contexte plus général, en soulignant qu'« imposer aux justiciables l'application d'une règle qu'ils ignoraient et dont ils ne pouvaient anticiper la survenue au moment où ils ont agi est de nature à porter atteinte au principe de sécurité juridique et à contredire illégitimement leurs prévisions ». On pouvait alors s'attendre à ce que l'imprévisibilité de la règle nouvelle appelle la modulation de son application dans le temps.

À la suite de cette décision pourtant, les différentes chambres de la Cour de cassation ont renvoyé des signaux discordants, dissemblables d'une chambre à l'autre.

Certaines chambres sont ainsi venues exprimer une évidente réticence face au principe même de la modulation dans le temps des revirements. Tel fut notamment le message délivré par la Première chambre civile à travers deux arrêts du 11 juin 2009 selon lesquels « la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable, pour contester l'application immédiate d'une solution nouvelle résultant d'une évolution de la jurisprudence, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, dès lors que la partie qui s'en prévaut n'est pas privée du droit à l'accès au juge ». La Première chambre civile incarne ici un courant résolument restrictif, rejoint par la Chambre sociale qui a rejeté la modulation des revirements au motif que « la sécurité juridique, invoquée sur le fondement du droit à un procès équitable prévu par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit »¹. Mais dans le même temps, la Chambre commerciale, dans le sillage de l'arrêt d'Assemblée plénière, n'a au contraire pas hésité à recourir à la modulation pour écarter l'application d'un revirement de jurisprudence portant sur une règle de recevabilité², ou encore sur la conception de la notion de vanité des poursuites³, se montrant plus accueillante à l'égard de la modulation. Ces hésitations jurisprudentielles, entre hostilité et réception de la modulation, interdisent l'émergence d'une politique jurisprudentielle lisible.

Plus encore, l'hésitation ne se réduit pas ici à une simple opposition entre les différentes chambres de la Cour de cassation. L'incertitude se retrouve désormais au sein de chacune d'elles. Ainsi, la Chambre commerciale, supposée favorable à la modulation,

1. Soc., 22 septembre 2010, n° 09-40968 ; 18 mai 2011, n° 09-72959 ; 10 avril 2013, n° 12-16225 ; 10 octobre 2013, n° 12-21167 ; 8 avril 2014, n° 13-11133. V. ég. en ce sens, la Deuxième chambre civile, cassant un arrêt de cour d'appel qui avait fait droit à la modulation : Civ. 2^e, 19 novembre 2009, n° 08-20528.

2. Com., 13 novembre 2007, Bull. civ. IV, n° 243.

3. Com., 26 octobre 2010, Bull. civ. IV, n° 159.

n'a pas hésité à se montrer très restrictive¹, là où la Chambre sociale, réputée réfractaire, a pu céder à l'appel de la modulation². Les ressorts de la Cour de cassation apparaissent souvent énigmatiques.

Au surplus, plus récemment, le rejet récurrent des pourvois sollicitant la modulation obscurcit encore sa politique, et interdit dès lors l'émergence d'une méthode de règlement des conflits de jurisprudence dans le temps à destination des juges du fond comme des justiciables.

Au demeurant, même à s'en tenir aux seules hypothèses où la Cour de cassation admet de se saisir de la question, le fondement de la modulation des revirements apparaît encore source d'incertitudes. D'une part, tout en admettant à l'occasion de moduler ses revirements, la Cour de cassation persiste paradoxalement à nier son rôle créateur de droit³, dont la reconnaissance est pourtant un prérequis à toute discussion sur la modulation dans le temps des revirements. D'autre part, alors même qu'elle affirme que l'article 6-1 de la CEDH n'est pas méconnu par « l'application par les juges du fond d'une interprétation jurisprudentielle, fût-elle postérieure à l'introduction de l'instance »⁴, c'est le plus souvent cet article qu'elle convoque au soutien de la modulation dans le temps de la jurisprudence. C'est alors la référence à l'accès au juge qui appelle la modulation et l'explique. Mais ce fondement, à supposer qu'il soit devenu le critère de la modulation, n'est pas adéquat. Rien ne justifie en effet que la modulation dans le temps des revirements de jurisprudence soit attachée aux seules hypothèses d'atteintes au droit à l'accès au juge. S'il importe d'obvier le cours naturel de la jurisprudence, c'est en effet parce qu'en certaines hypothèses la rétroactivité n'est pas supportable : c'est l'imprévisibilité qui ordonne alors de moduler l'effet dans le temps du revirement. Ce n'est pas affaire de droit au juge, de droit au respect des biens ou de tout autre droit subjectif.

Où l'on voit que, **loin de s'être saisie de la modulation des revirements pour restaurer la sécurité juridique, la Cour de cassation a, au fil des arrêts contradictoires, ajouté à l'imprévisibilité du revirement celle de sa modulation.**

Où l'on en vient à se demander si les meilleures intentions ne finissent pas par échouer sous l'influence de mouvements structurels. Prenons l'élaboration des règles, qu'elles soient de nature législative ou réglementaire. Dès lors qu'elles viennent réaliser une rupture avec ce qui existait – et c'est par nature le cas de toute réforme –, elles se heurtent aux résistances les plus farouches, lesquelles conduisent à des compromis qui minent souvent le texte. Les Français sont des réformateurs qui détestent le changement, surtout lorsqu'il les concerne. L'influence de groupes

1. V. par ex., Com., 14 mai 2013, n° 12-15534.

2. Soc., 26 mai 2010, Bull. civ. v, n° 114.

3. « La sécurité juridique, corollaire du droit à un procès équitable prévu par ce même texte, ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence immuable dont l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit » : Civ. 2^e, 19 novembre 2009, n° 08-20528 ; Soc., 8 avril 2014, n° 13-11133, 12-27317 et 13-13603 ; Soc., 18 mai 2011, n° 09-72959.

4. Soc., 28 janvier 2004, n° 02-40173 et n° 02-40174.

de pression mal identifiés, aux actions souvent souterraines, sur la production normative constitue ainsi un autre obstacle substantiel à la qualité des règles. La démonstration du rôle qu'ils jouent dans l'insécurité juridique n'est plus à faire : représentant des intérêts particuliers, ils contribuent à instiller, dans les textes qu'ils combattent, des exceptions aux principes – l'objet des premiers étant d'étouffer les seconds –, et prônent un vocabulaire dont le technicisme est d'autant plus recherché qu'il permet de complexifier les règles et d'en affecter la mise en œuvre. L'exemple du label « fait maison » est ici particulièrement représentatif puisque l'intervention des groupes de pression au stade de la préparation du décret d'application a conduit à l'adoption d'un texte pointilliste, aux multiples exceptions, qui a tout simplement vidé de son sens le dispositif législatif. D'une idée simple, qui pouvait sembler frappée au coin du bon sens, on est passé à une forme de monstruosité juridique des plus topiques de notre aptitude à mal réformer. Le résultat de l'intervention de différents lobbies ne s'est pas fait attendre : « Après huit mois d'existence, le logo à la casserole n'a pas séduit les restaurateurs »⁵.

L'exemple du « fait maison »

« Tout au long de la préparation et de l'examen de ce texte, j'ai essayé de me tenir à l'abri de deux lobbies : celui des industriels comme celui de la grande distribution. Alors que nous entamons la deuxième lecture de ce texte, ni les uns ni les autres ne sont tout à fait contents, ce qui doit nous donner à penser que nous sommes sur la bonne voie ! »⁶. Cette satisfaction, M. B. Hamon la ressent-il toujours aujourd'hui ? Au regard des textes finaux sur la question du « fait maison », l'on peut en douter.

À l'origine : un amendement gouvernemental déposé à l'Assemblée le 24 juin 2013⁷. L'objectif : lutter contre les pratiques de certains restaurateurs, consistant à « proposer des plats confectionnés à partir de préparations industrielles, qui sont simplement réchauffées avant d'être servies ». Le consommateur doit savoir ce que contient son assiette ! Sans recherche de stigmatisation des restaurants faisant appel à l'industrie, la finalité est donc la bonne information du consommateur.

Les débats parlementaires ne portent guère sur le principe, chacun s'accordant sur le bien-fondé d'une telle information, mais plutôt sur les modalités. Faut-il indiquer que les produits sont « faits maison », d'origine industrielle, frais, congelés ou surgelés⁸ ? Faut-il aller plus loin, et ne réserver l'appellation « restaurant » qu'aux établissements servant des produits « faits maison »⁹ ? À ceux servant un minimum de plats ayant une

5. B. Lepelet, *Le Fait maison fait un four*, *Le Parisien*, 14 mars 2015.

6. B. Hamon, Intervention lors de la séance du 27 janvier 2014, en deuxième lecture au Sénat, de la loi sur la consommation.

7. Amendement n° 981, déposé à l'Assemblée nationale le 24 juin 2013.

8. C'est le sens de l'amendement n° 334, rectifié.

9. Amendement n° 481.

telle origine¹ ? Faut-il se contenter d'une mention positive – le « fait maison » –, ou y ajouter une mention négative – le « non fait maison », comme cela a été proposé² ? Surtout, la question a été longuement discutée de savoir si la mention « fait maison » devait présenter un caractère facultatif ou obligatoire. La « navette » entre les Chambres a été l'occasion d'un mouvement incessant : obligatoire pour l'Assemblée nationale, la mention était systématiquement rendue facultative par le Sénat³. De manière à rendre le texte effectif, la Commission mixte paritaire a toutefois abouti à ce que le texte soit impératif⁴. Désormais, l'article L. 121-82-1 du Code de la consommation indique que les établissements de restauration « précisent sur leurs cartes ou sur tout autre support qu'un plat proposé est "fait maison" »⁵.

Toutefois, afin d'éviter que le mécanisme ne soit inapplicable, le texte fait appel au pouvoir réglementaire, pour déterminer les produits pouvant « entrer dans la composition des plats "faits maison" après avoir subi une transformation de leur état brut nécessaire à leur utilisation »⁶. Renvoi logique : allait-on exiger des restaurateurs qu'ils produisent eux-mêmes la farine, l'huile ou les condiments⁷ ? Mais renvoi offrant aux lobbyistes l'occasion d'intervenir auprès du Gouvernement.

Et de fait, **le contenu du décret ruine l'objectif poursuivi par le texte**. Il précise ainsi : « peuvent entrer dans la composition d'un plat "fait maison" les produits qui ont été réceptionnés par le professionnel : épluchés, à l'exception des pommes de terre, pelés, tranchés, coupés, découpés, hachés, nettoyés, désossés, dépouillés, décortiqués, taillés, moulus ou broyés ; fumés, salés ; réfrigérés, congelés, surgelés, conditionnés sous vide ». Et le texte ajoute que peuvent encore entrer dans la composition de tels plats nombre de produits, tels les fromages, les pâtes, les céréales, la « choucroute crue et les abats blanchis »⁸...

Le résultat est bien loin des attentes. Lors des débats parlementaires, n'était-il pas affirmé que les restaurateurs « ne sont pas des réchauffeurs », et qu'ils « ne doivent pas être des assembleurs » ? Qu'un restaurateur, ce doit être « quelqu'un qui cuisine, qui

1. Sous-amendement n° 1023.

2. Là était notamment l'avis émis par le rapport de la commission des affaires économiques du Sénat, avant la première lecture.

3. Lors des séances du 11 septembre 2013 puis du 12 février 2014, les sénateurs sont revenus sur le caractère obligatoire de la mention.

4. La Commission du 6 février 2014 a vu les rapporteurs de l'Assemblée et du Sénat s'opposer sur la question, le premier rappelant que le caractère obligatoire de l'inscription donnait « tout son sens » à cet article.

5. Art. L. 121-82-1 C. conso., dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014.

6. Art. L. 121-82-1, al. 2 C. conso.

7. Réserve émise notamment par M. Th. Thévenoud, lors de la séance à l'Assemblée nationale du 27 juin 2013.

8. Art. D. 121-13-1 C. conso, issu du décret n° 2014-797 du 11 juillet 2014 relatif à la mention « fait maison » dans les établissements de restauration commerciale ou de vente à emporter de plats préparés.

coupe en morceaux »¹ ? Et le « fait maison » est admis pour les établissements recevant les produits épluchés, découpés, ou hachés ? Le résultat étonne : qu'un restaurant italien serve des pâtes industrielles, avec de la viande sous vide, et ce sera du « fait maison »...

Par conséquent, tout restaurateur, ou presque, devra arborer le « fait maison ». Conçu en vue de mettre en avant certains restaurateurs refusant l'utilisation de produits industriels, le texte aboutit à un label généralisé, bien loin de ses objectifs premiers.

Plus grave encore, la réglementation employée risque d'aboutir à une confusion dans l'esprit des consommateurs². Tous les restaurateurs doivent en effet rappeler la définition du plat « fait maison » sur leur carte, quand bien même ils n'en cuisineraient pas³... Mais les consommateurs comprendront-ils que la mention n'est qu'un rappel de la définition légale ? Ne risquent-ils pas d'en déduire que le restaurant en question réalise des produits « faits maison », alors même qu'il n'en est rien ? On peut légitimement le craindre.

4. L'impression qui prédomine est alors celle d'un décalage entre les intentions et les réalisations. L'impression se renforce lorsque l'on examine les déclarations des acteurs et l'évidente volonté de lutter contre diverses formes d'insécurité juridique qu'elle traduit, et les pratiques des mêmes lorsqu'ils sont en situation. **Ainsi, ceux qui préconisent les changements les plus vertueux sont pourtant les premiers à faire le contraire de ce qu'ils recommandent, comme si les nécessités de l'exercice du pouvoir impliquaient de s'abstraire des contraintes de sécurité juridique. Faudrait-il pourtant rappeler que ce n'est que lorsque l'on est en position de législateur que l'on peut montrer comment doit se faire la loi... ?** On voit aisément combien le pragmatisme prend alors le dessus : s'il est facile de déclarer qu'il faut mettre fin aux lois mémorielles, il l'est moins de ne pas promettre une loi concernant la pénalisation de la contestation du génocide arménien en pleine campagne électorale (et à la suite d'une censure du Conseil constitutionnel). De ces décalages, une illustration est particulièrement révélatrice, celle qui tient à la dénonciation de la législation par voie d'ordonnances par ceux qui sont dans l'opposition, comparée à leur pratique lorsqu'ils se trouvent au pouvoir. Ceux qui s'accordent sur les méfaits d'un recours excessif aux ordonnances peuvent en avoir un usage immodéré une fois qu'ils accèdent aux plus hautes responsabilités.

1. V. l'intervention de M. Th. Thévenoud à l'Assemblée, lors de la séance du 27 juin 2013.

2. Confusion tout à fait évidente à la consultation du dossier de presse du 15 juillet 2014, sur l'application de la mention « fait maison » en restauration, p. 10 : les trois formules alternatives ne semblent guère évidentes à distinguer, sauf à connaître le logo « fait maison » imposé...

3. V. art. D. 121-13-3 C. conso, issu du décret préc.

Le recours aux ordonnances de l'article 38 de la Constitution

Depuis plus de vingt ans, de nombreuses voix s'élèvent contre l'usage immodéré des ordonnances de l'article 38 de la Constitution. Participant de l'inflation législative et de l'insécurité juridique, on y voit souvent « un signe de dérèglement juridique et politique »¹. Elles sont surtout mécaniquement une source d'inflation normative, puisqu'elles constituent un canal supplémentaire de fabrication de la loi. En 2005, plus de la moitié des textes annuels dans le domaine de la loi ont ainsi été pris par voie d'ordonnance. Le Conseil d'État le dénonce depuis 2006 : d'exceptionnelle, la procédure d'ordonnances est devenue « le principal mode de législation ». Le Vice-président du Conseil d'État rappelait encore récemment que le « Conseil d'État n'est pas favorable à l'usage qui est actuellement fait des ordonnances »².

Au surplus, dans une approche « parlementariste » de la loi, l'usage qui est fait des ordonnances apparaît souvent illégitime. Pour faire bref, on s'accorde à y voir un contournement peu démocratique du Parlement, l'administration ayant trouvé là le moyen de légiférer sans passer par la représentation nationale, évitant ainsi le débat public qui accompagne l'élaboration de la législation.

Par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, le constituant a mis fin à la pratique des ratifications implicites, qui provoquaient en effet un abondant contentieux.

On le voit, les critiques adressées aux ordonnances sont nombreuses. Celles de M. F. Hollande, lorsqu'il était député, retiennent l'attention. Lors de « l'été des ordonnances » de 2005, il accusait ainsi le Gouvernement : « la méthode est détestable pour le Parlement » ; « sur les questions essentielles de l'emploi et de la lutte contre le chômage, vous annoncez que vous allez recourir à la procédure des ordonnances, c'est-à-dire au dessaisissement du Parlement [...]. Votre propre majorité devrait s'insurger contre une telle façon de faire ! ».

De même, avant d'être nommée Garde des Sceaux, Mme Ch. Taubira n'hésitait pas à dénoncer l'utilisation des ordonnances. Ainsi, en 2011, elle fustigeait les habilitations lorsque le calendrier législatif ne justifiait aucune urgence : « le Parlement a le temps de faire son travail en toute sérénité, et il n'y a pas de raison qu'il se dessaisisse en faveur du Gouvernement » ; « nous demandons au Gouvernement, plutôt que de se surcharger de travail, d'accepter que le Parlement fasse le sien ».

Toutefois, à l'épreuve du feu en quelque sorte, le Gouvernement a repris les anciennes habitudes. Afin de « faire avancer les dossiers », selon l'expression employée, le recours aux ordonnances est ainsi décidé par le président de la République, au début de l'année 2014. Dans la même perspective, la Garde des Sceaux a émis le souhait que la réforme du droit des contrats soit effectuée par ce biais. Là résiderait le seul moyen, pour l'exécutif, de dépasser les blocages inhérents à la procédure parlementaire. Ainsi, l'article 8 de la loi n° 2015-177 de modernisation et de simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, définitivement adopté par l'Assemblée nationale le 28 janvier 2015 et publiée le 17 février 2015, habilite le Gouvernement à procéder par voie d'ordonnance à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Et de fait, l'utilisation actuelle des ordonnances confirme l'explosion quantitative et l'extension du domaine d'utilisation de l'article 38 de la Constitution.

1. P. Delvolvé, L'été des ordonnances, RFDA 2005, 909.

2. J.-M. Sauvé, Penser et voter la loi, JCP G 2015, supp. n° 14, 15.

Quantitativement, dans un rapport de la division des lois et de la légistique de février 2014, le Sénat constate que, contre 155 ordonnances publiées sur vingt ans, entre 1984 et 2003, leur nombre a plus que doublé sur la seule décennie suivante, 357 ordonnances ayant été prises entre 2004 et 2013. Si les 83 ordonnances de 2005 restent un nombre exceptionnel, le nombre d'ordonnances s'est stabilisé depuis 2006, oscillant entre 15 et 37 ordonnances annuelles. Depuis le changement de majorité, la moyenne n'a pas diminué : 32 ordonnances ont été prises en 2012, et 21 en 2013. **M. J.-M. Sauvé, Vice-président du Conseil d'État relevait encore récemment qu'avant « l'année 2000, environ dix ordonnances étaient prises chaque année. Le rythme est aujourd'hui compris entre trente et quarante »¹.**

Surtout, à l'étude se révèle une extension de leur domaine. Cantonnées classiquement à des questions purement techniques – codification, transposition des directives européennes, législation relative à l'outre-mer –, les ordonnances concernent désormais l'ensemble du droit. L'évolution est significative : si, entre 1990 et 2002, 112 ordonnances sur 118 publiées concernaient l'un des trois domaines précités, ceux-ci sont délaissés par plus de la moitié des ordonnances publiées en 2013. Depuis 2010, entre autres, le régime de l'EIRL, la conservation des hypothèques et la biologie médicale ont ainsi été réformés par ordonnances. En 2014, la tendance s'accroît : les habilitations concernent tant le droit au logement que l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

Une loi du 2 janvier 2014 impressionne ainsi par l'étendue de l'habilitation qu'elle prévoit, visant à « simplifier et sécuriser la vie des entreprises » : financement participatif, rupture de la période d'essai du contrat de travail, procédures collectives, évaluation des droits sociaux ou détermination du nombre de notaires...

Le Code civil n'échappe pas aux ordonnances. On songe à la réforme de la filiation en 2005, à celle des sûretés en 2006, et désormais celle des contrats, malgré l'ire du Sénat, exprimée par M. J.-P. Sueur : « avec l'ensemble des sénateurs, de tous les groupes, de la commission des lois du Sénat, je tiens à dire ma profonde opposition au consentement à ce recours aux ordonnances, qui revient à un auto-dessalement du Parlement sur des sujets majeurs qui relèvent à l'évidence de la loi et justifient un vrai débat parlementaire ». Destinée à éviter l'encombrement de l'ordre du jour, l'ordonnance est devenue une voie normale de législation.

Les habilitations sont d'ailleurs si nombreuses que, depuis 2004, nombre d'entre elles n'ont pas été utilisées. Un exemple parmi d'autres : la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe a habilité le Gouvernement à modifier les différents codes, pour supprimer les références à l'altérité sexuelle, ce qui n'a pas été fait.

Du point de vue de la sécurité juridique, on pourrait peut-être débattre : aux inconvénients évidents des ordonnances – plus de textes, des textes faits « dans le secret des cabinets » et donc soustraits à la discussion publique –, on opposera le fait que les textes ainsi élaborés échappent à la dérive des amendements et sont souvent plus cohérents du point de vue technique. C'est ainsi essentiellement sur les questions de société qu'il faut en déplorer la pratique en regrettant l'absence de discussion publique.

Elles marquent surtout, pour ce qui nous intéresse ici, le fait qu'à l'épreuve du pouvoir, les points de vue sur les « bonnes pratiques » changent bien souvent. C'est cela qui mérite l'attention.

1. *Id.*

5. Faut-il alors se résoudre à cette insécurité juridique avec laquelle nous vivons depuis plusieurs dizaines d'années ? Est-elle le produit inéluctable de notre droit moderne, formaliste et procédural, soumis aux revendications et aux aspirations des individus et des communautés, déformé par des procédures d'édiction qui font perdre au droit sa qualité à mesure qu'elles gagnent en complexité ?

Pourtant, la période récente marque une nette prise de conscience des enjeux extra-juridiques de la question, dont on peut espérer qu'elle traduise une volonté de faire de la recherche de sécurité juridique un impératif supérieur aux raisons de lui porter atteinte. C'est que la sécurité juridique n'est pas seulement une exigence démocratique ; elle est devenue un objectif de (bonne) politique économique. Et dans la période actuelle, on peut espérer que de cette prise de conscience extra-juridique vienne le progrès du droit.

En quittant le monde du droit, la sécurité juridique est d'abord devenue un thème grand public, souvent caricatural mais bien révélateur des enjeux extra-juridiques qui y sont attachés¹. Surtout, depuis une dizaine d'années, on réalise enfin cette évidence selon laquelle le droit est un élément de la compétitivité nationale et donc de la prospérité². Il y a dix ans, le Premier Président de la Cour

1. Comme celle des travaux scientifiques relatifs à la sécurité juridique, la liste des articles de presse qui lui sont consacrés donne le vertige et recenser l'ensemble des chroniques dénonçant l'inflation normative, les normes absurdes, le poids de l'insécurité juridique sur les entreprises, est devenu mission impossible : E. Rohde, « Trop de loi tue la loi »... : la jungle législative, *Le Monde*, 23 janvier 2007 ; R. Solé, Frénésie textuelle, *Le Monde*, 17 février 2011 ; L. Cappelletti, Le choc de simplification n'aura pas lieu, *Le Monde*, 15 novembre 2013 ; D. Bourcier et E. Catta, Comment recoudre le droit, *Libération*, 26 juin 1995 ; D. Hassoux, Surabondance de lois nuit au citoyen, *Libération*, 18 janvier 2005 ; S. Coignard, La machine est devenue folle, *Le Point*, 28 juin 2007 ; J. Cordelier, Haro sur les normes !, *Le Point*, 15 novembre 2012 ; M. Revol, Ces normes qui bloquent la France, *Le Point*, 21 mars 2013 ; M. Vignaud, Normes aberrantes : une maladie française, *Le Point*, 27 mars 2013 ; E. Berretta, Comment en finir avec des lois bavardes et bâclées, *Le Point*, 8 octobre 2014 ; Ch. Rebois, L'inflation des lois, *Le Figaro*, 16 avril 1997 ; C. Crouzel, Un nouveau florilège de normes absurdes, *Le Figaro*, 3 mars 2013 ; A. Lambert, Les normes ont coûté 2 milliards aux collectivités depuis 2008, *Le Figaro*, 27 mars 2013 ; R. Godeau, « Arrêtez donc d'emmerder les Français », *L'Opinion*, 7 avril 2015 ; F. Piliu, Quelles sont les normes les plus folles ?, *La Tribune.fr*, 26 mars 2013 ; C. Barjonet, La France, le pays aux 400.000 normes, *Les Echos*, 19 février 2013 ; F. S., L'inflation normative a un impact sur l'économie, *Les Echos*, 27 mars 2013 ; F. S., Le « choc de simplification » commence par un gel de la production de normes, *Les Echos*, 2 avril 2013 ; « Choc de simplification » : les lois les plus absurdes, *Le Parisien*, 1^{er} avril 2013 ; etc. Aj. A. Lambert, « On a 400 000 normes qui paralysent les collectivités locales », entretien à *Libération*, 27 mars 2013 ; R. Denoix de Saint-Marc, Trop de lois tue la loi, entretien au *Journal du Dimanche*, 21 janvier 2001. À ces articles, on doit ajouter nombre d'ouvrages grand public qui mettent également en cause l'inflation normative : v. en dernier lieu A. Verdier-Moliné, *On va dans le mur...*, Albin Michel, 2015.

2. 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 D. Mandelkern, *La*

de cassation, M. G. Canivet, soulignait le fait que « **les mérites d'un système de droit s'apprécient à ses aptitudes à permettre la production et la circulation de la richesse, à favoriser le développement économique et l'intégration sociale et à assurer la sécurité juridique** »¹. Si le droit peut être vecteur de compétitivité, l'instabilité normative est source de contraintes de nature à freiner l'initiative économique. L'entreprise, confrontée en permanence à de nouvelles normes qu'elle doit adopter dans des délais toujours réduits, a de plus en plus de difficultés à se conformer à ces contraintes nouvelles qui constituent désormais un « carcan complexe »² générateur de coûts. À l'échelle du particulier, de l'entreprise ou de l'État, l'insécurité des solutions grève les décisions des acteurs³ et représente un véritable coût pour l'économie : le Conseil d'État, dans son rapport de 2006, relève que 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 »⁴. L'insécurité juridique se présente alors comme un obstacle au développement économique : « le biotope législatif et réglementaire français n'est pas favorable à la création d'entreprise et à son développement. Il ignore une composante essentielle de l'action économique – prendre un risque, vivre dans l'aléa, décider, affronter la concurrence mondiale et être performant »⁵. Les choix des agents économiques sont gouvernés par la confiance. Les prises de décisions supposent donc un environnement juridique stable et pérenne, lequel repose nécessairement sur la sécurité juridique⁶. Le lien entre sécurité juridique et initiative économique n'est pas contestable.

Plus encore, la sécurité juridique est, en termes de concurrences entre les économies, un enjeu de premier plan. Nul doute en effet qu'elle est un facteur essentiel d'attractivité des investissements étrangers, au point d'avoir été érigée dans le traité OHADA au rang des objectifs que se donne l'organisation. Le préambule du traité prévoit ainsi que le droit des affaires doit être appliqué « dans des conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celle-ci et d'encourager l'investissement ». C'est dire que la sécurité juridique est un vecteur de l'initiative économique. Elle tient dès lors une place essentielle dans la concurrence des systèmes juridiques. Les rapports

qualité de la réglementation, Ministère de la fonction publique, 2002, p. 52 s.

1. Discours de rentrée solennelle janvier 2005, cité par A. Mazeaud, *La sécurité juridique et les décisions du juge*, *Droit soc.* 2006, 746.

2. B. Foucaud, *L'impact législatif et réglementaire sur le quotidien de l'entreprise*, *JCP* 2013, n° 28, 1408.

3. Pour une analyse détaillée des coûts de la réglementation, v. Rapport D. Mandelkern préc. ; E. Blanc, *Rapport n° 752*, Assemblée nationale, avril 2003, p. 15 ; B. Saugey, *Rapport n° 266*, Sénat, 2002-2003, p. 13.

4. Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 276.

5. B. Foucaud, préc.

6. J.-P. Ferret, *La sécurité juridique*, Actes du colloque d'Alger, 9-10 décembre 2012, *JCP G* 2013, supp. n° 27, 7.

Doing Business de la Banque Mondiale, certes critiqués et critiquables, insistent ainsi régulièrement sur la nécessité de simplifier la réglementation juridique pour faciliter l'initiative économique¹. Le Rapport Gibert, il y a dix ans, pointait déjà, en matière fiscale, la nécessité d'améliorer la sécurité du droit fiscal pour renforcer l'attractivité du territoire². Le Rapport Prada, en 2011, pouvait ainsi souligner qu'il est désormais acquis que « la maîtrise du droit est un facteur important de robustesse et de compétitivité des entreprises et contribue puissamment à la qualité de l'offre dans les marchés internationaux »³.

Comme le souligne encore une Circulaire du 7 juillet 2011 sur la qualité du droit, « **à la qualité de la règle de droit s'attachent des enjeux déterminants pour l'attractivité de notre système juridique et pour notre compétitivité économique.** La sécurité juridique, la prévisibilité du droit et la simplification de règles inadaptées ou dépassées sont des attentes régulièrement exprimées par nos concitoyens et nos entreprises ». Les décisions économiques ont besoin de stabilité et l'investissement suppose la confiance, qui n'existe pas sans sécurité.

**J.-M. Sauvé, Ouverture du Colloque « L'entreprise et la sécurité juridique »
(21 novembre 2014)**

Pour autant, la sécurité juridique d'hier n'est plus celle d'aujourd'hui. Les besoins de stabilité et de prévisibilité des entreprises se sont intensifiés, d'abord pour des raisons proprement économiques et financières, à l'heure d'une mondialisation des échanges et d'une concurrence accrue dans la conquête des marchés, l'utilisation des ressources et la découverte d'innovations. Ces besoins sont aussi l'expression d'un désarroi croissant face aux pathologies contemporaines de la production normative. L'inflation et l'instabilité des lois et des règlements sont devenues des vecteurs autonomes et puissants d'insécurité juridique. C'est dans ce double contexte – globalisation économique et inflation normative – qu'ont été rénovées les garanties de sécurité juridique, en particulier sur le terrain des mesures transitoires, et qu'a été affinée d'une manière plus subjective la conciliation entre des intérêts publics et privés parfois antagonistes. Alors que la tentation d'une concurrence, sinon d'une rivalité, entre droits nationaux se renforce à l'échelle mondiale et reste forte même en Europe, les responsables publics ont pris conscience de la part du droit dans l'attractivité d'un territoire. Une simplification et un assouplissement maîtrisés des règles applicables aux entreprises sont en effet des gages tangibles de compétitivité. Plus profondément, une poursuite raisonnée et ambitieuse de l'intérêt général impose une régulation nouvelle du « cycle de vie » de chaque norme, depuis leur conception et leur adoption, en passant par leur application, jusqu'à leur actualisation ou leur disparition.

1. L. Boy, J.-B. Racine, F. Sirriainen (dir.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, 2008, spec. p. 18.

2. Selon son intitulé même.

3. M. Prada, *Rapport sur Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie : Ministère de la justice, 2011, p. 4.

6. Prenant acte de l'irréductible relation entre sécurité juridique et initiative économique, le présent rapport entend formuler un certain nombre de propositions visant à favoriser la sécurité juridique afin d'encourager l'initiative économique. Ces propositions ne répondent pas à une logique d'exhaustivité. Outre l'impossibilité d'une telle ambition – tant l'insécurité juridique irrigue l'ensemble des matières juridiques –, il a été jugé préférable d'insister sur des points spécifiques, dans des domaines particuliers, spécialement concernés par la nécessaire recherche de sécurité juridique. Il s'agira souvent, on le verra, de pointer les dysfonctionnements, de contribuer à une évolution des esprits – **avec toujours, au premier plan, cette volonté que l'impératif de sécurité juridique prime sur les raisons de lui porter atteinte.**

Parmi les différents thèmes qui devaient être l'objet d'une réflexion sur la sécurité juridique et l'initiative économique, la Commission a décidé de porter son attention sur la législation (**Première Partie**), la Cour de cassation (**Deuxième Partie**), le droit fiscal (**Troisième Partie**) et le droit du travail (**Quatrième partie**). Les deux premiers thèmes se caractérisent par leur transversalité : dans toutes les matières, c'est la qualité de la législation et l'action du juge – en l'occurrence celle de la Cour de cassation – qui contribuent à la sécurité juridique. Les deux derniers thèmes se sont eux imposés de façon évidente, tant le droit fiscal et le droit du travail occupent une place importante dans le processus décisionnel des acteurs économiques déjà implantés en France ou désirant y développer une activité. Droit fiscal et droit social étant très régulièrement dénoncés pour leur insécurité, il n'était guère envisageable qu'une réflexion sur la sécurité juridique et l'initiative économique ne consacrat de très substantiels développements à ces deux matières.

Se déroulant sur une période d'environ 18 mois, les travaux de la Commission ont permis la confrontation de points de vue variés, représentatifs de sa composition. Outre les réunions et échanges qui ont ponctué ses travaux, la Commission a eu l'occasion de mener un certain nombre d'auditions¹ afin de nourrir ses propositions. Celles-ci ont d'ailleurs évolué au cours de la période en même temps que l'environnement juridique lui-même. On croisera, chemin faisant, des propositions qui sont dans l'air du temps voire déjà en chantier dans notre législation.

Le présent rapport sera, sous différents aspects, source de discussions et de débats. On voudrait encore, sur bien des points, pouvoir le parfaire et le compléter. La discussion qu'il pourra nourrir sera, espérons-le, de nature à remplir cet office.

1. V. Annexe n° 1, *infra*.

PREMIÈRE PARTIE

LA LÉGISLATION

7. Pour ceux qui sont nés après-guerre, il semble presque fatal de vivre dans la crise de la loi, comme l'on vit désormais dans une période de réchauffement climatique. L'histoire moderne de la loi nous apparaît comme celle d'une décadence inexorable, qu'on ne sait enrayer, voire qu'on ne pourrait enrayer. Depuis plus d'un demi-siècle, la doctrine dénonce ce qu'il faut bien considérer comme un dérèglement de la démocratie. Mais aux côtés d'écrits innombrables s'ajoutent désormais des rapports officiels, des discours publics, des déclarations de personnalités particulièrement bien placées pour évaluer la situation, qui dressent chacun un constat sans appel¹.

En 1991, dans son rapport public consacré à la Sécurité juridique, le Conseil d'État avait pris le parti d'éviter les euphémismes, pour retenir des formules-choc destinées à marquer les esprits. Les formules sont restées : « quand la loi bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite ». Elles permettent de se figurer, mieux que tout discours, les effets d'une loi qui perd sa normativité – c'est la dénonciation du développement du droit « mou », « flou », à « l'état gazeux » –, marquée par l'instabilité – « la loi dont on change à chaque saison, la loi jetable, n'est pas respectable » – et l'inflation – « la multiplication des normes, leurs raffinements byzantins, l'impossibilité où l'on se trouve de pénétrer leurs couches de sédiments successifs, engendrent un sentiment d'angoisse diffuse ; le droit n'apparaît plus comme une protection mais comme une menace ».

Quinze années plus tard, le Rapport annuel du Conseil d'État sur *Sécurité juridique et complexité du droit* devait s'ouvrir sur une citation du rapport de 1991, manière de montrer que rien n'avait véritablement changé. Et pour cause, on retrouve le même constat alarmant, la même dénonciation de l'inflation normative, qui explique que le nombre de pages du Recueil des lois de l'Assemblée nationale soit passé de 433 pages en 1973 à 3 721 pages en 2004². Le changement est surtout dans les conséquences que l'on en déduit. Face au phénomène de mondialisation qui se développe alors et dont on étudie en tous domaines les conséquences, on commence à considérer que la situation nuit à notre économie et à sa compétitivité : « dans de telles conditions, il devient très difficile, parfois impossible, pour l'usager, le citoyen ou l'entreprise de connaître

1. V. not. Les Documents et Travaux du Sénat, *La qualité de la loi*, n° EJ 3, Sénat, 2007 ; Mission d'information commune de l'Assemblée nationale, *L'insoutenable application de la loi*, Assemblée nationale, 1995 ; B. Lasserre, *Pour une meilleure qualité de la réglementation*, La Documentation française, 2004 ; D. Mandelkern, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation*, préc. ; OCDE, *Mieux légiférer en Europe : France*, 2010, J.-L. Warsmann, *La qualité et la simplification du droit*, Assemblée nationale, 2008.

2. Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 265 s.

la loi, et d'organiser ses comportements d'investissement ou de consommation en fonction de celle-ci ».

Huit ans plus tard, le Vice-président du Conseil d'État, M. J.-M. Sauvé, devait à nouveau souligner « l'irrépressible tendance des ministères à produire des rédactions de moins en moins souvent brèves, générales, stables et prescriptives, et de plus en plus longues, techniques, floues, malléables et changeantes »¹ avant de dénoncer ces normes qui « dégradent notre écosystème juridique »² ou de relever ce « désarroi croissant face aux pathologies contemporaines de la production normative ».

Une même permanence se manifeste au sommet de l'État. Au début de son premier mandat présidentiel, M. J. Chirac s'adressait ainsi au Parlement : « En ce qui concerne votre mission législative, je crois utile d'opérer un véritable changement de méthode. Trop de lois tuent la loi. L'une des conquêtes de la République est la publicité de la Loi : les citoyens doivent connaître leurs droits et leurs devoirs. 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 de spécialistes du droit qui font écran entre le citoyen et le droit »³. M. J.-L. Debré, Président de l'Assemblée nationale pouvait à son tour considérer que « nous légiférons trop, beaucoup trop. Et cette frénésie législative s'effectue au détriment de la qualité même de la loi »⁴. En sa qualité de Président du Conseil constitutionnel, il fit à plusieurs reprises le constat selon lequel le « Conseil constitutionnel a en effet aujourd'hui à connaître de lois aussi longues qu'imparfaitement travaillées. Il fait face à des dispositions incohérentes et mal coordonnées. Il examine des textes gonflés d'amendements non soumis à l'analyse du Conseil d'État. Il voit revenir chaque année, notamment en droit fiscal, des modifications récurrentes des mêmes règles. Bref, il subit des bégaiements et des malfaçons législatives qui ne sont pas nouvelles mais sont fort nombreuses »⁵. Très récemment encore, il déplorait la « régularité lassante » ou « l'air de déjà vu » de la « médiocre qualité de la loi »⁶.

8. Les pouvoirs publics comme nombre d'institutions publiques ont évidemment réagi. On connaît les diverses initiatives, de la réforme constitutionnelle de 2008 destinée à rationaliser la production législative, notamment en généralisant les études d'impact pour les projets de loi, aux textes dits de simplification. On ne saurait ainsi considérer que les efforts accomplis sont sans effet. Par exemple,

1. J.-M. Sauvé, Intervention lors du Colloque « L'écriture de la loi » du 12 juin 2014.

2. J.-M. Sauvé, Ouverture du Colloque « L'entreprise et la sécurité juridique » du 21 novembre 2014.

3. Message de J. Chirac, Président de la République, au Parlement à l'occasion de sa prise de fonction, 19 mai 1995.

4. J.-L. Debré, Intervention, in B. Mathieu et M. Verpeaux (dir.), *La réforme du travail législatif*, Les Cahiers constitutionnels de Paris I, Dalloz, 2006.

5. J.-L. Debré, Discours de vœux au Président de la République, 6 janvier 2014.

6. J.-L. Debré, Propos conclusifs, JCP G 2015, supp. n° 14, 30.

concernant le problème essentiel du retard dans l'application des lois, l'amélioration semble notable : jusqu'en 2010, le taux d'application des lois six mois après leur promulgation se situait entre 10 et 35 %, contre environ 65 % pour les années 2011-2012 et 2012-2013. Concernant les lois adoptées au cours de la législature actuelle et qui ont été promulguées il y a plus de six mois, le taux d'application s'établit à 80 %. Comme l'a souligné récemment l'ancien président de la Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois, « un processus positif a donc été engagé tant au niveau du Gouvernement, des ministères et du Secrétariat général du Gouvernement qu'au niveau du Parlement »¹.

De même, on verra plus loin que le travail d'évaluation s'est nettement amélioré depuis la loi organique du 15 avril 2009, qui oblige le Gouvernement à assortir la plupart des projets de loi d'une étude d'impact.

Mais les progrès sont très relatifs. Si le Conseil constitutionnel combat l'absence de normativité de la loi – en censurant les textes « manifestement dépourvus de toute portée normative »² – ou encore son caractère inintelligible et inaccessible, ses interventions restent assurément mesurées. Pourrait-il en aller autrement ? Le Conseil constitutionnel ne saurait faire obstacle à la majeure partie des textes, empêcher la promulgation de la loi de finances, créer une crise de la législation en réponse à la crise de la loi... Quant au Conseil d'État, il n'est pas encore possible de déterminer exactement l'influence qu'il a sur la législation puisque ses avis, jusqu'ici³, n'étaient pas rendus publics. S'agissant des études d'impact, on sait qu'il n'a jusqu'à présent rejeté qu'un seul texte pour absence ou quasi-absence d'étude. Il faut toutefois croire, selon ce qu'indique son Vice-Président, que « beaucoup plus souvent – sur presque chaque texte, à dire vrai –, le Conseil d'État soulève l'insuffisance de l'étude d'impact sur telle ou telle mesure et il demande qu'elle soit complétée avant le dépôt du projet de loi sur le bureau de l'une ou l'autre assemblée. Le Gouvernement tient en règle

1. D. Assouline, *Contrôler et évaluer la loi*, JCP G 2015, supp. n° 14, 26. D. Assouline ajoute : « Je constate toutefois que le taux d'application n'est pas le même pour les textes d'initiative parlementaire, qu'il s'agisse de propositions de loi ou d'amendements déposés sur des projets de loi. Il est de 48 % pour les amendements de l'Assemblée nationale et de 24 % pour ceux du Sénat, alors qu'il se monte à 67 % pour les amendements du Gouvernement. On publie les décrets d'application pour des lois ou les amendements du Gouvernement avec deux fois plus de diligence que pour ceux du Parlement, dont l'initiative est déjà bridée, puisqu'il ne produit qu'un texte sur cinq ».

2. Cons. const., 21 avril 2005, n° 2005-512 DC. On notera que le Conseil constitutionnel a également fait usage de cette solution lors de la censure de la loi relative au génocide arménien (Cons. const., 28 février 2012, n° 2012-547 DC).

3. Lors de ses vœux aux Corps constitués, le 20 janvier 2015, le Président de la République a annoncé que les avis du Conseil d'État seraient à l'avenir publics. La partie de l'avis relative aux études d'impact viendra ainsi utilement éclairer les conférences des Présidents des deux assemblées, qui peuvent s'opposer, en vertu de l'article 39 de la Constitution, à l'inscription d'un texte à l'ordre du jour lorsqu'il ne respecte pas les règles fixées par la loi organique du 15 avril 2009.

générale compte de nos observations, soit avant que le Conseil d'État ne rende son avis final, soit entre cet avis et la délibération du Conseil des ministres »¹.

Aussi, les évolutions à l'œuvre ces dernières années ne remédient que lentement et faiblement aux maux bien connus de la loi – inflation, instabilité, manque de clarté auxquels on ajoute aussi l'absence de normativité².

**J.-M. Sauvé, Ouverture du colloque « L'entreprise et la sécurité juridique »
(21 novembre 2014)**

Le diagnostic est désormais connu, au point d'être devenu un poncif, depuis les rapports consacrés par le Conseil d'État en 1991 et en 2006 à la sécurité juridique. Des normes trop nombreuses, obscures, voire absconses, et des normes surtout trop volatiles et instables, dégradent l'attractivité de notre écosystème juridique. Selon les données établies par le Secrétariat général du Gouvernement, 2 016 lois, 600 ordonnances et 26 198 décrets étaient en vigueur au 31 décembre 2010. L'analyse des flux montre qu'en neutralisant les effets de substitution entre textes anciens et nouveaux, l'augmentation nette du nombre d'articles par loi atteint +8 % chaque année et le nombre de mots +6 %, qu'en outre, au cours des années 2000, en neutralisant l'effet lié aux progrès de la codification, le nombre d'articles par code a augmenté de +17 %, et le nombre de mots s'est accru de +40 %. Bien plus, le nombre de modifications des codes chaque année a régulièrement augmenté, atteignant, par exemple, entre 60 et 80 actualisations par an pour le code général des impôts. Cette situation, non seulement signale une dégradation inquiétante de la qualité des normes dont ont pris conscience les pouvoirs publics, mais elle fait aussi peser sur les entreprises des coûts élevés : comme le soulignait dès 2006 le Conseil d'État, « 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 ».

9. Inflation législative et procéduralisation du droit – Le stock de normes, qui varie d'une étude à l'autre, regroupe, selon le récent rapport de la Mission de lutte contre l'inflation normative, autour de 400 000 normes, dont 10 500 lois et 127 000 décrets.

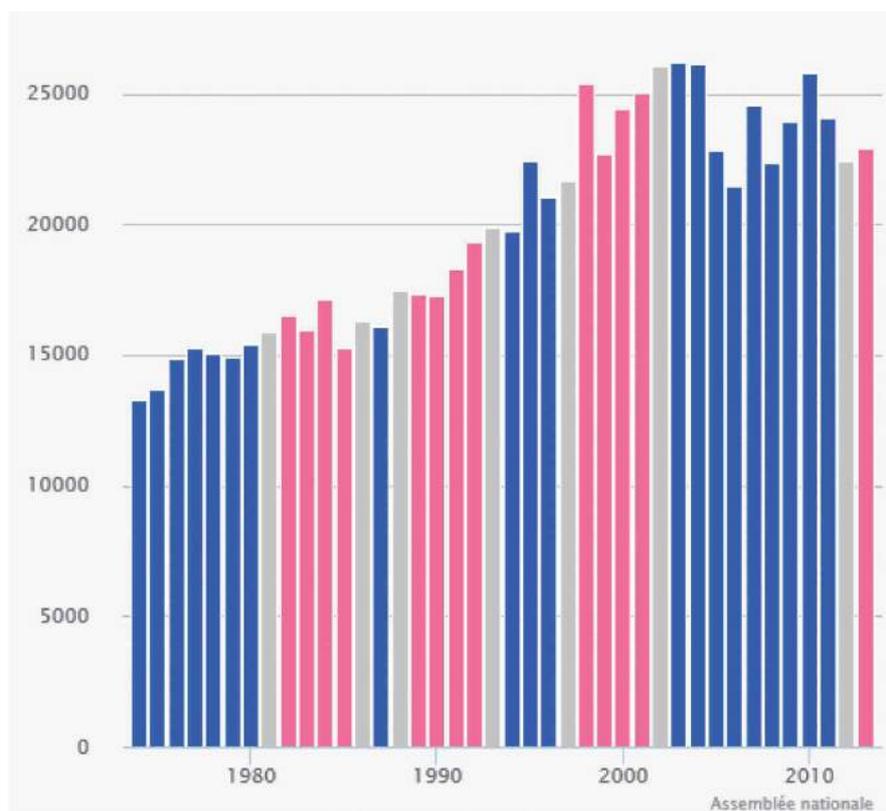
Le flux lui-même ne faiblit pas. L'inflation normative se mesure par pages, mots voire au poids.

Dans une Question publiée au JO le 6 mai 2014 (p. 3618), M. G. Larrivé a ainsi demandé au Premier ministre de lui indiquer le nombre de pages du *Journal Officiel* publiées, chaque année, de 1974 à aujourd'hui. La réponse figure au JO du 13 janvier dernier (p. 161) : le nombre total de pages du *Journal officiel* publiées, depuis 1974 jusqu'au 30 juin 2014, s'élève à 807 406. Le détail, par année, du nombre de pages du *Journal officiel* publiées durant cette période est le suivant :

1. J.-M. Sauvé, Penser et voter la loi, JCP G 2015, supp. n° 14, 10

2. Pour une série d'illustrations, v. P. Albertini, *La crise de la loi*, LexisNexis, 2015, p. 281 s.

Année	1974	1975	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982	1983
Nombre de Pages	13 304	13 672	14 846	15 290	15 048	14 940	15 429	15 857	16 523	15 989
Année	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993
Nombre de Pages	17 128	15 285	16 334	16 126	17 477	17 324	17 245	18 304	19 300	19 881
Année	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Nombre de Pages	19 763	22 436	21 058	21 686	25 383	22 668	24 438	25 048	26 091	26 206
Année	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Nombre de Pages	26 143	22 835	21 476	24 541	22 357	23 969	25 788	24 097	22 426	22 882
Année	2014¹									
Nombre de Pages	10 813									



1. Au 30 juin 2014.

Dans cette situation, bien connue, **l'inflation proprement législative tient aujourd'hui moins au nombre de textes adoptés par le Parlement¹ qu'à leur volume**. Le phénomène est notable ; il conduit souvent à une indigestion du seul fait de la lecture des textes, tant leur longueur est parfois démesurée. Le nombre moyen d'articles contenus dans une loi a presque doublé entre 1990 et 2009².

Longueur des lois publiées en nombre d'articles

Nombre moyen d'articles	1990	1995	2000	2005	2009
Lois ordinaires	16	23	29	34	37
Lois de finances	73	51	74	102	61
Ensemble	22	31	33	39	41

Ainsi, ces dernières années, le nombre d'articles et le nombre de mots par loi se sont accrus respectivement de 8 % et 6 % par an. Certains textes atteignent plusieurs centaines d'articles et de pages.

Le Président du Conseil constitutionnel, M. J.-L. Debré, dont l'institution est particulièrement bien placée pour ressentir le phénomène de grossissement – son délai pour statuer ne s'accroît pas en fonction de la longueur des textes ! – a ainsi stigmatisé récemment **les lois qui peuvent atteindre 169 pages dans le *Journal Officiel*** et dont les très nombreux décrets et arrêtés nécessaires à leur application ne peuvent être adoptés rapidement³.

L'usage parfois irraisonné du droit d'amendement, notamment par le Gouvernement, conduit à augmenter considérablement le volume des textes votés et à diminuer la cohérence des dispositions qu'ils contiennent⁴. La loi du 23 février 2005 sur le développement des territoires ruraux semble à ce titre détenir un record puisque le projet de loi qui comptait 76 articles a terminé le parcours législatif à 240 articles ! De même, la loi dite Grenelle II du 12 juillet 2010 comporte *in fine* 257 articles, soit 153 articles de plus que le texte initial ; la loi du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové compte

1. En moyenne 60 à 70 lois par an, en dehors des lois de ratification d'engagements internationaux.

2. Secrétariat général du Gouvernement, *Lois et règlements en vigueur. Approche statistique*, janvier 2011 (rapport disponible en ligne : http://archives.Gouvernement.fr/fillon_version2/sites/default/files/fichiers_joints/Lois_et_reglements_en_vigueur__statistiques.pdf).

3. J.-L. Debré, Il y a une crise de la loi, préc.

4. Le Secrétariat général du Gouvernement relevait dans son approche statistique de 2011 que pour l'année 2009, « le volume de ces textes a environ doublé au cours de la phase d'adoption parlementaire par rapport au projet initial du Gouvernement (+ 109 % en nombre d'articles et + 87 % en nombre de mots).

177 articles, alors que le projet de loi ne dépassait guère les 85 articles¹. Le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « Loi Macron » en cours de discussion, est également un exemple éloquent : le projet de loi, qui comptait initialement 106 articles comptait plus de 200 articles après son passage en commission ; de 88 pages, le projet de loi est passé à 244 pages ; en première lecture à l'Assemblée nationale, avant le recours à l'article 49-3 de la Constitution, 1 861 amendements ont été déposés en commission et plus de 3 000 amendements l'ont été lors de la séance publique.

Il n'est pas besoin d'insister sur la difficulté d'accès au droit que posent ces textes de longueur démesurée. Certains articles s'étalent sur plusieurs pages du *Journal officiel* ; ils conduisent à eux-seuls à la création ou la modification de plusieurs articles de codes et peuvent ainsi avoir des répercussions considérables et souvent difficiles à mesurer sur le droit positif.

Ces articles, qui semblent avoir été nourris aux hormones, ont en outre des effets multiplicateurs sur les modifications du droit lui-même. Non seulement parce que la loi réclame des textes d'application, mais aussi, et de façon essentielle, parce que la tendance la plus moderne est à la création, par la loi, de procédures et de processus de toutes sortes. Un seul article de loi – l'unité de mesure en quelque sorte – a vocation à entraîner la création ou la mise en branle, dans son sillage, de procédures formelles nombreuses et complexes.

Mieux que toute démonstration, voici ainsi, pris parmi d'autres, l'article 17 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, dite Grenelle II, dont on rappellera qu'elle a compté 257 articles :

**Article 17 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010
portant engagement national pour l'environnement**

I. – Le chapitre II du titre II du livre I^{er} du même code [de l'urbanisme] est ainsi modifié :

1° L'article L. 122-1 est abrogé ;

2° Après l'article L. 122-1, sont rétablis quatre articles L. 122-1-1 à L. 122-1-4 et sont insérés onze articles L. 122-1-5 à L. 122-1-12 et L. 122-1-14 à L. 122-1-16 ainsi rédigés :

« Art. L. 122-1-1. – Le schéma de cohérence territoriale respecte les principes énoncés aux articles L. 110 et L. 121-1. Il comprend un rapport de présentation, un projet d'aménagement et de développement durables et un document d'orientation et d'objectifs. Chacun de ces éléments peut comprendre un ou plusieurs documents graphiques.

« Art. L. 122-1-2. – Le rapport de présentation explique les choix retenus pour établir le projet d'aménagement et de développement durables et le document d'orientation et d'objectifs en s'appuyant sur un diagnostic établi au regard des prévisions économiques et démographiques et des besoins répertoriés en matière de développement économique,

1. J.-M. Sauvé, Penser et voter la loi, préc.

d'aménagement de l'espace, d'environnement, d'équilibre social de l'habitat, de transports, d'équipements et de services.

« Il présente une analyse de la consommation d'espaces naturels, agricoles et forestiers au cours des dix années précédant l'approbation du schéma et justifie les objectifs chiffrés de limitation de cette consommation compris dans le document d'orientation et d'objectifs.

« Il décrit l'articulation du schéma avec les documents mentionnés aux articles L. 122-1-12 et L. 122-1-13, avec lesquels il doit être compatible ou qu'il doit prendre en compte.

« Art. L. 122-1-3.-Le projet d'aménagement et de développement durables fixe les objectifs des politiques publiques d'urbanisme, du logement, des transports et des déplacements, d'implantation commerciale, d'équipements structurants, de développement économique, touristique et culturel, de développement des communications électroniques, de protection et de mise en valeur des espaces naturels, agricoles et forestiers et des paysages, de préservation des ressources naturelles, de lutte contre l'étalement urbain, de préservation et de remise en bon état des continuités écologiques.

« Lorsque le périmètre d'un schéma de cohérence territoriale recouvre en tout ou partie celui d'un pays ayant fait l'objet d'une publication par arrêté préfectoral, le projet d'aménagement et de développement durables du schéma de cohérence territoriale prend en compte la charte de développement du pays.

« Art. L. 122-1-4.-Dans le respect des orientations définies par le projet d'aménagement et de développement durables, le document d'orientation et d'objectifs détermine les orientations générales de l'organisation de l'espace et les grands équilibres entre les espaces urbains et à urbaniser et les espaces ruraux, naturels, agricoles et forestiers. Il définit les conditions d'un développement urbain maîtrisé et les principes de restructuration des espaces urbanisés, de revitalisation des centres urbains et ruraux, de mise en valeur des entrées de ville, de valorisation des paysages et de prévention des risques.

« Art. L. 122-1-5.-I. – Le document d'orientation et d'objectifs définit les objectifs et les principes de la politique de l'urbanisme et de l'aménagement.

« Il détermine les conditions d'un développement équilibré dans l'espace rural entre l'habitat, l'activité économique et artisanale, et la préservation des sites naturels, agricoles et forestiers.

« II. – Il détermine les espaces et sites naturels, agricoles, forestiers ou urbains à protéger. Il peut en définir la localisation ou la délimitation.

« Il précise les modalités de protection des espaces nécessaires au maintien de la biodiversité et à la préservation ou à la remise en bon état des continuités écologiques.

« Il arrête des objectifs chiffrés de consommation économe de l'espace et de lutte contre l'étalement urbain, qui peuvent être ventilés par secteur géographique.

« III. – Il précise les conditions permettant de favoriser le développement de l'urbanisation prioritaire dans les secteurs desservis par les transports collectifs ainsi que celles permettant le désenclavement par transport collectif des secteurs urbanisés qui le nécessitent.

« Il peut déterminer des secteurs dans lesquels l'ouverture de nouvelles zones à l'urbanisation est subordonnée à leur desserte par les transports collectifs.

« IV. – Pour la réalisation des objectifs définis à l'article L. 122-1-4, il peut, en fonction des circonstances locales, imposer préalablement à toute ouverture à l'urbanisation d'un secteur nouveau :

« 1° L'utilisation de terrains situés en zone urbanisée et desservis par les équipements mentionnés à l'article L. 111-4 ;

« 2° La réalisation d'une étude d'impact prévue par l'article L. 122-1 du code de l'environnement ;

« 3° La réalisation d'une étude de densification des zones déjà urbanisées.

« V. – Il peut définir des secteurs dans lesquels l'ouverture de nouvelles zones à l'urbanisation est subordonnée à l'obligation pour les constructions, travaux, installations et aménagements de respecter :

« 1° Soit des performances énergétiques et environnementales renforcées ;

« 2° Soit des critères de qualité renforcés en matière d'infrastructures et réseaux de communications électroniques.

« VI. – Il définit les grands projets d'équipements et de services.

« VII. – Il peut également définir des objectifs à atteindre en matière de maintien ou de création d'espaces verts dans les zones faisant l'objet d'une ouverture à l'urbanisation.

« VIII. – Dans des secteurs qu'il délimite en prenant en compte leur desserte par les transports collectifs, l'existence d'équipements collectifs et des protections environnementales ou agricoles, il peut déterminer la valeur au-dessous de laquelle ne peut être fixée la densité maximale de construction résultant de l'application de l'ensemble des règles définies par le plan local d'urbanisme ou du document en tenant lieu.

« Dans ces secteurs, les règles des plans locaux d'urbanisme et des documents d'urbanisme en tenant lieu qui seraient contraires aux normes minimales de hauteur, d'emprise au sol et d'occupation des sols fixées par le document d'orientation et d'objectifs cessent de s'appliquer passé un délai de vingt-quatre mois à compter de la publication du schéma, de sa révision ou de sa modification.

« Passé ce délai, le permis de construire, d'aménager ou de démolir ne peut être refusé et les projets faisant l'objet d'une déclaration préalable ne peuvent faire l'objet d'une opposition sur le fondement d'une règle contraire aux normes minimales fixées par le schéma de cohérence territoriale ou le schéma de secteur.

« IX. Le document d'orientation et d'objectifs peut, sous réserve d'une justification particulière, définir des secteurs, situés à proximité des transports collectifs existants ou programmés, dans lesquels les plans locaux d'urbanisme doivent imposer une densité minimale de construction.

« Art. L. 122-1-6.-Le document d'orientation et d'objectifs peut, par secteur, définir des normes de qualité urbaine, architecturale et paysagère applicables en l'absence de plan local d'urbanisme ou de document d'urbanisme en tenant lieu.

« Art. L. 122-1-7.-Le document d'orientation et d'objectifs définit les objectifs et les principes de la politique de l'habitat au regard, notamment, de la mixité sociale, en prenant en compte l'évolution démographique et économique et les projets d'équipements et de dessertes en transports collectifs. Il précise :

« 1° Les objectifs d'offre de nouveaux logements, répartis, le cas échéant, entre les établissements publics de coopération intercommunale ou par commune ;

« 2° Les objectifs de la politique d'amélioration et de la réhabilitation du parc de logements existant public ou privé.

« Art. L. 122-1-8.-Le document d'orientation et d'objectifs définit les grandes orientations de la politique des transports et de déplacements. Il définit les grands projets d'équipements et de dessertes par les transports collectifs.

« Il peut préciser, en fonction de la desserte en transports publics réguliers et, le cas échéant, en tenant compte de la destination des bâtiments :

« 1° Les obligations minimales ou maximales de réalisation d'aires de stationnement pour les véhicules motorisés que les plans locaux d'urbanisme et les documents d'urbanisme en tenant lieu doivent imposer ;

« 2° Les obligations minimales de réalisation d'aires de stationnement pour les véhicules non motorisés que les plans locaux d'urbanisme et les documents d'urbanisme en tenant lieu doivent imposer.

« Les trois alinéas précédents ne sont pas applicables dans les territoires couverts par un plan local d'urbanisme comprenant un plan de déplacements urbains.

« Art. L. 122-1-9.-Le document d'orientation et d'objectifs précise les objectifs relatifs à l'équipement commercial et artisanal et aux localisations préférentielles des commerces afin de répondre aux exigences d'aménagement du territoire, notamment en matière de revitalisation des centres-villes, de cohérence entre équipements commerciaux, desserte en transports, notamment collectifs, et maîtrise des flux de marchandises, de consommation économe de l'espace et de protection de l'environnement, des paysages, de l'architecture et du patrimoine bâti. Il comprend un document d'aménagement commercial défini dans les conditions prévues au II de l'article L. 752-1 du code de commerce, qui délimite des zones d'aménagement commercial en prenant en compte ces exigences d'aménagement du territoire. Dans ces zones, il peut prévoir que l'implantation d'équipements commerciaux est subordonnée au respect de conditions qu'il fixe et qui portent, notamment, sur la desserte par les transports collectifs, les conditions de stationnement, les conditions de livraison des marchandises et le respect de normes environnementales, dès lors que ces équipements, du fait de leur importance, sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'organisation du territoire.

« Art. L. 122-1-10.-En zone de montagne, le document d'orientation et d'objectifs définit :

« 1° La localisation, la consistance et la capacité globale d'accueil et d'équipement des unités touristiques nouvelles mentionnées au I de l'article L. 145-11 ;

« 2° Les principes d'implantation et la nature des unités touristiques nouvelles mentionnées au II du même article L. 145-11.

« Art. L. 122-1-11.-Lorsqu'ils comprennent une ou des communes littorales, les schémas de cohérence territoriale peuvent comporter un chapitre individualisé valant schéma de mise en valeur de la mer tel que défini par l'article 57 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, à condition que celui-ci ait été approuvé selon les modalités définies au présent chapitre.

« Art. L. 122-1-12.-Les schémas de cohérence territoriale prennent en compte :

- « – les programmes d'équipement de l'État, des collectivités territoriales et des établissements et services publics ;
- « – les schémas régionaux de cohérence écologique et les plans climat-énergie territoriaux lorsqu'ils existent.

« Ils sont compatibles avec :

- « – les directives de protection et de mise en valeur des paysages ;
- « – les chartes des parcs naturels régionaux et des parcs nationaux ;
- « – les orientations fondamentales d'une gestion équilibrée de la ressource en eau et les objectifs de qualité et de quantité des eaux définis par les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux en application de l'article L. 212-1 du code de l'environnement ;
- « – les objectifs de protection définis par les schémas d'aménagement et de gestion des eaux en application de l'article L. 212-3 du même code.

« Lorsqu'un de ces documents est approuvé après l'approbation d'un schéma de cohérence territoriale, ce dernier est, si nécessaire, rendu compatible dans un délai de trois ans.

« Art. L. 122-1-14.-Pour leur exécution, les schémas de cohérence territoriale peuvent être complétés en certaines de leurs parties par des schémas de secteur qui en détaillent et en précisent le contenu.

« Art. L. 122-1-15.-Les programmes locaux de l'habitat, les plans de déplacements urbains, les schémas de développement commercial, les plans locaux d'urbanisme, les plans de sauvegarde et de mise en valeur, les cartes communales, la délimitation des périmètres d'intervention prévus à l'article L. 143-1, les opérations foncières et les opérations d'aménagement définies par décret en Conseil d'État sont compatibles avec le document d'orientation et d'objectifs des schémas de cohérence territoriale et les schémas de secteur. Il en est de même pour les autorisations prévues par l'article L. 752-1 du code de commerce et l'article L. 212-7 du code du cinéma et de l'image animée.

« Lorsqu'un schéma de cohérence territoriale est approuvé après l'approbation d'un programme local de l'habitat ou d'un plan de déplacements urbains, ces derniers sont, le cas échéant, rendus compatibles dans un délai de trois ans.

« Art. L. 122-1-16.-Dans un délai de trois mois suivant l'approbation du schéma de cohérence territoriale, l'établissement public prévu à l'article L. 122-4 transmet à chaque commune comprise dans son périmètre le document d'orientation et d'objectifs. » ;

3° L'article L. 122-2 est ainsi modifié :

a) Le premier alinéa est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

- « Dans les conditions précisées au présent article, dans les communes qui ne sont pas couvertes par un schéma de cohérence territoriale applicable, le plan local d'urbanisme ne peut être modifié ou révisé en vue d'ouvrir à l'urbanisation une zone à urbaniser délimitée après le 1^{er} juillet 2002 ou une zone naturelle.
- « Jusqu'au 31 décembre 2012, le premier alinéa s'applique dans les communes situées à moins de quinze kilomètres du rivage de la mer ou à moins de quinze kilomètres de

la périphérie d'une agglomération de plus de 50 000 habitants au sens du recensement général de la population. À compter du 1^{er} janvier 2013 et jusqu'au 31 décembre 2016, il s'applique dans les communes situées à moins de quinze kilomètres du rivage de la mer ou à moins de quinze kilomètres de la périphérie d'une agglomération de plus de 15 000 habitants au sens du recensement général de la population. À compter du 1^{er} janvier 2017, il s'applique dans toutes les communes. » ;

b) Au début du deuxième alinéa, les mots : « Dans les communes mentionnées au » sont remplacés par les mots : « Dans les communes où s'applique le » ;

c) La première phrase du troisième alinéa est ainsi rédigée :

« Il peut être dérogé aux dispositions des trois alinéas précédents soit avec l'accord du préfet donné après avis de la Commission départementale compétente en matière de nature, de paysages et de sites et de la chambre d'agriculture, soit, jusqu'au 31 décembre 2016, lorsque le périmètre d'un schéma de cohérence territoriale incluant la commune a été arrêté, avec l'accord de l'établissement public prévu à l'article L. 122-4. » ;

d) Le quatrième alinéa est complété par les mots : « jusqu'au 31 décembre 2012, ou de plus de 15 000 habitants du 1^{er} janvier 2013 au 31 décembre 2016 » ;

e) Le dernier alinéa est supprimé ;

4° Après l'article L. 122-4-1, il est inséré un article L. 122-4-2 ainsi rédigé :

« Art. L. 122-4-2.-Les syndicats mixtes prévus à l'article L. 122-4 du présent code dont au moins deux des membres sont autorités organisatrices des transports urbains au sens de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs peuvent exercer la compétence prévue à l'article 30-1 de la même loi. » ;

5° Après l'article L. 122-5, sont insérés trois articles L. 122-5-1 à L. 122-5-3 ainsi rédigés :

« Art. L. 122-5-1.-Lorsque le préfet constate, notamment du fait d'un nombre important de demandes de dérogation émises sur le fondement du quatrième alinéa de l'article L. 122-2, que l'absence de schéma de cohérence territoriale nuit gravement à la cohérence des politiques publiques d'urbanisme, d'habitat, de développement économique, de développement rural, de transports et de déplacements et de protection des espaces naturels, agricoles et forestiers, ou à la préservation et à la remise en bon état des continuités écologiques ou conduit à une consommation excessive de l'espace, ou que le périmètre d'un schéma de cohérence territoriale ne permet pas d'atteindre les objectifs définis au premier alinéa du IV de l'article L. 122-3, il demande aux établissements publics de coopération intercommunale compétents en matière de schéma de cohérence territoriale ou aux établissements publics prévus à l'article L. 122-4 et aux communes non membres d'un tel établissement, susceptibles d'être concernés :

« 1° Soit de déterminer un périmètre de schéma de cohérence territoriale ;

« 2° Soit de délibérer sur l'extension d'un périmètre existant.

« Si les établissements publics de coopération intercommunale et les communes, dans les conditions fixées par le III de l'article L. 122-3, n'ont pas, dans un délai de six mois à compter de la réception de la lettre du préfet, proposé, selon les cas, la délimitation d'un périmètre de schéma de cohérence territoriale permettant d'atteindre les objectifs

définis au premier alinéa du IV du même article ou l'extension du périmètre existant, le préfet arrête, après avis de la Commission départementale de la coopération intercommunale prévue par l'article L. 5211-42 du code général des collectivités territoriales, un projet de périmètre.

« Cet arrêté dresse la liste des établissements publics de coopération intercommunale et des communes concernés.

« Art. L. 122-5-2.-À compter de la notification de l'arrêté prévu à l'article L. 122-5-1, l'organe délibérant de chaque établissement public de coopération intercommunale et le conseil municipal de chaque commune concernée disposent d'un délai de trois mois pour se prononcer. À défaut de délibération dans ce délai, celle-ci est réputée favorable.

« À l'issue du délai de trois mois prévu au premier alinéa, le périmètre peut être délimité ou étendu par arrêté du préfet, avec l'accord des établissements publics de coopération intercommunale compétents et des communes concernés. Cet accord doit être exprimé dans les conditions de majorité définies au III de l'article L. 122-3.

« Le même arrêté :

« 1° En cas de délimitation d'un nouveau périmètre de schéma de cohérence territoriale, crée l'établissement public chargé de son élaboration et de son approbation prévu à l'article L. 122-4 ;

« 2° En cas d'extension d'un périmètre de schéma de cohérence territoriale existant, étend le périmètre de l'établissement public chargé de son suivi prévu à l'article L. 122-4.

« Art. L. 122-5-3.-Tout établissement public prévu à l'article L. 122-4 et tout établissement public de coopération intercommunale compétent en matière de schéma de cohérence territoriale peuvent proposer au préfet d'engager la procédure prévue à l'article L. 122-5-1 en vue de l'extension du périmètre de son schéma de cohérence territoriale.

« Dans ce cas, la proposition précise le nom des communes concernées.

« Le préfet dispose d'un délai de trois mois à compter de la réception de la proposition pour répondre. Il motive son refus d'engager la procédure.

« Le préfet n'est pas tenu par la liste des communes établie par l'établissement public à l'initiative de la proposition. » ;

6° L'article L. 122-7 est ainsi modifié :

a) Au deuxième alinéa, après les mots : « d'urbanisme », sont insérés les mots : « du syndicat mixte de transport créé en application de l'article 30-1 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 précitée, s'il existe, » ;

b) Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« Si le représentant de l'ensemble des organismes mentionnés à l'article L. 411-2 du code de la construction et de l'habitation, propriétaires ou gestionnaires de logements situés dans le périmètre du schéma de cohérence territoriale, en fait la demande, le président de l'établissement public lui notifie le projet de schéma afin de recueillir son avis. Cet avis est réputé favorable s'il n'a pas été rendu par écrit dans un délai de deux mois. » ;

7° À l'article L. 122-8, les mots : « mentionné à l'article L. 122-1 » sont remplacés par les mots : « durables mentionné à l'article L. 122-1-3 » ;

8° À l'article L. 122-8-1, la référence : « L. 122-1 » est remplacée par la référence : « L. 122-1-1 » ;

9° À la seconde phrase du troisième alinéa de l'article L. 122-11, les mots : « ou compromettent gravement les principes énoncés aux articles L. 110 et L. 121-1 » sont remplacés par les mots : « compromettent gravement les principes énoncés aux articles L. 110 et L. 121-1, sont contraires à un projet d'intérêt général, autorisent une consommation excessive de l'espace, notamment en ne prévoyant pas la densification des secteurs desservis par les transports ou les équipements collectifs, ou ne prennent pas suffisamment en compte les enjeux relatifs à la préservation ou à la remise en bon état des continuités écologiques » ;

10° L'article L. 122-13 est ainsi modifié :

a) Après le mot : « développement », la fin de la première phrase du dernier alinéa est ainsi rédigée : « durables définie à l'article L. 122-1-3. » ;

b) Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsque la modification ne concerne qu'un ou plusieurs établissements publics de coopération intercommunale compétents en matière de schéma de cohérence territoriale ou qu'une ou plusieurs communes non membres d'un tel établissement public, l'enquête publique peut n'être organisée que sur le territoire de ces établissements publics ou de ces communes. » ;

11° La première phrase de l'article L. 122-14 est remplacée par deux phrases ainsi rédigées :

« Au plus tard à l'expiration d'un délai de six ans à compter de la délibération portant approbation du schéma de cohérence territoriale, de la dernière délibération portant révision complète de ce schéma ou de la délibération ayant décidé son maintien en vigueur en application du présent article, l'établissement public prévu à l'article L. 122-4 procède à une analyse des résultats de l'application du schéma en matière d'environnement, de transports et de déplacements, de maîtrise de la consommation d'espace et d'implantation commerciale, et délibère sur son maintien en vigueur ou sur sa révision partielle ou complète. Cette analyse est communiquée au public et à l'autorité administrative compétente en matière d'environnement mentionnée à l'article L. 121-12 » ;

12° Après l'article L. 122-15, il est inséré un article L. 122-15-1 ainsi rédigé :

« Art. L. 122-15-1.-Lorsque le schéma de cohérence territoriale doit être révisé ou modifié pour être rendu compatible, dans les conditions prévues à l'article L. 111-1-1, avec les dispositions particulières aux zones de montagne et au littoral, ou pour permettre la réalisation d'un nouveau projet d'intérêt général, le préfet en informe l'établissement public prévu aux articles L. 122-4 ou L. 122-4-1.

« Dans un délai de trois mois, l'établissement public fait connaître au préfet s'il entend opérer la révision ou la modification nécessaire. Dans la négative ou à défaut de réponse dans ce délai, le préfet peut engager et approuver, après avis de l'organe délibérant de l'établissement public et enquête publique réalisée conformément au chapitre III du titre II du livre Ier du code de l'environnement, la révision ou la

modification du schéma. Il en est de même si l'intention exprimée de l'établissement public de procéder à la révision ou à la modification n'est pas suivie, dans un délai de vingt-quatre mois à compter de la notification initiale du préfet, d'une délibération approuvant le projet correspondant. » ;

13° À la première phrase de l'article L. 122-16, la référence : « au dernier alinéa de l'article L. 122-1 » est remplacée par la référence : « à l'article L. 122-1-15 » ;

14° L'article L. 122-17 est complété par une phrase ainsi rédigée :

« L'enquête publique est organisée dans les seules communes comprises dans le périmètre du schéma de secteur. » ;

15° L'article L. 122-18 est ainsi modifié :

a) Le deuxième alinéa est complété par une phrase ainsi rédigée :

« Toutefois, si l'établissement public compétent a tenu le débat mentionné au premier alinéa de l'article L. 122-8 avant cette date, le schéma directeur devient caduc le 1^{er} janvier 2013 si le schéma de cohérence territoriale n'a pas été approuvé. » ;

b) Après le mot : « précitée », la fin du quatrième alinéa est supprimée ;

c) L'avant-dernier alinéa est supprimé ;

16° Au dernier alinéa de l'article L. 150-1, la référence : « L. 122-1 » est remplacée par la référence : « L. 122-1-12 ».

II. – Dans un délai de six mois suivant la publication de la présente loi, les syndicats mixtes mentionnés à l'article L. 122-4-2 du code de l'urbanisme révisent leurs statuts, le cas échéant.

III. – À la deuxième phrase du premier alinéa de l'article 28-2 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, après les mots : « d'un réseau routier », sont insérés les mots : « et, le cas échéant, le président de l'établissement public prévu à l'article L. 122-4 du code de l'urbanisme ».

IV. – Au deuxième alinéa de l'article L. 302-2 du code de la construction et de l'habitation, après le mot : « État », sont insérés les mots : « le cas échéant, le président de l'établissement public prévu à l'article L. 122-4 du code de l'urbanisme ».

V. – À l'article L. 212-12 du code du cinéma et de l'image animée, la référence : « L. 122-1 » est remplacée par la référence : « L. 122-1-15 ».

VI. – Au deuxième alinéa de l'article L. 24-1 du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, la référence : « L. 122-1, » est supprimée.

VII. – Au quatrième alinéa de l'article 57 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, la référence : « L. 122-1, » est remplacée par la référence : « L. 122-1-11 ».

VIII. – Le présent article entre en vigueur six mois après la publication de la présente loi, le cas échéant après son intégration à droit constant dans une nouvelle rédaction du livre Ier du code de l'urbanisme à laquelle il pourra être procédé en application de l'article 25 de la présente loi.

Toutefois, les dispositions antérieurement applicables continuent de s'appliquer lorsqu'un schéma de cohérence territoriale est en cours d'élaboration ou de révision et que le projet de schéma a été arrêté par l'organe délibérant de l'établissement public de coopération intercommunale avant la date prévue à l'alinéa précédent ».

Si l'on compte bien, ce seul article, dont on admettra aisément qu'il est d'une lecture parfaitement indigeste, abroge plusieurs dispositions existantes, « rétablit » 4 articles, en crée 16 nouveaux et en modifie 15 existants. Avec un article de loi, une quarantaine de dispositions se trouvent affectées. Combien de milliers alors pour une loi qui compte plus de 250 articles ?

Surtout, cet article – ceux qui l'auront lu en entier pourront s'en rendre compte – prévoit plusieurs procédures propres à l'élaboration des divers documents d'urbanisme qu'il régit, notamment les schémas de cohérence territoriale (mais aussi les schémas de secteur), qui eux-mêmes se composent d'un rapport de présentation, d'un projet d'aménagement et de développement durables et d'un document d'orientation et d'objectifs, lesquels sont ainsi définis et détaillés par l'article 17 précité. De même, l'article prévoit l'agencement de ces schémas et rapports avec des documents existants – plan local d'urbanisme (PLU), programme local de l'habitat ou d'un plan de déplacements urbains, charte de développement du pays, etc. –, il implique la révision des statuts des syndicats mixtes constitués des communes et établissements publics de coopération intercommunale compétents compris dans le périmètre du schéma, il instaure une procédure après avis de la Commission départementale de la coopération intercommunale, il accorde des prérogatives au préfet, qui pourra notamment prendre des arrêtés (pour le projet de périmètre visé au texte), il envisage la délibération de différents organismes, prévoit l'avis d'organes délibérants, etc. Bref, **il est à lui-même le déclencheur de dizaines de modifications et de procédures nouvelles.**

Dans le même temps, il prévoit des exceptions aux règles qu'il pose, et par suite des procédures spéciales en cas de dérogation, ainsi que l'aménagement dans le temps – mais aussi dans l'espace ici – des règles et procédures mises en place. Par exemple, il énonce que :

« 3° L'article L. 122-2 est ainsi modifié :

a) Le premier alinéa est remplacé par deux alinéas ainsi rédigés :

« Dans les conditions précisées au présent article, dans les communes qui ne sont pas couvertes par un schéma de cohérence territoriale applicable, le plan local d'urbanisme ne peut être modifié ou révisé en vue d'ouvrir à l'urbanisation une zone à urbaniser délimitée après le 1^{er} juillet 2002 ou une zone naturelle.

« Jusqu'au 31 décembre 2012, le premier alinéa s'applique dans les communes situées à moins de quinze kilomètres du rivage de la mer ou à moins de quinze kilomètres de la périphérie d'une agglomération de plus de 50 000 habitants au sens du recensement général de la population. À compter du 1^{er} janvier 2013 et jusqu'au 31 décembre 2016, il s'applique dans les communes situées à moins de quinze kilomètres du rivage de la mer ou à moins de quinze kilomètres de la périphérie d'une agglomération de plus de 15 000 habitants au sens du recensement général de la population. À compter du 1^{er} janvier 2017, il s'applique dans toutes les communes ».

Une telle disposition reflète de façon assez caractéristique – elle n'a rien d'exceptionnel –, ce que signifie l'allongement des articles de loi dans notre législation

contemporaine : on ne se trouve pas en présence de dispositions simplement plus longues ; **on est en présence d'arsenaux entiers, qui sont le signe d'une formalisation névrotique des procédures, dans laquelle Max Weber aurait vu l'aboutissement de la rationalisation formelle du droit moderne.** Il faudrait un livre entier pour expliquer comment on a pu en arriver là, et de quelle manière une législation aussi formaliste peut ainsi s'élaborer, et consacrer des procédures de plus en plus lourdes. Comment expliquer que la lecture d'un seul article de loi devienne insupportable et, pour tout dire, quasiment impossible ? Lequel des lecteurs qui nous accompagne ici a-t-il réussi à lire l'article 17 dans l'encadré précédent ?

10. Instabilité normative et réforme permanente – Mais ce n'est pas tout. **L'inflation juridique est une chose, le taux de rotation des textes, en quelque sorte leur espérance de vie, en est une autre. À ce titre, la modification permanente de certains domaines du droit est sans doute le pire des maux.** Il est certes difficile de mesurer l'instabilité normative ; le constat en a déjà été dressé par le Secrétariat du Gouvernement qui indiquait devoir mettre en place un indicateur permettant une telle mesure. Le SGG concluait toutefois qu'en « cumulant le nombre des mises à jour des codes, une tendance à l'accroissement de cette instabilité semble se dégager nettement »¹.

Sous cet aspect, certaines matières sont, on le sait, plus exposées que d'autres. Le Conseil d'État décrivait ainsi le droit fiscal et le droit social comme des « stroboscopes législatifs » permanents². La législation sur la durée du travail suffirait à elle-seule à illustrer le phénomène. Le Conseil d'État pouvait, en 2006, souligner qu'elle fut modifiée par huit lois ou ordonnances en moins de douze mois. Les matières à rotation rapide sont celles à forte densité politique et économique. Les pouvoirs publics en prônent la réforme quasi-permanente dans la croyance que les changements législatifs transformeront le plomb en or.

11. Sur le chemin de l'étouffement normatif – Les machines des légistes, qui ne savent pas encore évaluer l'instabilité normative, pourront-elles un jour mesurer le taux de droit dans l'air que l'on respire³ ? Trop de lois, trop de droit et évidemment trop de juristes : voilà ce que notre panjuridisme contemporain nous impose. « Pourquoi le progrès se traduit-il, dans une société, par un accroissement de la quantité globale du droit ? » s'interrogeait Jean Carbonnier⁴ : « À cause de la division du travail social, laquelle, en s'intensifiant, multiplie les relations entre les hommes, donc les rapports de droit ». Ce sont les thèses des sociologues du droit (Durkheim et Duguit). Jean Carbonnier ajoutait qu'à l'heure actuelle, c'est le progrès technique et économique qui justifie l'inflation du droit : « il semble que le droit, de plus en plus de droit, soit tout à la fois le moyen nécessaire et le résultat inéluctable du développement ».

1. Secrétariat général du Gouvernement, *Lois et règlements en vigueur. Approche statistique*, préc.

2. Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, préc.

3. « Laissez-nous respirer ! » titre Le Point, 31 juillet 2014 : Normes, formulaires, guichets. Le palmarès des réglementations absurdes.

4. J. Carbonnier, *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 44.

Mais il y a aujourd'hui plus. Trois séries de facteurs viennent montrer le dérèglement normatif et expliquer l'interventionnisme législatif chronique.

➤ Le premier tient à l'emprise du fait sur le droit. On rangera dans ce mouvement toutes les hypothèses dans lesquelles **le réflexe législatif se déclenche sous l'emprise des seules circonstances** : ce sont les hypothèses dans lesquelles la conjoncture voire des événements ponctuels guident la loi. Celle-ci est alors conçue comme une manière de régler des problèmes plus que de prévenir des situations. Elle est un instrument de gestion des crises, une réponse à l'émotion et à la colère, un outil de navigation à vue. « Tout sujet au 20 heures est devenu virtuellement une loi », dénonçait de cette phrase fameuse Guy Carcassonne, qui ajoutait que la loi est devenue « une réponse, à défaut d'être une solution ». On reviendra plus loin sur cette croyance affichée dans les vertus de la loi. Qu'il suffise ici de comprendre que **la loi réactive, celle qui court après les faits, est nécessairement en retard.**

➤ Le deuxième tient à **l'essor des revendications de toutes sortes, ce que l'on peut dénommer l'appel à la loi.** Que cet appel soit le signe des revendications communautaristes, qu'il exprime l'essor sans précédent des droits subjectifs et par suite des demandes de droits et donc de bienfaits législatifs, ou qu'il revienne à montrer combien la règle juridique est devenue le mode de régulation par excellence des rapports sociaux, il consiste à solliciter sans cesse davantage la loi. Pierre Kropotkine, anarchiste libertaire, exprimait il y a plus d'un siècle – évidemment pour la dénoncer – cette manière du citoyen de s'en remettre à la loi.

P. Kropotkine, *La loi et l'autorité* (1892)

« Quand l'ignorance est au sein des sociétés et le désordre dans les esprits, les lois deviennent nombreuses. Les hommes attendent tout de la législation, et chaque loi nouvelle étant un nouveau mécompte, ils sont portés à lui demander sans cesse ce qui ne peut venir que d'eux-mêmes, de leur éducation, de l'état de leurs mœurs ». – Ce n'est pourtant pas un révolutionnaire qui dit cela, pas même un réformateur. C'est un juriste, Dalloz, l'auteur du recueil des lois françaises, connu sous le nom de Répertoire de la Législation. Et cependant ces lignes, quoique écrites par un homme qui était lui-même un législateur et un admirateur des lois, représentent parfaitement l'état anormal de nos sociétés.

Dans les États actuels une loi nouvelle est considérée comme un remède à tous les maux. Au lieu de changer soi-même ce qui est mauvais, on commence par demander une loi qui le change. La route entre deux villages est-elle impraticable, le paysan dit qu'il faudrait une loi sur les routes vicinales. Le garde-champêtre a-t-il insulté quelqu'un, en profitant de la platitude de ceux qui l'entourent de leur respect : – « Il faudrait une loi, dit l'insulté, qui prescrivît aux gardes-champêtres d'être un peu plus polis ». Le commerce, l'agriculture ne marchent pas ? – « C'est une loi protectrice qu'il nous faut ! » ainsi raisonnent le laboureur, l'éleveur de bétail, le spéculateur en blés, il n'y a pas jusqu'au revendeur de loques qui ne demande une loi pour son petit commerce. [...] Bref, partout une loi ! une loi sur les rentes, une loi sur les modes, une loi sur les chiens enragés, une loi sur la vertu, une loi pour opposer une digue à tous les vices, à tous les maux qui ne sont que le résultat de l'indolence et de la lâcheté humaine.

➤ En miroir, lui répond un troisième facteur, sans doute encore plus grave, car il révèle un mal plus profond, lié à un **changement même dans la prétention de la loi**. Dans la perspective universaliste des Lumières, l'individu est saisi de façon abstraite, désincarnée. Ce ne sont pas ses besoins matériels, sa situation personnelle, et donc sa vie quotidienne qui importent ; il est le sujet et l'objet de la loi parce qu'il est homme et ses droits sont fonction de cette appartenance à l'humanité. L'approche moderne, qui s'érige avec l'émergence de l'État-providence, se préoccupe de l'homme en situation. Dès lors, l'État se fait interventionniste. Comme l'écrit si justement Mme D. Schnapper, « l'État-providence contemporain s'inscrit dans l'histoire d'un État d'intervention, dont la fonction première et la légitimité étaient d'assurer la sécurité des membres de la société »¹.

➤ Dans cette approche subjectiviste, l'épanouissement individuel passe par la loi. Ce n'est pas l'absence de droit qui est érigée en condition du bonheur ; c'est au contraire sa sollicitude sans cesse croissante. L'individu a besoin d'être protégé : contre les dangers de la vie en société, contre les autres, mais aussi contre lui-même. **La loi prétend savoir plus que quiconque et plus que chacun, ce qui permet l'épanouissement individuel**. C'est dans cette croyance qu'elle tire sa légitimité interventionniste. Le législateur croit en la loi, considérée elle-même comme un bienfait. **L'État a choisi de prendre en main l'individu pour être le garant de son émancipation. En charge du développement individuel, du bien-être, de la sécurité et des aspirations les plus diverses des individus, il y puise une légitimité à venir s'introduire jusque dans les replis de leur vie intime**.

C'est l'État qui est ainsi en charge de définir ce qui est bien pour l'individu et entend se substituer à ses choix. « Que l'Europe se mêle de ce qui la regarde », s'est exclamée l'Union des familles en Europe face au projet d'interdire la fessée : « les familles françaises souhaitent être libres d'élever leurs enfants à leur idée. Et ce qu'elles pratiquent ou non la fessée ». Pourtant l'éducation est devenue, comme la santé, une prérogative étatique façonnée par le *Welfare state*. L'individu dès lors s'efface, se standardise ; ses choix sont subordonnés aux préceptes de l'État-providence. Il faut dire que, nourri d'une illusion scientiste de domination des destinées individuelles, le législateur prétend connaître les risques, leurs causes et leurs conséquences, savoir les traiter et les prévenir. C'est cette alchimie entre science et législation qui ravale l'individu au rang d'exécutant des prescriptions légales. À cela s'ajoute l'invasion du « droit bureaucratique », déjà dénoncée par Jean Carbonnier², et la sous-exploitation du « droit souple » qui pourrait, dans de nombreuses hypothèses, constituer un palliatif efficace à la loi.

1. D. Schnapper, *La démocratie providentielle*, Gallimard, 2002, p. 40.

2. Dans *Droit et Passion du droit sous la Ve République*, l'auteur relevait que « les préoccupations des bureaux deviennent par symbiose les préoccupations du ministre. De là découle un reproche plus grave : c'est que chaque compartiment légifère sur les problèmes de sa spécialité sans les intégrer dans une vision d'ensemble du système juridique » (J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 31).

Dans cette perspective, le non-droit a inexorablement vocation à reculer : la fessée, la cigarette dans la voiture... rien ne doit échapper au droit et donc à la loi.

12. Des lois indéchiffrables – Le mal est connu, mais sa permanence ne justifie pas qu'on passe la chose par pertes et profits. Surtout que la lecture des textes, que tout un chacun peut effectuer – voire doit effectuer dit l'adage –, montre instantanément combien les textes législatifs sont devenus incompréhensibles et combien leur compréhension relève de l'exploit, y compris pour les juristes. L'écriture non consolidée des lois, un technicisme parfois exacerbé voire un souci du détail qui constitue une névrose sans limite – on peut toujours faire mieux –, un usage souvent non maîtrisé du droit d'amendement, une emprise des experts ou des amendements rédigés par des experts d'un champ particulier... le constat est accablant.

Certaines matières, telles que le droit fiscal, sont particulièrement saisissantes. L'article 26 de la loi de finances pour 2014 est un exemple éloquent de l'impossibilité pour les justiciables d'appréhender aisément certaines dispositions légales : sur deux pages et demi du *Journal Officiel*, la loi procède à des micro-corrrections du Code général des Impôts dont la compréhension est réservée aux seuls spécialistes – et encore. Il est loin le temps où l'on pouvait recommander la lecture du Code civil comme livre de chevet et où Stendhal pouvait écrire à Balzac, « En composant la Chartreuse, pour prendre le tour, je lisais chaque matin deux ou trois pages du Code civil, afin d'être toujours nature »¹. Qui peut lire – pas même comprendre – de telles dispositions ?

Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014

Article 26 :

I. Le même code est ainsi modifié :

a) À la seconde phrase du treizième alinéa du h du 1° du I de l'article 31, au dernier alinéa du D du I de l'article 199 *novovicies* et au 3 du II de l'article 239 *nonies*, les mots : « ou ayant fait l'objet d'un agrément ministériel » sont supprimés ;

b) À la première phrase du premier alinéa du 2° du 9 de l'article 38, le mot : « dix-septième » est remplacé par le mot : « seizième » et le mot : « dix-huitième » est remplacé par le mot : « dix-septième » ;

c) Le 5° du 1 de l'article 39 est ainsi modifié :

– le quinzième alinéa est supprimé ;

– à la première phrase du dix-septième alinéa, le mot : « seizième » est remplacé par le mot : « quinzième » ;

– à la première phrase du vingtième alinéa, le mot : « dix-huitième » est remplacé par le mot : « dix-septième » ;

– à la première phrase du vingt-cinquième alinéa, le mot : « dix-septième » est remplacé par le mot : « seizième » ;

1. V. à ce propos, G. de Broglie, La langue du Code civil, Bicentenaire du Code civil, 2004, http://www.asmp.fr/fiches_academiciens/textacad/broglie/code_civil.pdf.

- au vingt-neuvième alinéa, le mot : « vingt-huitième » est remplacé par le mot : « vingt-septième » ;
- au trentième alinéa, les mots : « vingt-huitième et vingt-neuvième » sont remplacés par les mots : « vingt-septième et vingt-huitième » et le mot : « seizième » est remplacé par le mot : « quinzième » ;
- au trente-deuxième alinéa, les mots : « vingt-huitième à trente et unième » sont remplacés par les mots : « vingt-septième à trentième » ;
- d) Au dernier alinéa du 4 du même article, les mots : « inscrites à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques ou agréées ou » sont remplacés par les mots : « ou inscrites à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques, » ;
- e) Au second alinéa du 1 ter de l'article 39 bis et au 7 de l'article 39 *bis* A, le mot : « seizième » est remplacé par le mot : « quinzième » ;
- f) L'article 39 *ter* B est abrogé ;
- g) L'article 40 *quinquies* est abrogé ;
- h) Les 3° et 9° *septies* de l'article 81 sont abrogés ;
- i) L'article 83 est ainsi modifié :
 - les 2° *quater* et 2° *quinquies* sont abrogés ;
 - à la première phrase du deuxième alinéa du 3°, la référence : « 2° *quinquies* » est remplacée par la référence : « 2° *ter* » et la référence : « et à l'article 83 *bis* » est supprimée ;
- j) L'article 83 *bis* est abrogé ;
- k) Le 7 de l'article 93 est abrogé ;
- l) L'article 156 est ainsi modifié :
 - au premier alinéa du 3° du I, les mots : « ou ayant fait l'objet d'un agrément ministériel » sont supprimés ;
 - au 1° *ter* du II, les mots : « en raison de leur caractère historique ou artistique particulier et qui auront été agréés à cet effet par le ministre chargé du budget, » sont supprimés ;
- m) Au I, au premier alinéa du II et au V de l'article 156 *bis*, les mots : « ayant fait l'objet d'un agrément par le ministre chargé du budget en raison de leur caractère historique ou artistique particulier » sont supprimés ;
- n) Le 9° *quinquies* de l'article 157 est abrogé ;
- o) Le 3 de l'article 158 est ainsi modifié :
 - au a du 3°, les mots : « des sociétés d'investissement mentionnées au 1° *ter* de l'article 208 et » sont supprimés ;
 - au c du 4°, la référence : « aux 1° *ter* et » est remplacée par le mot : « au » ;
- p) L'avant-dernier alinéa de l'article 163 *bis* AA est supprimé ;
- q) Au premier alinéa du II de l'article 199 *ter*, la référence : « à 1° *ter* » est remplacée par la référence : « et 1° *bis* A » ;
- r) La seconde phrase du premier alinéa du VI *quater* de l'article 199 *terdecies*-0 A et du V de l'article 885-0 V *bis* est supprimée ;

s) Au second alinéa du III de l'article 199 *terdecies*-0 B, la référence : « au 2° *quinquies* et » est supprimée ;

t) À la seconde phrase du dernier alinéa du 4 du I de l'article 199 *septvicies*, les mots : « ou ayant fait l'objet d'un agrément ministériel » sont supprimés ;

u) Le 1° *ter* de l'article 208 est abrogé ;

v) L'article 209 est ainsi modifié :
 – au VI, le mot : « vingtième » est remplacé par le mot : « dix-neuvième » ;
 – à la première phrase du premier alinéa du VII, le mot : « dix-huitième » est remplacé par le mot : « dix-septième » ;

w) L'article 209 C est abrogé ;

x) L'article 217 *septies* est abrogé ;

y) L'article 217 *quaterdecies* est abrogé ;

z) Au premier alinéa du a *septies* du I de l'article 219, le mot : « dix-huitième » est remplacé par le mot : « dix-septième » ;

z *bis*) À la première phrase du premier alinéa du c du I de l'article 220, les mots : « les sociétés de développement régional visées au 1° *ter* de l'article précité » sont supprimés.

z *ter*) Aux deux dernières phrases du quatrième alinéa de l'article 223 B, le mot : « seizième » est remplacé par le mot : « quinzième » ;

z *quater*) Aux deux dernières phrases du dernier alinéa de l'article 223 D, le mot : « dix-septième » est remplacé par le mot : « seizième » ;

z *quinquies*) À l'article 238 *bis* HE, les mots : « sont admises en déduction dans les conditions définies à l'article 217 *septies* et » sont supprimés ;

z *sexies*) À la dernière phrase du premier alinéa de l'article 238 *bis* HH, les références : « aux articles 199 *unvicies* et 217 *septies* » sont remplacées par la référence : « à l'article 199 *unvicies* » ;

z *septies*) À l'article 238 *bis* HL, les mots : « la réintégration des sommes déduites en application de l'article 217 *septies* au résultat imposable de l'exercice au cours duquel elles ont été déduites ou » sont supprimés ;

z *octies*) L'article 885 T est abrogé ;

z *nonies*) Au second alinéa du II de l'article 1394 B *bis*, la référence : « ou au I de l'article 1395 D » est supprimée ;

z *decies*) L'article 1395 D est abrogé ;

z *undecies*) Au deuxième alinéa du 3 du II de l'article 1395 E, les références : « 1395 C et 1395 D » sont remplacées par la référence : « et 1395 C » ;

z *duodecies*) L'article 1395 F est abrogé ;

z *terdecies*) Le II de l'article 1395 G est ainsi modifié :
 – au premier alinéa, les références : « des articles 1395 B et 1395 D » sont remplacées par la référence : « de l'article 1395 B » ;
 – à la fin du même premier alinéa, les références : « aux articles 1395 E et 1395 F ainsi qu'à l'article 1649 » sont remplacées par les références : « ainsi qu'aux articles 1395 E et 1649 » ;

– à la fin du deuxième alinéa, les références : « , au 1° ter de l'article 1395 et au I de l'article 1395 D » sont remplacées par la référence : « et au 1° ter de l'article 1395 » ;

z *quaterdecies*) Au premier alinéa du II de l'article 1395 H, la référence : « 1395 F » est remplacée par la référence : « 1395 E » ;

z *quindecies*) Au deuxième alinéa du II de l'article 1395 H, la référence : « ou au I de l'article 1395 D » est supprimée.

II. Le neuvième alinéa de l'article L. 117-3 du code de l'action sociale et des familles est supprimé.

III. Le dernier alinéa de l'article L. 321-13 du code rural et de la pêche maritime est supprimé.

IV. Au 3° du III de l'article L. 136-2 du code de la sécurité sociale, la référence : « 3° , » est supprimée.

V. L'article L. 332-2 du code du cinéma et de l'image animée est abrogé.

VI. L'article L. 221-31 du code monétaire et financier est ainsi modifié :

1° À la seconde phrase du 4° du I, la référence : « aux 1° ter et » est remplacée par le mot : « au » ;

2° À la première phrase du 2° du II, les mots : « des dispositions des 2° *quater* et 2° *quinquies* de l'article 83 , » sont supprimés.

VII. Le dernier alinéa de l'article L. 3325-2 du code du travail est supprimé.

VIII. La seconde phrase du dernier alinéa de l'article L. 143-2 du code du patrimoine est supprimée.

IX. La seconde phrase du dernier alinéa de l'article L. 300-3 du code de l'environnement est supprimée.

X. Le II de l'article 95 de la loi n° 2009-1674 du 30 décembre 2009 de finances rectificative pour 2009 est abrogé.

XI. 1. Le h du I, en tant qu'il abroge le 3° de l'article 81 du code général des impôts, et les III et IV s'appliquent aux sommes attribuées aux héritiers d'exploitants agricoles ou aux conjoints d'héritiers d'exploitants agricoles qui participent directement et gratuitement à l'exploitation agricole après le 30 juin 2014.

2. Le h du I, en tant qu'il abroge le 9° *septies* de l'article 81 du code général des impôts, et le II s'appliquent aux aides versées à compter du 1^{er} janvier 2014.

3. Les a, l et m du I s'appliquent à compter de l'imposition des revenus de l'année 2014 Toutefois, pour les immeubles ayant fait l'objet d'un agrément ministériel avant le 1^{er} janvier 2014, les articles 31,156,156 bis, 199 *novovicies* et 239 *nonies* du code général des impôts continuent de s'appliquer, dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur du présent 3, jusqu'au terme de chaque agrément.

4. Le n du I s'applique aux livrets d'épargne entreprise ouverts à compter du 1^{er} janvier 2014.

5. Les i, j, p, r et s du I, le 2° du VI et le VII s'appliquent aux emprunts contractés à compter du 1^{er} janvier 2017.

6. Le z *duodecies*, le troisième alinéa du z *terdecies* et le z *quaterdecies* du I s'appliquent à compter du 1^{er} janvier 2017.

Cette manière d'écrire les textes elle-même participe largement du caractère inintelligible de la loi contemporaine¹.

À quoi s'ajoutent, une fois de plus, les exceptions, qui sont devenues facteurs de complications, à la limite, souvent, de l'inextricable. Dans la même loi de finances, on citera, pris parmi d'autres une fois de plus, l'article 17 *in fine* (il est trop long pour être reproduit ici) :

Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014
Article 17, III :

Les I et II s'appliquent aux gains réalisés et aux distributions perçues à compter du 1^{er} janvier 2013, à l'exception des 1^o et 4^o du D, du E, des vingt-troisième et vingt-quatrième alinéas du 2^o du F, des G et H, des b et c du 1^o du K, du L, des 1^o et 3^o du N, des O, R et W du I et du 2^o du II, qui s'appliquent aux gains réalisés et aux distributions perçues à compter du 1^{er} janvier 2014. Les M et V ne s'appliquent pas aux contribuables qui bénéficient, au 31 décembre 2013, du report d'imposition mentionné à l'article 150-0 D *bis*, dans sa version en vigueur à cette date.

13. La Mission d'information sur la simplification législative créée en novembre 2013, à l'initiative de M. C. Bartolone – La lassante régularité des constats précédents n'engendre pas forcément la léthargie des acteurs publics. Ainsi, la récente Mission d'information sur la simplification législative créée en novembre 2013, à l'initiative de M. C. Bartolone, Président de l'Assemblée nationale, a-t-elle fait une série de propositions en octobre 2014, sur lesquelles on reviendra à différentes reprises.

Faisant écho à la réduction du stock normatif et à la simplification réglementaire aujourd'hui à l'œuvre, le rapport d'information entend rationaliser la production normative à travers trois axes : une meilleure préparation de la norme en amont de la procédure législative, une élaboration plus effective de la norme au cours de la procédure législative et, enfin, le développement de son évaluation en aval.

14. Pour un changement de culture – Pour sa part, la Commission entend formuler diverses propositions visant à améliorer la qualité de la législation. Outre l'exigence démocratique qui reste plus que jamais d'actualité, des considérations économiques et concurrentielles militent aujourd'hui, on l'a déjà signalé, pour une loi de meilleure qualité.

Mais il faut aussi en appeler à un véritable changement de culture, sans lequel les divers remèdes, les résolutions les plus vertueuses, resteront lettre morte.

On prête beaucoup trop à la loi. Notre amour de la loi nous conduit à croire qu'elle peut panser tous nos maux, répondre à l'ensemble de nos préoccupations,

1. On ne sera guère surpris de lire qu'un développeur en informatique, spécialiste du codage, s'est attelé au codage de certains codes afin de disposer, pour chaque article, des différentes versions qui ont pu se succéder (<https://github.com/steeve/france.code-civil>). V. Le Monde.fr, Des outils informatiques pour décoder le code civil, 8 avril 2015.

assurer notre bonheur, notre sécurité, notre prospérité. La loi est ainsi conçue, en France, comme une réponse. **Le réflexe français est législatif.** Imaginerait-on qu'il puisse être, à l'inverse, de dégonfler la pression législative ? C'est pourtant bien ce qu'il faut inculquer aux gouvernants et à l'ensemble des acteurs de la société : gouverner en faisant des économies de lois, comme on doit aussi faire des coupes dans la dépense publique. **L'économie de lois est vertueuse : elle incite à porter attention à la législation, comme une matière rare dont on ne peut changer quand on le veut ;** elle conduit également à modifier les modalités de l'action publique, qui ne se résume évidemment pas à l'action par la loi. Dans cette approche, il faut légiférer de façon économe, parce que la loi est précieuse. **Un moratoire législatif, sauf urgence, voilà ce qu'un gouvernement sage et ambitieux devrait s'engager à faire.** Au lieu de cela, les ministres annoncent des lois sans savoir ce qu'ils vont y mettre, car il est devenu évident à tous que pour exister il faut légiférer.

Cette revalorisation de la loi nécessite une évolution substantielle de la culture législative contemporaine, laquelle est marquée par l'instrumentalisation politique de la loi, l'influence des groupes de pression et les embouteillages procéduraux. Il importe de passer de lois trop nombreuses, instables et illisibles à des lois rares, stables et suffisamment claires pour que l'on puisse les comprendre en en faisant la lecture – est-ce tant demander ?

Il serait néanmoins naïf de croire en une évolution spontanée de la qualité de la loi. Le discours doit nécessairement être accompagné de mécanismes incitatifs, autorisant le législateur à travailler dans de meilleures conditions, et de sanctions permettant de contenir tout débordement.

Soyons ici plus humble et pratique, même si cet appel à un changement de culture nous apparaît véritablement indispensable.

Dans l'impossibilité d'envisager en détails l'ensemble de ces mécanismes et sanctions, la Commission a concentré son attention sur diverses propositions. Tout d'abord, il est apparu nécessaire que le législateur préfère les réformes globales aux toilettages à répétition (i). De plus, toujours pour lutter contre l'instabilité normative, un perfectionnement des études d'impact doit nécessairement intervenir (ii). Dans le même temps, une meilleure régulation du droit d'amendement doit également être mise en place (iii). Enfin, à l'issue du processus législatif, il est indispensable de favoriser la consolidation des textes normatifs (iv).

I

Préférer les réformes globales aux toilettages à répétition

15. Loin de se conformer à la prescription de Montesquieu selon lequel « il ne faut point faire de changement dans une loi sans une raison suffisante », on sait combien la « réformite aigüe » frappe le législateur actuel. Nombreux sont les textes qui font l'objet d'une année à l'autre de modifications d'importance plus ou moins grande.

À la réduction de l'espérance de vie des textes de loi s'ajoute donc désormais le fait que **nombre de modifications se font par voie de retouches ponctuelles. La toilette est souvent préférée à la réforme globale, comme s'il s'agissait sans cesse d'amender, modifier, retoucher. La révision permanente est l'un des travers actuels de la législation. Elle empêche la loi de se fixer dans le corps social et aux habitudes de s'ancrer dans la loi.**

C'est un mal qui ne procède pas seulement du fait que la loi a perdu sa nécessaire permanence ; le problème, ici, tient au fait que le législateur procède par retouches constantes.

Le Président du Conseil constitutionnel a récemment mis – de nouveau – en évidence ce phénomène en prenant l'exemple du dispositif de crédit d'impôt en faveur du développement durable¹. Créé par la loi de finances pour 2000, il était destiné à faire bénéficier d'un crédit d'impôt sur le revenu les contribuables, propriétaires, locataires ou occupants à titre gratuit de leur résidence au titre des dépenses ainsi supportées pour l'amélioration de la qualité environnementale de leur logement. M. J.-L. Debré relève les nombreuses – c'est un euphémisme – modifications du texte opérées par le Parlement : le mécanisme a été profondément modifié par la loi de finances pour 2005, son assiette et son taux ont été modifiés par la loi de finances pour 2006, son assiette a de nouveau été modifiée par la loi sur l'eau et les milieux aquatiques du 30 décembre 2006, son assiette et son taux ont encore été modifiés par la loi de finances pour 2009, puis par la loi de finances pour 2011, et encore par celle pour 2012, puis enfin par la loi de finances pour 2014 !

Un autre exemple éloquent, cité par M. J.-L. Debré à la même occasion, renvoie au régime d'imposition des plus-values immobilières de cessions de terrain à bâtir.

1. V. J.-L. Debré, Propos conclusifs, préc.

**Un exemple d'instabilité chronique :
Le régime d'imposition des plus-values immobilières
de cessions de terrain à bâtir**

Ainsi que le souligne J.-L. Debré, « la loi de finances rectificative du 19 septembre 2011 a allongé de 2 à 30 ans la durée de détention d'un bien pour obtenir une exonération totale. L'abattement était de 2 % pendant 17 ans puis de 4 % pendant 7 ans puis de 8 % pendant 6 ans.

La loi de finances pour 2013 a par la suite modifié l'imposition des plus-values immobilières sur les terrains à bâtir pour les soumettre au barème de l'impôt sur le revenu. Ce choix avait pour conséquence de porter, avec toutes les autres impositions pouvant peser sur ces plus-values, à 82 % leur imposition marginale. Le Conseil constitutionnel a jugé ce nouveau niveau d'imposition, qui faisait peser sur les contribuables concernés une charge excessive au regard de leur capacité contributive, contraire au principe d'égalité devant les charges publiques et l'a par conséquent censuré²⁷.

Dans le même temps, la loi du 29 décembre 2012 (de finances rectificative pour 2012) a institué une nouvelle taxe sur les plus-values de cessions immobilières portant sur les immeubles bâtis dont la plus-value imposable est supérieure à 50 000 euros.

La loi de finances pour 2014 a ajouté une pierre supplémentaire à la complexité en créant un régime d'abattement différent pour les prélèvements sociaux et pour les prélèvements forfaitaires libératoires de l'impôt sur le revenu. En outre elle a institué un abattement exceptionnel de 25 % pour les immeubles bâtis. Enfin la loi entendait réformer l'imposition des plus-values immobilières sur les cessions de terrains à bâtir, avec la suppression de tout abattement. Toutefois, le Conseil constitutionnel a censuré ce dernier point²⁸ ».

On ajoutera que l'article 4 de la loi de finances pour 2015 modifie de nouveau le dispositif en prévoyant que la détermination des plus-values immobilières de cession de terrains à bâtir est calculée sur les cessions des autres biens immobiliers et qu'un abattement exceptionnel supplémentaire de 30 % pouvait s'appliquer sous conditions. Ces modifications annuelles de la fiscalité en matière immobilière obèrent forcément les anticipations des acteurs économiques et pénalisent donc le secteur du logement.

16. Les causes de cette forme d'instabilité sont bien connues : la technicité de la loi, sa politisation et le défaut d'évaluation *ex ante* efficace de la législation conduisent à l'adoption de dispositifs dont la durée de vie, sans être modifiés, est très courte. Au reste, **la méthode législative actuelle favorise les modifications : une législation qui suit les situations et se justifie par les circonstances doit évoluer avec les faits auxquels elle entend s'appliquer ; une législation mal évaluée doit être corrigée lorsque ses défauts apparaissent. Sans dire que la toilette appelle la toilette : la révision permanente des textes est un stimulant à leur révision et non un facteur de respect de leur lettre.**

La conséquence est évidente : la loi ne peut répondre aux attentes des opérateurs économiques qui intègrent leurs décisions dans des perspectives de long

terme, et ne peuvent « digérer » des dispositifs qui évoluent rapidement. Sans même évoquer le fait que les anticipations sont alors dépendantes de l'idée que la durée de péremption de la loi est à brève échéance.

Les soubresauts du régime du crédit d'impôt en faveur du développement durable en témoignent parfaitement. L'avantage fiscal s'est trouvé chaque année accordé ou retiré aux propriétaires bailleurs, étendu à l'isolation des murs, supprimé pour les parois opaques ainsi que pour les changements de fenêtres, étendu aux chaudières à micro-cogénération gazeuse etc. Comme le note M. J.-L. Debré, ce mouvement perpétuel « rend impossible pour les acteurs économiques une quelconque prévisibilité de leur retour sur investissement et nuit à la confiance nécessaire pour chaque entreprise »¹. Ce manque de confiance en la réglementation, déjà néfaste pour ceux qui se soucient de l'État de droit, l'est plus encore pour la conduite de politiques économiques : en compromettant le pouvoir incitatif de ces dispositifs, c'est l'ensemble des politiques publiques qui est menacé. Comme le relevait récemment M. J.-M. Sauvé, « les entreprises entendent en effet prendre appui sur un cadre légal solide et pérenne pour calculer les risques inhérents à toute opération d'investissement, de recrutement et de développement »². Au-delà, même lorsque les modifications à répétition d'un dispositif ne conduisent pas à une totale désaffection des opérateurs économiques, la nécessité d'adaptation constante aux versions successives engendre des coûts humain et financier non négligeables.

En définitive, en dehors de la satisfaction passagère d'avoir adopté un texte qui répond à une attente isolée, rien de positif ne peut ressortir de ces modifications permanentes. Elles engendrent une perte de confiance dans la loi, laquelle conduit, en termes économiques, à une désaffection des dispositifs incitatifs ou à des dépenses d'adaptation importantes.

Cette manière de toucher ponctuellement à des dispositifs d'ensemble est assurément bien plus dangereuse encore lorsqu'elle porte non plus sur des dispositifs incitatifs, mais sur des dispositifs coercitifs, sévèrement sanctionnés. Le risque n'est plus alors la simple désaffection des opérateurs économiques, mais l'obligation pour ces derniers d'adapter en permanence leur comportement, ce qui est cause à la fois d'insécurité et de coûts importants.

L'instabilité juridique est déjà en soi un mal ; mais quand le mouvement consiste à procéder par retouches, de façon fragmentaire, alors c'est la cohérence même des matières régies par la loi qui s'en trouve altérée.

➤ L'exemple des franchissements de seuils

17. La réglementation des franchissements de seuils en fournit une illustration particulièrement éloquente. Elle a été régulièrement amendée depuis le début des

1. V. J.-L. Debré, Propos conclusifs, préc.

2. J.-M. Sauvé, Ouverture du Colloque « L'entreprise et la sécurité juridique » du 21 novembre 2014.

années 2000. On dénombre ainsi plus d'une dizaine de textes législatifs en la matière, auxquels il faut ajouter les différentes retouches du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF). Citons la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières, la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie, la loi n° 2007-1774 du 17 décembre 2007 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économique et financier, l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers, l'ordonnance n° 2009-105 du 30 janvier 2009 relative aux rachats d'actions, aux déclarations de franchissement de seuils et aux déclarations d'intention, loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, la loi n° 2010-1240 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, l'ordonnance du 25 juillet 2013 n° 2013-676, modifiant le cadre juridique de la gestion d'actifs.

Les modifications apportées par ces textes aux articles L. 233-6 et suivants du Code de commerce sont évidemment d'importance inégale. Certains ne les ont retouchés qu'à la marge ; mais d'autres ont contribué à modifier largement la physiologie de la réglementation des franchissements de seuils. **En toute hypothèse, c'est par touches successives qu'il a été procédé, aucune réforme d'ampleur n'ayant été adoptée.** Des occasions se sont pourtant présentées. La transposition de la directive Transparence¹, d'harmonisation minimale, par exemple, aurait pu donner lieu à une réflexion approfondie sur le dispositif français. Les conclusions du rapport du groupe de travail réuni par l'AMF en 2008 incitaient également à une réforme ambitieuse². Mais il a fallu plusieurs interventions pour finalement parvenir à un résultat très proche des solutions qui y étaient préconisées.

18. Les causes de cette manière de procéder, qui se traduit par une forte instabilité législative, sont multiples. Certaines sont sans doute difficilement surmontables : nécessité d'adapter la réglementation aux évolutions d'autres domaines du droit financier³, transposition des textes européens... D'autres, en revanche, pourraient paraître plus aisément évitables.

1. Directive 2004/109/CE du 15 décembre 2004 sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé et modifiant la directive 2001/34/CE.

2. B. Field, *Rapport sur les déclarations de franchissement de seuil de participation et les déclarations d'intention*, Autorité des marchés financiers, 2008.

3. L'ordonnance n° 2013-676 du 25 juillet 2013 a par exemple retouché la rédaction de l'article L. 233-9 C. com. pour tenir compte des modifications du droit applicable à la gestion d'actifs.

Une explication à ces modifications incessantes peut en effet être trouvée dans la rédaction parfois défectueuse des textes existants. Le sort des actions nominatives en est une bonne illustration. Alors que la réglementation des franchissements de seuils avait un champ d'application général, l'ordonnance du 24 juin 2004 l'a restreint aux actions au porteur, en excluant ainsi les actions nominatives. Pourtant, la modification n'était pas conforme à l'esprit de la réforme et il a même été soutenu que le changement de rédaction était dû à une pure « maladresse »¹. Il en est résulté une grande incertitude sur la manière dont il convenait de traiter les actions nominatives. Très rapidement, le législateur est donc intervenu afin de lever ce doute. La loi du 9 décembre 2004 a supprimé la référence aux titres au porteur, le texte s'appliquant désormais aux actions « inscrites en compte chez un intermédiaire habilité ». Mais ceci restait encore insuffisant pour viser toutes les actions nominatives. Tous les titres nominatifs ne sont, en effet, pas inscrits chez un intermédiaire habilité, certains l'étant directement chez l'émetteur. C'est finalement la loi du 26 juillet 2005 qui a corrigé pleinement l'imprécision. Trois textes auront donc été nécessaires pour parvenir à la réforme escomptée.

Une autre explication de cette instabilité, plus significative, réside dans un certain suivisme législatif et la résistance des groupes d'intérêts. L'élargissement progressif du champ des instruments soumis à déclaration par la prise en compte des instruments financiers à terme est à cet égard particulièrement significatif. Il convient d'en rappeler le contexte, avant de s'interroger sur les conséquences et les causes de la démarche législative adoptée.

Depuis le début des années 2000, plusieurs affaires ont montré que les instruments dérivés, qu'ils soient dénouables physiquement ou en numéraire, pouvaient être utilisés à des fins de prise de contrôle rampante². La nécessité d'en tenir compte dans le dispositif, au même titre que les actions détenues en propre, s'est donc rapidement imposée. Deux questions devaient alors être tranchées. La première tenait à la définition du champ des instruments visés. Deux possibilités s'offraient : intégrer au dispositif existant soit les seuls instruments dérivés dénouables physiquement³, soit les instruments dérivés dénouables physiquement et ceux dénouables en numéraire⁴. La première solution était la moins ambitieuse et permettait de minimiser les contraintes pesant sur les acteurs financiers. La seconde autorisait une meilleure appréhension des pratiques de prise de contrôle. Les exemples d'utilisation de dérivés à des fins de ramassage

1. V. P.-H. Conac, Franchissements de seuils, Rép. Dalloz sociétés, 2013, n° 7 ; Th. Bonneau, La réforme 2005 des franchissements de seuils, Bull. Joly Bourse 2005, 694 ; M. Loy, La réforme du régime juridique des franchissements de seuils, JCP E 2005, 1285.

2. Pour de nombreux exemples, V. F. Barrière, Les prises de participation rampantes à l'heure des swaps, in *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2012, p. 27.

3. C'est-à-dire donnant lieu à terme, au transfert de propriété d'actions.

4. C'est-à-dire donnant lieu à terme, au paiement d'un différentiel de cours.

discret d'actions ont en effet très rapidement montré qu'ils étaient utilisés indifféremment qu'ils fussent dénouables monétairement ou physiquement¹. Une seconde interrogation tenait aux modalités de décompte des instruments dérivés. Les actions sous-jacentes devaient-elles être assimilées aux actions dont on est propriétaire pour calculer le seuil de détention ? Les actions détenues en propre et les actions sous-jacentes devaient-elles au contraire donner lieu au calcul de deux seuils différents chacun engendrant distinctement une obligation de déclaration en cas de franchissement ? Partant du constat que les dérivés autorisent des prises de contrôle au même titre que les actions détenues en propre, la première solution paraissait la plus cohérente. La seconde avait en revanche l'atout d'être moins rigoureuse et moins coûteuse pour les acteurs financiers.

Les autorités européennes se sont penchées sur ces interrogations à l'occasion de l'adoption de la directive Transparence. Pour répondre à la première, la solution minimale a été clairement choisie : seuls les instruments dénouables physiquement ont été pris en compte. Sur la seconde interrogation, la première proposition de directive optait expressément pour un régime d'assimilation des instruments dérivés aux actions détenues en propre. Mais le texte s'est obscurci au fil des négociations **et il semble que la formulation ait été laissée délibérément confuse**². De manière prévisible, le texte a dès lors fait l'objet d'interprétations variables selon les États.

Le législateur français, après avoir dans un premier temps laissé subsister une formulation ambiguë dont il n'était pas sûr qu'elle recouvre les instruments dérivés visés par la directive³ a, après publication du rapport précité sur les franchissements de seuils, adopté une ordonnance en 2009⁴. Celle-ci consacra alors un système d'assimilation pour les seuls instruments dénouables physiquement, accompagné d'une obligation d'information à l'occasion du franchissement d'un seuil. Le système retenu était ainsi moins ambitieux que les préconisations du groupe de travail réuni par l'AMF. Les affaires *Wendel et Saint-Gobain* ou encore *LVMH et Hermès* – dans lesquelles le ramassage d'actions s'est fait par le biais

1. Lorsqu'il est prévu que le dénouement sera monétaire, il est en réalité aisé pour le souscripteur d'acquérir les titres sous-jacents, puisque son cocontractant se couvre très généralement en les acquérant. Inversement, lorsque le dénouement est physique, il n'est absolument pas certain que le souscripteur acquière effectivement les actions sous-jacentes, puisque il est très fréquent qu'un contrat en sens opposé soit conclu, ce qui conduit à solder sa position. La distinction entre les instruments dénouables monétairement et ceux dénouables physiquement est donc d'une pertinence très relative en ce qui concerne la réglementation des franchissements de seuils.

2. Commission européenne, *The review of the operation of Directive 2004/109/EC: emerging issues*, 27 mai 2010, n° 7.1 s.

3. Ancien art. L. 233-9 4° C. com., visant « les actions ou les droits de vote que cette personne ou l'une des personnes mentionnées aux 1° à 3° ci-dessus est en droit d'acquérir à sa seule initiative en vertu d'un accord ».

4. Ordonnance n° 2009-105 du 30 janvier 2009 relative aux rachats d'actions, aux déclarations de franchissement de seuils et aux déclarations d'intentions.

de dérivés dénouables monétairement – ont cependant rapidement souligné les lacunes du droit français. En réaction, la loi du 22 mars 2012 a donc assimilé les instruments dénouables en numéraire aux actions détenues en propre. Relevons néanmoins que les traitements des dérivés dénouables physiquement et de ceux dénouables monétairement ne sont pas pour autant identiques. Tandis que dans le premier cas, les actions à déclarer sont celles auxquelles les dérivés donnent droit à terme, dans le second, la méthode du « delta » est utilisée, conduisant à déclarer un nombre égal à celui que le cocontractant devrait acquérir s'il devait se couvrir. En cela, l'évolution européenne a été anticipée. En effet, la directive Transparence a été récemment révisée¹. Elle oblige désormais à tenir compte des instruments dérivés, qu'ils soient dénouables monétairement ou physiquement, et ce selon un système d'assimilation. Toutefois, toutes les difficultés ne sont pas tranchées : la directive oblige désormais à l'adoption de la méthode du delta, la directive étant à cet égard d'harmonisation maximale. Le calcul des seuils est ainsi rendu plus complexe, mais surtout incertain dès lors que le calcul du delta ne fait pas l'objet d'une approche uniforme et qu'un accord européen reste à trouver sur ce point.

19. Les conséquences d'une telle instabilité sont évidentes. **Les nécessités d'adaptation constante constituent une charge coûteuse pour les professionnels, d'autant que les modalités du dispositif se sont singulièrement compliquées au fil du temps.** Le risque supporté par l'investisseur est d'autant plus fort que la sanction en cas de non-déclaration ou de déclaration irrégulière est automatique : une privation du droit de vote attaché aux actions dépassant le seuil non déclaré pendant deux ans (art. L. 233-14 C. com.). Le risque, à cet égard, ne pèse pas uniquement sur les investisseurs mais également sur les sociétés puisque une privation du droit de vote non respectée peut retentir sur la validité des assemblées. Mais là encore, la situation est empreinte d'incertitude. Comment appliquer un texte prévoyant une privation de droits de vote à des investisseurs qui n'en sont pas nécessairement dotés, puisque titulaires d'instruments dérivés ? **La sanction n'a, en effet, pas été adaptée à l'évolution du champ d'application du dispositif.** Au-delà de ces inconvénients pratiques, il faut évidemment relever que ce dispositif instable n'a pas permis de prévenir des comportements dont on savait pourtant qu'ils franchiraient tôt ou tard nos frontières. Et la presse étrangère n'a alors pas hésité à montrer du doigt un système

1. Directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant la directive 2004/109/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé, la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation et la directive 2007/14/CE de la Commission portant modalités d'exécution.

jugé dépassé, alors que les grandes places financières avaient déjà réformé leur réglementation¹.

Il semble ainsi que la crainte de pénaliser les marchés français en instaurant des contraintes trop lourdes à la charge des acteurs financiers ait conduit à un résultat inverse de celui escompté. **Cette longue suite de textes montre que le législateur français, comme d'ailleurs le législateur européen, a procédé par paliers, niant systématiquement la nécessité d'une intervention plus poussée.** La forte résistance des groupes d'intérêts n'est pas étrangère à cette situation. La lecture des réponses aux consultations publiques menées par les autorités françaises ou européennes est éloquente : ce furent toujours les options minimales que les professionnels préconisèrent. Citons par exemple la consultation lancée par l'Autorité européenne des marchés financiers (CESR) avant l'adoption de la directive d'exécution de la directive Transparence². Les répondants ont généralement prôné des solutions moins strictes que celles envisagées par le CESR, dont l'approche était pourtant relativement libérale³. Citons encore la consultation lancée par l'AMF sur le choix d'une comptabilisation des dérivés dénouables monétairement sur une base nominale ou selon la méthode du delta. Sans surprise, les répondants se sont prononcés majoritairement pour la méthode du delta, qui conduit à minorer le nombre d'actions prises en compte pour certains types d'instruments financiers⁴. L'influence des groupes d'intérêts et la crainte de pénaliser le marché français ont conduit à des réformes curatives ou réactives : il s'est agi d'intervenir *a posteriori* pour pallier les défauts observés. Les affaires *Wendel* et *LVMH* et la loi du 22 mars 2012 adoptée subséquemment en sont un bon exemple.

1. V. not. M. Curtin, LVMH Loophole Should Be Closed, Wall Street Journal, 28 octobre 2010 ; F. Berthaut, Donneurs de leçon, L'Agefi Hebdo, 4 novembre 2010 : « L'affaire LVMH-Hermès est l'occasion pour la presse financière anglo-saxonne de railler une nouvelle fois les pratiques du monde des affaires à la française » ; Hermès/LVMH : la presse anglo-saxonne demande un changement de règles, Le Monde, 29 décembre 2010.
2. Directive 2007/14/CE de la Commission du 8 mars 2007 portant modalités d'exécution de certaines dispositions de la directive 2004/109/CE sur l'harmonisation des obligations de transparence concernant l'information sur les émetteurs dont les valeurs mobilières sont admises à la négociation sur un marché réglementé.

3. CESR, Summary of comments by interested parties to the DG Internal Market and Services' working document ESC/34/2005 Rev.2 in relation to procedural arrangements for the choice of the home Member State, the content of the half-yearly financial report, the procedures for the notification and disclosure of acquisition or disposals of major holdings of voting rights, the dissemination of regulated information and the equivalence of third country issuers, Under Directive 2004/109/EC on the harmonization of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, 23 février 2006.

4. Autorité des marchés financiers, Synthèse des réponses à la consultation publique du 19 juin 2012 portant sur des modifications de certaines dispositions du règlement général relatives aux déclarations de franchissement de seuils et d'intention, 13 septembre 2012.

Il est pourtant clair qu'une intervention préventive était possible : au vu de la forte internationalisation des marchés, il était prévisible que les pratiques observées à l'étranger franchiraient vite la frontière française. Il n'est pas certain que des leçons aient été tirées de cette expérience. Ainsi, malgré les avancées dont ils sont porteurs, les travaux de révision de la directive Transparence et du Règlement général de l'AMF témoignent de ce que les préférences continuent de se porter systématiquement vers des options minimales.

20. Que l'on observe la réglementation du crédit d'impôt durable, du régime d'imposition des plus-values immobilières de cession de terrain à bâtir, ou encore la réglementation des franchissements de seuils, des explications communes à la frénésie normative observée se dégagent : rédaction défectueuse des textes, défaut d'évaluation *ex-ante* et d'anticipation des difficultés, politisation excessive et résistance des groupes d'intérêts, choix d'évolutions minimales ou de compromis, conduisent le législateur à préférer les toilettages légers aux réformes d'ampleur.

Cette vision court-termiste du législateur contemporain empêche l'adoption de réformes pérennes, susceptibles d'anticiper les difficultés prévisibles à venir, et de répondre aux attentes des opérateurs économiques¹. Elle conduit à une incapacité à « penser la loi » selon l'expression de Guy Carcassonne, à l'inscrire dans une vision globale et cohérente. Il conviendrait à l'inverse de suivre une méthode visant à garantir cette cohérence et pour cela : « identifier précisément le problème à traiter, qu'il soit vaste ou étroit ; s'interroger honnêtement et recueillir des avis extérieurs, pour savoir si sa solution relève bien de la loi, ne fût-ce qu'en partie ; puis envisager celle qu'il faudrait faire, mais en se souciant de la place harmonieuse à lui donner dans l'ensemble plus vaste où il lui faudra s'insérer, en traquant les frottements éventuels avec d'autres textes en vigueur ou en préparation ; finalement établir une esquisse, non des articles eux-mêmes mais de ce qu'ils devront contenir. Ensuite ? Surtout ne pas rédiger, mais plutôt questionner, consulter, concerter de la manière la plus large, la plus ouverte possible ; après seulement, commencer à écrire et, de nouveau, questionner, consulter, concerter comme devant. Alors naîtra un avant-projet qui aura quelque chance d'être bon, quitte à se révéler assez éloigné de ce que le concepteur initial pouvait avoir en tête, sauf encore à ce qu'à l'inventaire le besoin de la loi se soit évanoui. Rien de tout cela n'est bien sorcier »².

Proposition n° 1 : Préférer les réformes globales aux toilettages à répétition.

1. V. en dernier lieu le renforcement de la lutte contre la corruption qui ne fait pas l'objet d'un seul mécanisme cohérent, mais d'initiatives dispersées : aux lignes directrices du Service central de prévention de la corruption (SCPC) qui ne sont pas contraignantes, s'ajoutent des dispositions de la proposition de loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre et éventuellement des dispositions issues du projet de loi sur la transparence aujourd'hui en préparation.

2. G. Carcassonne, *Penser la loi*, Pouvoirs n° 114, septembre 2005, 39 s.

II

Perfectionner les études d'impact

21. En ayant pour objet d'aider le Parlement et le Gouvernement à légiférer à bon escient en les éclairant sur la portée et les incidences des textes qu'ils entendent adopter, les études d'impact, dès lors qu'elles permettent de « vérifier la pertinence du recours à la législation »¹, doivent contribuer à « endiguer la prolifération des textes législatifs et réglementaires et à maîtriser la complexité de l'ordonnancement juridique »². En cela, elles constituent un instrument déterminant de la lutte contre l'insécurité juridique³. Elles sont un « Outil d'amélioration de la qualité des textes normatifs »⁴. Nul ne peut nier, en effet, que « l'inflation et la dégradation de la qualité des normes sont en grande partie liées aux mauvaises conditions de leur préparation, et notamment à l'évaluation insuffisante – voire inexistante – de leur impact social, économique, environnemental, etc. »⁵

Pour autant, en dépit de leur rôle fondamental en matière de simplification de la législation, les études d'impact sont longtemps demeurées inefficaces. Initié au milieu des années 1990 par des circulaires successives du Premier ministre⁶, ce dispositif n'a pas eu les résultats escomptés jusqu'à la révision constitutionnelle

1. J.-J. Hiest, *Rapport n° 196 fait au nom de la Commission des lois sur le projet de loi organique, relatif à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution*, Sénat, 4 février 2009, p. 16.

2. Circulaire du 26 janvier 1998 relative à l'étude d'impact des projets de loi et de décret en Conseil d'État, J.O. du 6 février 1998, p. 1912.

3. En ce sens, v. par ex. J.-M. Sauvé, *La qualité de la loi*, préc.

4. *Id.*

5. *Rapport d'information sur la simplification législative*, Assemblée nationale, 2014 (Mission d'information présidée par Mme L. de la Raudière, le rapporteur étant M. R. Juanico), p. 15. Pour un exemple de texte normatif dont la mauvaise qualité est due à l'absence d'étude d'impact, v. la loi du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées telle que présentée dans *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 15 s.

6. Il s'agit notamment de la circulaire 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 et de la circulaire 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, complétée par la circulaire du 26 janvier 1998 (sur ces questions, v. Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 303 s.).

du 23 juillet 2008¹. Perçues par les administrations comme une contrainte procédurale supplémentaire, les études d'impact étaient la plupart du temps élaborées sans consultation formalisée, ne comportaient pratiquement jamais d'analyse économique de la législation envisagée et, surtout, étaient réalisées après l'élaboration des textes, perdant ainsi tout effet utile².

**Conseil d'État, Sécurité juridique et complexité du droit
(Rapport public 2006)**

Quatre ans après, le groupe de travail sur la qualité de la réglementation présidé par M. Dieudonné Mandelkern 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.

Face à ce constat d'échec a émergé l'idée de recourir « à un instrument juridique de rang plus élevé dans la hiérarchie des normes que la circulaire »³. Confortée par le Comité Balladur⁴, cette proposition a finalement été consacrée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Trouvant un fondement constitutionnel au sein du troisième alinéa de l'article 39 de la Constitution, les études d'impact, aux termes de la loi organique n° 2009-403 en date du 15 avril 2009⁵, sont désormais rendues obligatoires pour certains projets de loi⁶.

1. Sur les lacunes observées avant la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, v. not. *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 18 s.

2. Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 304. Sur ce constat d'échec, v. également J.-J. Hyst, *Rapport n° 196*, préc., p. 13 s.

3. Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 313.

4. Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Ve République plus démocratique*, La Documentation française, 2007, p. 38.

5. Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution.

6. Sont concernés par l'obligation de réaliser des études d'impact : les projets de loi ordinaire, les projets de loi organique, les projets de loi de programmation autre que ceux relatifs aux finances publiques. En outre, seules certaines dispositions des projets de loi de finances et de financement de la sécurité sociale rentrent dans le champ d'application de l'obligation. De même, les projets de loi d'habilitation à prendre des ordonnances

De même, l'article 8 de la loi organique énumère une série d'informations qui doivent figurer dans les études d'impact : la présentation des motifs du recours à une nouvelle législation, la définition des objectifs poursuivis par le projet de loi, le recensement des options possibles en dehors de l'intervention de règles de droit nouvelles, le récapitulatif des consultations menées avant la saisine du Conseil d'État, l'analyse d'impact proprement dite et le détail des conditions de mise en œuvre de la réforme, dans le temps et dans l'espace.

22. La constitutionnalisation du dispositif des études d'impact réalise une avancée importante. Ainsi que le souligne Mme P. Deumier, « la qualité et le contenu de ces dernières n'ont plus rien à voir avec les tentatives qui avaient été faites avant la révision constitutionnelle de 2008 »¹. Toutefois, ce mécanisme d'évaluation de la législation souffre toujours à l'heure actuelle d'un certain nombre de lacunes qui nuisent à son efficacité (A). Trouvant leurs origines dans des facteurs divers et variés (B), ces lacunes gagneraient sans nul doute à être surmontées. Aussi apparaît-il souhaitable, à la lumière des modèles étrangers les plus avancés en cette matière, de dégager des solutions susceptibles d'être transposées, *mutatis mutandis*, au dispositif français des études d'impact (C).

A. Les lacunes du dispositif

23. Principalement trois séries de lacunes affectent le dispositif français des études d'impact : tandis que le champ d'application normatif de ce dispositif demeure somme toute assez limité (1), la qualité des études s'avère bien souvent décevante (2). Les potentialités offertes par ce mécanisme d'évaluation se révèlent, au surplus, sous-exploitées (3).

1. Un champ d'application limité

24. Aux termes de la loi organique du 15 avril 2009, ne sont pas soumis à l'obligation d'une étude d'impact les projets de révision constitutionnelle, les projets de loi de financement de la sécurité sociale, les projets de loi de programmation des finances publiques ainsi que les projets de loi prorogeant les états de crise. Se trouvent par ailleurs exclus du champ d'application de ce dispositif les projets de loi visant à ratifier une ordonnance², les projets de loi de règlement et,

et les projets de loi tendant à autoriser la ratification ou l'approbation d'un traité sont soumis à une étude d'impact allégée. V. *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 21 s.

1. P. Deumier, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 2, Assemblée nationale, 23 janvier 2014, p. 17.

2. Exception faite toutefois lorsque de tels projets comportent des dispositions nouvelles allant au-delà de la rectification d'erreurs matérielles dans le texte de l'ordonnance ou d'ajustements de cohérence juridique.

surtout, les propositions de loi. Par ailleurs, si les projets d'actes réglementaires relatifs aux entreprises ou aux collectivités territoriales doivent être assortis d'une étude d'impact¹, il n'existe pas à l'heure actuelle d'obligation constitutionnelle générale de réaliser de telles études pour les actes réglementaires. Au-delà, les amendements d'origine gouvernementale ou parlementaire qui pourraient modifier substantiellement le texte initial ne rentrent pas dans le champ d'application de la loi organique du 15 avril 2009.

Une telle restriction du champ d'application des études d'impact n'est pas sans effets. En effet, comme le montre le tableau reproduit ci-dessous et tiré du récent rapport sur la simplification législative², l'initiative parlementaire dans la production normative est loin d'être négligeable.

PROJETS ET PROPOSITIONS DE LOI EXAMINÉS ET ADOPTÉS DE LA XI^e À LA XIV^e LÉGISLATURES

(du 1^{er} octobre 1999 au 30 septembre 2013)

	Projets de loi examinés (hors conventions internationales)	Projets de loi adoptés (hors conventions internationales)	Propositions de loi examinées	Propositions de loi adoptées
01/10/1999-01/10/2000	37	37	50	43
02/10/2000-30/09/2001	25	25	40	38
01/10/2001-18/06/2002	17	17	23	21
19/06/2002-30/09/2002	5	5	0	0
01/10/2002-30/09/2003	39	39	23	18
01/10/2003-30/09/2004	34	34	14	8
01/10/2004-30/09/2005	35	35	15	12

1. Aux termes de l'article L. 1211-4-2 du Code général des collectivités territoriales, tout projet de texte réglementaire « créant ou modifiant des normes à caractère obligatoire concernant les collectivités territoriales » est soumis pour avis à la Commission consultative d'évaluation des normes qui doit se prononcer sur son « impact financier, qu'il soit positif, négatif ou neutre ». Elle reçoit à cet effet « un rapport de présentation et une fiche d'impact financier faisant apparaître les incidences financières directes et indirectes des mesures proposées pour les collectivités territoriales » (article R. 1213-3 du même Code).

2. *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., Annexe n° 10, p. 219.

	Projets de loi examinés (hors conventions internationales)	Projets de loi adoptés (hors conventions internationales)	Propositions de loi examinées	Propositions de loi adoptées
01/10/2005-01/10/2006	33	33	17	12
02/10/2006-19/06/2007	30	29	14	10
20/06/2007-30/09/2007	6	6	0	0
01/10/2007-30/09/2008	42	42	21	14
01/10/2008-30/09/2009	32	32	19	11
01/10/2009-30/09/2010	35	35	38	22
01/10/2010-30/09/2011	43	43	43	24
01/10/2011-19/06/2012	19	19	33	19
26/06/2012-30/09/2012	3	3	1	1
01/10/2012-30/09/2013	34	34	39	19

2. Des études de qualité inégale

25. Au-delà du champ d'application, la qualité des études d'impact est également insuffisante et hétérogène. En effet, les études d'impact élaborées par le Gouvernement ne mentionnent bien souvent que les données de fait et d'information allant dans le sens de la loi, et évitant de mettre en avant les questions qui demeurent en suspens. Ainsi, l'étude d'impact de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public ne comportait aucune mention de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans sa première version déposée au Parlement. Les études d'impact ne remplissent dès lors pas leur rôle, faute d'un véritable travail d'évaluation susceptible d'améliorer la qualité des débats législatifs, la rédaction et l'application des textes ou encore d'éviter des erreurs¹. Comme l'a relevé M. J.-M. Le Guen, secrétaire d'État chargé des relations avec le Parlement, les études d'impact « apparaissent aujourd'hui comme

1. Les observateurs les plus autorisés sont unanimes sur ce point. Pour s'en convaincre, le lecteur pourra utilement se référer à : S. Lasvignes, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 4, Assemblée nationale, 19 février 2014, p. 3 ; A. Richard, *in* Comptes rendus de la Commission pour le contrôle de l'application

un exercice imposé et prennent parfois la forme d'un « exposé des motifs *bis* », alors qu'elles devraient permettre au Gouvernement de s'assurer que la réforme qu'il veut mettre en œuvre est opportune, et au Parlement d'être correctement informé sur la portée sociale, économique, budgétaire ou environnementale des textes qu'on lui demande d'adopter »¹. En somme, souffrant d'insuffisances qualitatives et quantitatives, les études d'impact prennent parfois la forme d'une justification *a posteriori* d'un texte déjà adopté.

Le rapport annuel 2012-2013 sur l'application des lois souligne en ce sens que les études d'impact élaborées depuis l'adoption de la loi organique du 15 avril 2009 offrent des analyses de qualité inégale². Le constat est partagé par le récent rapport de la Mission d'information sur la simplification législative, qui souligne au surplus le manque d'impartialité de nombreuses études d'impact³. Le Conseil d'État a également, à l'occasion de différents rapports publics, mis en cause la qualité des études d'impact transmises. Il a néanmoins reconnu, en 2012, que « des progrès notables [étaient] à mettre au crédit des administrations »⁴.

Certes, certaines études d'impact, spécialement en matière réglementaire⁵, tendent à mesurer de façon effective l'effet des mesures proposées. Néanmoins, **nombre d'études d'impact ne donnent en pratique pas lieu à quantification des effets attendus du texte**, alors même que « la fonction première de l'étude d'impact est de fournir une évaluation préalable de la réforme envisagée, aussi complète, objective et factuelle que possible »⁶ et, par conséquent, ne satisfont pas aux prescriptions de la loi organique. Les exemples ne manquent pas. On songera, ainsi, à l'étude d'impact sur la loi de programmation militaire pour 2014-2019 qui, outre l'absence d'évaluation des conséquences environnementales, se trouve dépourvue d'analyse quantitative et d'exposé de la méthode de calcul. Ou encore à l'étude d'impact sur le projet de loi de séparation et de régulation des activités

des lois, 16 avril 2013 ; J.-L. Tavernier, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 10, Assemblée nationale, 22 mai 2014, p. 15 s.

1. Cité par *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 17 s.

2. En ce sens, v. D. Assouline, *Rapport d'information n° 623 fait au nom de la Commission sénatoriale pour le contrôle de l'application des lois sur l'application des lois – Session parlementaire 2012-2013*, Sénat, 17 juin 2014, p. 93.

3. V. *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 40 s.

4. Conseil d'État, *Rapport public 2012*, La Documentation française, 2012, p. 135.

5. Ainsi que le soulignait le Secrétaire général du Gouvernement S. Lasvignes, « la gestion des flux réglementaires est aujourd'hui mieux maîtrisée que la production législative. Depuis le 1^{er} septembre [2013], la mise en application du système du “un pour un” permet de quantifier l'impact du nouveau texte sur une activité, le ministère devant supprimer une charge au moins comparable dans un autre domaine de la réglementation. Le solde est pour l'instant positif, puisque la simplification de la charge réglementaire est supérieure à son accroissement » (*in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 4, préc., p. 4).

6. *Id.*, p. 94.

bancaires qui ne comporte ni quantification ni indication de la méthode de calcul retenue¹.

Les études d'impact intéressant les textes porteurs d'une forte charge politique et celles élaborées par les ministères dotés d'une faible culture en matière d'évaluation économique ou de statistiques sont spécifiquement affectés par ces défauts².

26. Si l'on entre dans le détail, parmi les principales lacunes affectant le dispositif français, trois retiennent particulièrement l'attention.

- Tout d'abord, **les études d'impact souffrent en France de leur faible dimension stratégique**. À la différence, par exemple, des études élaborées au Royaume-Uni³, les études d'impact en France n'établissent pas vraiment de critères d'évaluation *ex post* qui permettent de déterminer *a posteriori* si la loi a rempli les objectifs qui lui ont été assignés⁴. Ainsi qu'on l'a souligné, « il faut y voir une réelle carence méthodologique, car en l'absence d'indicateurs de suivi définis en amont, le travail postérieur d'évaluation voit sa portée réduite »⁵.

- Ensuite, **les études d'impact souffrent d'un déficit d'évaluation économique et d'une insuffisance du calcul du coût de la charge administrative**. Bien que l'évaluation des « coûts et bénéfices financiers attendus des dispositions envisagées pour chaque catégorie d'administrations publiques » soit prévue par l'article 8 de la loi organique, les études d'impact demeurent souvent lacunaires si ce n'est totalement silencieuses sur ce point⁶. Il revient alors aux rapporteurs des projets de loi d'effectuer leurs propres calculs, et cela alors qu'ils n'ont pas accès aux systèmes et aux modèles de calcul du ministère des Finances⁷. L'évaluation de l'impact économique du projet de loi sur l'économie sociale et solidaire fournit l'illustration de ce qui s'apparente à une méthode « au doigt mouillé ». Ainsi que le souligne le rapport de la Mission d'information sur la simpli-

1. Exemples proposés par B. du Marais, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 2, préc., p. 6 s.

2. Sur ce constat, v. en part. : D. Assouline, *Rapport d'information n° 623*, préc., p. 93 ; B. du Marais, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 2, préc., p. 7.

3. J. S. Bell, La loi britannique et la sécurité juridique, *in* Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 344.

4. Sur cette question, v. en part. D. Assouline, *Rapport d'information n° 623*, préc., p. 99 s. ; *Rapport d'information n° 654*, préc. p. 97 s.

5. D. Assouline, *Rapport d'information n° 654*, préc., p. 97.

6. C'est, par exemple, le cas de l'étude d'impact sur l'instauration d'une taxe sur l'excédent brut d'exploitation qui ne contenait aucune information sur la charge administrative du dispositif et ses conséquences économiques (J.-L. Tavernier, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 10, préc., p. 17 s.).

7. En ce sens, v. C. Untermaier, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 8, Assemblée nationale, 30 avril 2014, p. 8.

fication législative, « évaluer les créations d'emplois induites à un nombre compris entre 100 000 et 200 000 d'ici trois à cinq ans n'a pas contribué à nourrir une discussion argumentée lors des débats parlementaires. De même, le nombre de sociétés commerciales de droit commun susceptibles d'être concernées par la définition inclusive de l'économie sociale et solidaire a été évalué à 5 000, mais sans qu'aucune indication ne soit donnée sur la méthode de calcul qui a permis d'aboutir à ce résultat »¹.

Certes, il ne faut sans doute pas prêter à ces instruments une portée qu'ils n'ont pas. Les mécanismes d'analyse coûts-bénéfices, outre qu'ils ne peuvent que difficilement soutenir la législation primaire débattue au Parlement, demeurent des outils incomplets puisqu'ils se focalisent « uniquement sur l'efficacité, sans prendre en considération les impacts distributionnels ni le comportement des êtres humains vis-à-vis de la loi »².

Néanmoins, dans nombre de pays étrangers, l'évaluation des coûts économiques et de la charge administrative des projets de réformes législatives ou réglementaires occupe une place centrale au sein des études d'impact. Aux États-Unis, par exemple, la loi sur les responsabilités extrabudgétaires (« *Unfunded Mandates Reform Act* ») impose au Gouvernement fédéral d'évaluer dans le cadre de ses études d'impact les coûts et les avantages prévisibles pour les réformes les plus importantes. De même, en Espagne, les articles 22.2 et 24.1.b. de la loi n° 50-1997 du 27 novembre 1997 prévoient que les projets de loi et de règlement doivent être accompagnés d'une présentation économique contenant une estimation des coûts de la mesure envisagée³. Le Royaume-Uni est généralement présenté comme un pionnier en Europe s'agissant de l'évaluation des coûts et bénéfices impliqués par les nouvelles normes⁴. M. D. Trnka, responsable du travail sur la simplification, division de la politique de la réglementation (OCDE), souligne à ce titre que « c'est ce pays qui a introduit le principe aujourd'hui célèbre du « *one in, one out* », devenu « *one in, two out* », en vertu duquel tout coût induit par une nouvelle réglementation doit être compensé par une réduction d'une ou deux fois le même montant par ailleurs ».

1. R. Juanico, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 10, préc., p. 8.

2. A. Renda, *in* *Evaluation et qualité de la législation : quel rôle pour les Parlements ?*, Sénat, 5 décembre 2013, p. 26.

3. Exemples extraits de Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 310 s.

4. D. Trnka, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 7, Assemblée nationale, 17 avril 2014, p. 5. Le récent rapport sur la simplification législative propose, à ce titre, d'intégrer l'exigence de quantification des charges administratives supprimées en contrepartie et à hauteur des charges administratives créées aujourd'hui circonscrite aux textes réglementaires (*Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 49 s.).

- En outre, **nos études d'impact demeurent décevantes en ce qui concerne les options normatives, c'est-à-dire la pertinence de la catégorie de norme retenue pour mener à bien la réforme**¹. Tandis que les études d'impact britanniques indiquent, par exemple, pourquoi une option autre que la réglementation est jugée insuffisante², en France cette question est généralement ignorée. Or, il serait opportun que les études d'impact envisagent particulièrement le recours au *soft law* comme substitut à la loi dans la mesure où le « droit souple » offre de nombreux avantages : adéquation aux pratiques des entités régulées, portée géographique globale, responsabilisation des acteurs ou encore intégration des préoccupations éthiques³.
- Enfin, en l'absence de tout critère purement objectif, **nos études d'impact sont plus difficilement contrôlables**.

3. Des études sous-exploitées

27. Les études d'impact françaises sont, enfin, le plus souvent insuffisamment exploitées et, ce faisant, ne produisent pas pleinement leurs effets.

Elles sont sous-exploitées, en premier lieu, par les parlementaires. Tout se passe comme si elles répondaient à une exigence purement formelle⁴, en quelque sorte procédurale. Les débats en commission et en séance publique ne leur portent guère attention⁵, à quelques exceptions près comme ce fut le cas lors du débat parlementaire sur la création d'un défenseur des droits⁶ ou bien encore celui sur le projet de loi du 27 janvier 2015 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles. Sous cet aspect, notre culture politique ne parvient pas encore à leur conférer la place qui s'impose, tout se passant souvent comme si elles constituaient une forme de concurrence à la décision politique, « étouffant tout volontarisme politique » et représentant en quelque sorte « une borne freinant la volonté du législateur et l'action politique »⁷.

En outre, elles ne servent pas suffisamment dans le cadre des évaluations *a posteriori* de la législation, là où elles ont pourtant vocation à aider à faire le

1. P. Deumier, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 2, préc., p. 18.

2. Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 308.

3. V. Conseil d'État, *Le droit souple – Étude annuelle 2013*, La Documentation française, 2013.

4. R. Bouchez, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 2, préc., p. 4.

5. *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 44.

6. L'étude d'impact fut mentionnée 15 fois.

7. D. Assouline, *in* *Evaluation et qualité de la législation : quel rôle pour les Parlements ?*, préc., p. 59.

bilan de la loi, et à déterminer si les objectifs que se sont assignées les autorités normatives ont été atteints¹. En effet, même si le Guide de légistique établi par le secrétariat général du Gouvernement relève que l'étude d'impact doit être élaborée « dans une optique d'évaluation *ex post* du dispositif, quelques années plus tard », la plupart ne prévoient pas de critères précis permettant de vérifier rétrospectivement si la loi a bien rempli les objectifs attendus.

B. Les facteurs explicatifs

28. Le déficit de qualité des études d'impact peut s'expliquer par un faible recours à des experts extérieurs aux ministères, au stade de l'élaboration des études (1) et, par une insuffisante efficacité des mécanismes de contrôle et de sanction de ce dispositif d'évaluation de la législation (2). Ces insuffisances voient leurs effets renforcés par l'absence de culture de l'évaluation dans notre système juridique (3).

1. Au stade de l'élaboration des études d'impact : le faible recours à la consultation

29. L'élaboration des études d'impact est réalisée, en l'état actuel, par les différents ministères sous la « direction » du secrétaire général du Gouvernement en charge de vérifier la qualité des études élaborées. Or, le Gouvernement ne recourt en pratique que timidement à l'expertise et à la consultation dans le cadre des évaluations préalables qu'il entreprend.

Certes, l'ouverture à des experts extérieurs n'est pas inexistante. Le Conseil national d'évaluation des normes (CNEN), notamment, est consulté sur l'impact financier et technique des projets de textes, qu'ils soient de nature législative ou réglementaire, applicables aux collectivités territoriales et à leurs établissements publics. On observera toutefois que cet organe n'a pas pris l'importance que le législateur souhaitait lui donner et qu'il ne jouit pas de moyens suffisants pour mener à bien sa mission². De même, si les « tests PME », réalisés par le Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique et dont l'objectif « est de réaliser une étude qualitative de l'impact de textes [...] sur la conduite des affaires de quelques entreprises »³ commencent à faire leurs preuves, ils ne concernent que les projets d'actes réglementaires et n'associent qu'indirectement les entreprises. Ils s'appuient en effet sur le réseau des directions régionales des entreprises, de

1. D. Assouline, *Rapport d'information n° 623*, préc., p. 100.

2. R. Bouchez, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 5, Assemblée nationale, 20 février 2014, p. 8.

3. N. Conso, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 8, préc., p. 14.

la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi¹, de sorte que les entreprises ne sont pas des acteurs directs des « tests PME ».

Parfois justifiée en raison de l'urgence à examiner les textes déposés², cette endogamie dans l'élaboration des études d'impact laisse souvent planer le doute quant à l'objectivité des études élaborées, dès lors que l'auteur et l'instigateur de la réforme se confondent ; elle contribue, en outre, à l'insuffisance des données qualitatives et quantitatives au sein des études d'impact. C'est pourquoi, ainsi que le préconise M. J.-M. Sauvé, « davantage de consultations d'experts, d'organismes publics, d'associations ou, d'une manière générale, du public seraient souhaitables afin de garantir le caractère objectif et exhaustif des études »³.

2. Au stade du contrôle des études d'impact : la faible efficacité des mécanismes de contrôle et de sanction

30. Le contrôle et la sanction des études d'impact élaborées par le Gouvernement français reposent sur des mécanismes peu efficaces.

Deux mécanismes permettent à ce jour le contrôle et la sanction des études d'impact défailtantes. D'une part, l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 permet le contrôle de la conformité des études d'impact aux exigences constitutionnelles par le Conseil d'État dans le cadre des avis qu'il rend sur les projets de loi en préparation. D'autre part, le quatrième alinéa de l'article 39 de la Constitution prévoit que « les projets de loi ne peuvent être inscrits à l'ordre du jour si la Conférence des présidents de la première assemblée saisie constate que les règles fixées par la loi organique sont méconnues ». Il s'agit là d'un véritable mécanisme de sanction permettant au Parlement de s'opposer à l'examen d'un projet de loi dès lors qu'il considère que l'étude d'impact ne respecte pas les prescriptions de la loi organique⁴.

Toutefois, si le Conseil d'État et le Parlement semblent ainsi disposer des moyens adéquats pour faire respecter l'obligation constitutionnelle de fournir des études d'impact de qualité, l'efficacité réelle de ces dispositifs demeure insuffisante.

1. *Id.*, p. 15. Le récent rapport sur la simplification législative propose de rendre obligatoire, pour les textes législatifs, la réalisation de « tests entreprises, collectivités locales et usagers de l'administration » (v. *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 16 s.)

2. En ce sens, v. D. Migaud, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 8, préc., p. 3.

3. J.-M. Sauvé, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 10, préc., p. 5.

4. Étant entendu que, toujours aux termes de l'article 39 de la Constitution, « en cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement, le président de l'assemblée intéressée ou le Premier ministre peut saisir le Conseil constitutionnel qui statue dans un délai de huit jours ».

➤ Le rôle du Conseil d'État

31. Le Conseil d'État est loin de se désengager de sa fonction de contrôle de la qualité des évaluations qui lui sont transmises. En témoigne le fait que depuis le 1^{er} septembre 2009, date d'entrée en vigueur des dispositions de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 relatives aux études d'impact, une partie de son rapport public leur est consacrée.

**Conseil d'État, *Rapport public 2014*
(La Documentation française, 2014, p. 163 s.)**

Article 8 de la loi organique du 15 avril 2009 – Projets de loi – Études d'impact – Insuffisances (FIN/CP-387817)

À l'occasion de l'examen du projet de loi relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, le Conseil d'État (Commission permanente) a constaté l'insuffisance grave de l'étude d'impact, à la date de sa saisine du projet de loi, au regard des exigences de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009.

L'attention du Gouvernement a d'abord été appelée sur le caractère très insuffisant de cette étude en ce qui concerne les dispositions du projet modifiant le régime des baux commerciaux et artisanaux, lesquelles s'appliquent à un vaste champ recouvrant des situations économiques variées.

Le projet de loi modifie par ailleurs le régime de l'autoentrepreneur pour prévoir des seuils de chiffre d'affaires dont le dépassement pendant deux ans consécutifs entraîne la sortie du régime et l'obligation d'immatriculation au répertoire des métiers et au registre du commerce et des sociétés. L'étude d'impact ne justifie pas les différents dispositifs projetés concernant la sortie anticipée du régime des autoentrepreneurs, la suppression de leur droit à la formation professionnelle en cas de chiffre d'affaires nul pendant douze mois et le contrôle de leurs attestations d'assurance obligatoire. Elle n'indique pas les raisons pour lesquelles le Gouvernement ne suit pas la recommandation qui figure dans le rapport d'avril 2013 des inspections générales des finances et des affaires sociales, tendant à ce que le bénéfice de ce régime ne soit pas réduit dans la durée, et qui n'estiment pas fondées les craintes de « concurrence déloyale » par rapport aux artisans ne relevant pas de ce régime. Le Conseil d'État a donc estimé indispensable que le Gouvernement complète l'étude d'impact avant le dépôt du projet de loi devant le Parlement.

Le Conseil d'État, pour les mêmes raisons, a rejeté la disposition du projet du Gouvernement qui prévoit l'obligation d'immatriculation des autoentrepreneurs au registre du commerce et des sociétés. Il a en effet estimé que cette nouvelle formalité administrative, revenant sur une simplification à l'origine même du régime des autoentrepreneurs, ne répond à aucun objectif d'intérêt général pertinent, à la différence de l'inscription obligatoire au répertoire des métiers qui devrait permettre de vérifier les qualifications professionnelles des personnes concernées. Une telle mesure, aucunement justifiée par l'étude d'impact, n'avait pas été recommandée par le rapport d'avril 2013.

Le Conseil d'État veille en effet à la sincérité et au caractère complet des études d'impact et, à ce titre, se trouve régulièrement conduit, dans le cadre des avis

qu'il rend sur les projets de loi dont il est saisi, à inviter le Gouvernement à se conformer à ses obligations¹. Ainsi, lorsqu'une étude d'impact soulève une difficulté au regard des exigences constitutionnelles, le Conseil d'État indique qu'elle devra être complétée « par des informations de nature à permettre d'apprécier correctement l'incidence de certains aspects du projet de texte examiné »². Et lorsque l'étude n'est résolument pas conforme aux exigences constitutionnelles, la Haute juridiction « indique nettement au Gouvernement la nécessité de procéder à une régularisation avant le dépôt du projet de loi »³.

Ces demandes de régularisation sont cependant rendues dans le cadre d'avis simples qui, d'une part, ne lient pas le Gouvernement et, d'autre part, ne sont pas publiés. Leur portée reste dès lors limitée. La publication à compter de 2015 des avis du Conseil d'État pourrait néanmoins changer la donne. Ainsi, à l'issue du Conseil des ministres du 19 mars 2015, a été publié l'avis du Conseil d'État relatif au projet de loi relatif au renseignement ; ce dernier a été joint au projet déposé au Parlement. Il en a été de même pour le projet de loi modifiant la loi n° 2004-639 du 2 juillet 2004 relative à l'octroi de mer examiné en Conseil des ministres du 25 mars 2015. L'avis précise ainsi que « l'étude d'impact qui accompagne le projet de loi comporte les éléments requis par l'article 8 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 pris pour l'application du troisième alinéa de l'article 39 de la Constitution. En particulier, elle expose le poids de l'octroi de mer dans les ressources fiscales des collectivités territoriales d'outre-mer et l'impact financier des modifications proposées à la loi du 2 juillet 2004 ».

On rappellera pour autant que le Conseil d'État ne contrôle pas le travail de rectification des études d'impact qui peut être fait à la suite de ses avis⁴.

➤ Le rôle du Parlement

32. Le rôle dévolu par l'article 39 de la Constitution au Parlement dans le contrôle des études d'impact demeure triplement limité.

- Tout d'abord, le phénomène majoritaire rend la mise en œuvre du dispositif assez difficilement concevable, en particulier à l'Assemblée nationale compte tenu du contexte de forte solidarité entre le Gouvernement et sa majorité politique⁵.
- Partant, ce n'est que très récemment qu'une Conférence des présidents d'une assemblée a inauguré cette procédure en refusant d'inscrire un texte

1. *Id.*, p. 4.

2. *Id.*

3. *Id.*

4. B. Pêcheur, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 10, préc., p. 7.

5. Sur la question, v. en dernier lieu, *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 25 s.

à l'ordre du jour en raison de l'insuffisance de l'étude d'impact¹. La Conférence des présidents du Sénat a en effet fait usage, pour la première fois le 26 juin 2014, du quatrième alinéa de l'article 39 de la Constitution, en estimant que l'étude d'impact accompagnant un projet de loi présentait de graves lacunes au regard des exigences de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009. L'opposition de la Conférence des présidents n'a cependant pas été suivie d'effets puisque le Conseil constitutionnel, saisi à la suite du « conflit » existant entre le Premier ministre et la Conférence, estima que l'étude d'impact litigieuse était conforme aux prescriptions de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009².

- Ensuite, le contrôle exercé par les Conférences des présidents comme par le Conseil constitutionnel se limite à vérifier que les *items* de la loi organique du 15 avril 2009 qui trouvent à s'appliquer au regard du contenu du projet de loi en cause, ont bien été abordés dans l'étude d'impact.
- Enfin, dans la mesure où l'obligation constitutionnelle d'une étude d'impact ne concerne que les projets de loi, cette procédure peut être facilement contournée par le Gouvernement : il suffit qu'un parlementaire de sa majorité dépose une proposition de loi reprenant le texte³.

3. L'absence de culture de l'évaluation

33. Ainsi que le relevait le Premier président de la Cour des comptes, M. D. Migaud, à l'occasion de son audition par la Mission d'information sur la simplification législative, « l'une des grandes difficultés rencontrées dans notre pays est que nous n'avons pas la culture de l'évaluation que ce soit *ex ante* ou *ex post*, ou tout du moins est-elle récente »⁴.

L'absence de culture de l'évaluation au sein de notre système juridique, qui s'ajoute au manque de temps des hommes politiques⁵, empêche les études d'impact de participer à leur mission de renforcement de la sécurité juridique.

Ainsi que le fit remarquer M. D. Assouline, « la “culture du contrôle et de l'évaluation” est encore balbutiante : entre la prise de conscience que l'évaluation

1. R. Bouchez, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 5, préc., p. 4.

2. Cons. const., 1^{er} juillet 2014, n° 2014-12 FNR.

3. Sur ces questions, v. D. Assouline, *Rapport d'information n° 623*, préc., p. 95.

4. D. Migaud, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 7, préc., p. 6 s.

5. En ce sens également, v. R. Bouchez : « La réalisation d'études d'impact sérieuses, approfondies et soumises à un débat contradictoire, voire à une contre-expertise, prend du temps. Or le temps de l'expertise et du débat technique n'est pas toujours compatible avec celui de la décision politique et du débat médiatique. Il s'agit d'une difficulté consubstantielle au principe même de l'évaluation préalable » (*in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 9, préc., p. 5).

contribue à renforcer la sécurité juridique et sa mise en œuvre, les services ministériels et le Parlement ont encore un long chemin d'apprentissage à parcourir »¹.

Il faut dès lors avoir bien conscience que **les remèdes envisageables aux lacunes du dispositif des études d'impact ne pourront être véritablement efficaces que s'ils s'accompagnent de l'émergence d'une culture de l'évaluation, laquelle prendra nécessairement un certain temps.**

C. Les voies de perfectionnement du dispositif

34. Outre une augmentation des moyens matériels et financiers alloués à la réalisation des études d'impact², principalement cinq voies de perfectionnement, inspirées des modèles étrangers les plus avancés dans ce domaine, sont envisageables : l'extension de son champ d'application normatif (1), le recours à la consultation de personnes extérieures à l'administration au stade de l'élaboration des études d'impact (2), le renforcement des mécanismes de contrôle et de sanction des études adoptées (3), l'appropriation des études d'impact par les décideurs politiques (4) et leur utilisation dans le cadre de l'évaluation *a posteriori* (5).

1. L'extension souhaitable du champ d'application normatif des études d'impact

35. Le champ d'application des études d'impact gagnerait à être étendu aux propositions de loi inscrites à l'ordre du jour et aux amendements impliquant une modification substantielle du texte législatif en discussion³. Cette extension du champ d'application (a) devrait s'accompagner, pour être efficace, d'un renforcement des moyens d'expertise (b).

1. D. Assouline, *Rapport d'information n° 654*, préc., p. 87.

2. R. Bouchez fait remarquer que la réalisation d'études d'impact « requiert des moyens techniques et humains, à un moment où les administrations centrales traversent une période de vaches maigres. Il m'a souvent été répondu qu'il était actuellement difficile pour les administrations de créer des cellules et de recruter du personnel pour que l'on puisse aller aussi loin qu'on le souhaiterait dans l'évaluation préalable » (*in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 5, préc., p. 5). Dans un sens similaire, N. Conso, chef du service innovation et services aux usagers au Secrétariat général pour la modernisation de l'action publique, en appelle à une augmentation des « moyens globaux actuellement consacrés à la réalisation des études d'impact : dans le cas contraire, il ne sera pas possible d'améliorer leur qualité » (*in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 8, préc., p. 15).

3. Cette proposition est avancée par le président du MEDEF Rhône-Alpes et président de la Commission « Simplification » du MEDEF B. Gaud, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 9, préc., p. 21.

a. La soumission des propositions de loi et des amendements au dispositif relatif aux études d'impact

36. Il conviendrait, ainsi que le préconisait M. J.-L. Warsmann¹, que les études d'impact couvrent l'ensemble du champ normatif, rien ne justifiant l'exclusion des propositions de loi et des amendements du champ d'application des études d'impact².

Une telle proposition a été récemment formulée par le rapport de la Mission d'information sur la simplification législative qui préconise de rendre obligatoire la réalisation d'une étude d'impact sur les propositions de loi inscrites à l'ordre du jour – cette étude pouvant, le cas échéant, être complétée par un avis du Conseil d'État saisi à cet effet selon les modalités actuellement prévues par la Constitution (Proposition n° 3 : Soumettre les propositions de loi à une étude d'impact)³.

Une telle extension semble être indispensable. En effet, outre le nombre croissant des initiatives parlementaires, les propositions de loi sont par hypothèse atteintes des mêmes symptômes que les projets de loi qui triplent ou quadruplent de volume au cours du débat parlementaire⁴. Du reste, une évaluation préalable permettrait d'éclairer l'avis du Conseil d'État lorsqu'il est saisi d'un texte de cette nature en qualité de conseiller du Parlement⁵.

En définitive, dans la mesure où il n'existe aucune raison légitime permettant d'exclure les propositions de loi du champ des études d'impact, et qu'une telle exclusion entame la qualité de ces propositions, la Commission préconise de rendre obligatoire la réalisation d'une étude d'impact pour les propositions de loi mises à l'ordre du jour.

La Commission estime que compte tenu du temps et des moyens nécessaires à l'élaboration d'une étude d'impact, cette obligation ne doit valoir que pour les propositions de loi mises à l'ordre du jour du Parlement. Rappelons en effet que de nombreuses propositions sont rédigées chaque année par les parlementaires sans l'espoir d'être adoptées ni même d'être mises à l'ordre du jour, mais afin d'exprimer une position politique. Ainsi si 867 propositions de loi ont été déposées à l'Assemblée nationale entre juin 2012 et le 30 septembre 2014, seules 25 ont été *in fine* votées.

1. J.-L. Warsmann, *Rapport sur la qualité et la simplification du droit*, Décembre 2008, p. 37.

2. P. Deumier notait ainsi que « dans la mesure où l'étude d'impact n'est pas seulement un outil de contrôle [du Gouvernement par le Parlement], mais aussi un outil de qualité de la norme, il n'y a pas lieu de distinguer selon que la norme est d'origine gouvernementale ou parlementaire », *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 2, préc., p. 18.

3. *Id.*, p. 83.

4. Rapporté par J.-M. Sauvé, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 10, préc., p. 10.

5. *Id.*, p. 5.

De même, s'il ne semble guère envisageable d'effectuer une étude d'impact sur l'ensemble des amendements adoptés, il serait opportun d'ajuster l'étude d'impact au cours de la procédure législative pour tenir compte des principaux amendements¹. Dès lors que l'usage du droit d'amendement emporte des modifications significatives des textes discutés par le Parlement, un projet de loi peut grossir démesurément au cours des travaux parlementaires². En témoigne le projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à l'asile, déposé au bureau de l'Assemblée nationale le 4 juillet 2007³. Comportant à l'origine dix-huit articles, il n'en comptait pas moins de quarante-sept après son passage en première lecture devant l'Assemblée nationale⁴. Or, certains des amendements modifient le périmètre ou le profil du texte et par suite rendent lacunaire et non pertinente l'étude d'impact⁵.

Aussi, constatant que les projets d'amendement apportant des modifications substantielles au texte initial devraient également faire l'objet d'études d'impact, la Commission recommande de les soumettre à ce dispositif porteur de sécurité juridique.

Plusieurs de nos voisins européens se sont d'ailleurs engagés dans cette voie. C'est par exemple le cas du Portugal où un dispositif d'études d'impact sur l'ensemble des nouvelles normes législatives et réglementaires existe depuis huit ans⁶. De même, en Allemagne, le Conseil national de contrôle des normes (*Nationaler Normenkontrollrat*) est chargé d'évaluer tous les textes de portée fédérale, qu'ils soient d'origine gouvernementale ou parlementaire⁷. Quant aux britanniques, ils actualisent et complètent leurs études d'impact en fonction des modifications apportées aux textes en discussion devant le Parlement⁸. Ils se rapprochent en cela du dispositif en vigueur au sein de l'Union européenne où la pratique des études d'impact trouve à s'appliquer aux amendements apportés

1. Sur ce point, v. R. Juanico, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 8, préc., p. 9 ; J.-L. Warsmann, *Rapport sur la qualité et la simplification du droit*, préc., p. 37 s.

2. J.-M. Sauvé, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 10, préc., p. 8.

3. Projet de loi n° 57 relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, déposé par M. Brice Hortefeux et enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 4 juillet 2007.

4. Texte n° 26 adopté, le 19 septembre 2007, par l'Assemblée nationale en première lecture, après déclaration d'urgence, relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile.

5. *Id.*, p. 8.

6. Rapporté par J.-L. Warsmann, *Rapport sur la qualité et la simplification du droit*, préc., p. 37.

7. En ce sens, v. J.-L. Tavernier, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 10, préc., p. 15.

8. J.-L. Warsmann, *Rapport sur la qualité et la simplification du droit*, préc., p. 39.

par le Conseil et le Parlement aux propositions de la Commission¹. Plus largement, il convient de constater que le Parlement européen a récemment décidé d'assumer pleinement son rôle puisqu'à l'instar des États-Unis², il a créé en 2012 un organe interne chargé de surveiller la législation et de conduire des évaluations³. Une dizaine d'études d'impact sur les amendements importants ont ainsi été réalisées entre 2012 et 2013⁴.

Certes, le Règlement de l'Assemblée nationale prévoit d'ores et déjà cette possibilité à ses articles 98-1 et 146-6, et confie la réalisation de telles études à son comité d'évaluation et de contrôle (CEC) – organe interne à l'Assemblée nationale. Pour autant, le CEC ne dispose, en pratique, ni du temps ni des moyens nécessaires pour réaliser de telles études. Plus fondamentalement, il est impossible au regard de la procédure parlementaire d'arrêter les débats au sein de l'hémicycle afin de renvoyer un amendement au CEC pour qu'il fasse l'objet d'une étude d'impact.

Ce constat n'est pas propre à la France. Ainsi en Allemagne, s'il existe un mécanisme d'examen des amendements substantiels, il trouve également sa limite dans les délais de la procédure législative. Comme en France, il se révèle impossible outre-Rhin de chiffrer l'impact d'un amendement du jour au lendemain ou en pleine nuit. À l'inverse, si la procédure d'examen des amendements substantiels du Parlement européen semble avoir fait preuve de son efficacité, c'est notamment parce que lesdites études sont réalisées entre le passage du texte en commission et en séance, et qu'il se déroule entre ces deux étapes au minimum deux mois.

Au regard de cette situation, il pourrait être envisagé que l'étude des amendements substantiels adoptés intervienne avant la première lecture du texte par la seconde chambre.

Proposition n° 2 : Étendre le champ d'application des études d'impact aux propositions de loi mises à l'ordre du jour et aux amendements apportant des modifications substantielles au texte initialement examiné.

1. Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 312.

2. Le Bureau du budget du Congrès américain (*Congressional Budget Office*) examine l'impact des décisions budgétaires et l'impact économique de certains projets de loi soumis à la procédure législative (rapporté par N. Malyshev, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 7, préc., p. 4).

3. A. Andrea, *in* *Evaluation et qualité de la législation : quel rôle pour les Parlements ?*, préc., p. 27.

4. E. Ballon, *in* *Evaluation et qualité de la législation : quel rôle pour les Parlements ?*, préc., p. 49.

b. Le renforcement des moyens d'expertise

37. Comme évoqué précédemment, les systèmes juridiques qui n'opèrent pas de distinction selon l'origine du texte législatif ont parfois recours à des organes internes chargés de réaliser les études d'impact relatives aux propositions de loi.

Faut-il alors envisager la création, au sein des hémicycles français, d'un organe similaire, chargé d'évaluer les propositions de loi et les amendements d'origine parlementaire ? Il est avéré que les assemblées ne disposent pas des instruments nécessaires pour réaliser leurs propres études¹. S'il arrive que le Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC) de l'Assemblée nationale intervienne en amont du travail législatif pour enrichir les études d'impact², il ne semble pas capable de faire face à leur essor. Le CEC, dans son rapport pour l'année 2009, ne s'était d'ailleurs guère montré enthousiaste au sujet d'une extension du dispositif des études d'impact aux textes d'origine parlementaire. Les missions d'information, en raison de leur caractère ponctuel, ne peuvent y remédier³. **Aussi faudrait-il nécessairement, sur cette voie, mettre en place un organe d'évaluation spécialement institué à cet effet.**

38. Toutefois, la création d'un tel organe présenterait alors ses propres limites. Les obstacles sont d'abord procéduraux toutes les fois qu'il y a urgence à examiner les textes déposés. Au-delà, lorsque des organes parlementaires d'évaluation existent, comme au sein de l'Union européenne, ces derniers souffrent bien souvent d'une pénurie de ressources matérielles et financières⁴. Au surplus, **la création d'un nouvel organisme risquerait de complexifier encore davantage l'élaboration de la norme au lieu d'apporter plus de sécurité juridique.**

C'est pourquoi il apparaît plus judicieux de ne pas créer d'organe interne, et de permettre plutôt au Parlement français, dans le cadre d'un conventionnement avec les administrations gouvernementales, de solliciter les moyens d'expertise de l'exécutif, avec des garanties suffisantes, notamment pour appuyer les propositions de loi de l'opposition⁵. Le recours aux consultations d'experts indépendants proposé par ailleurs (**Proposition n° 4, infra**) devrait également bénéficier aux propositions de loi. Par conséquent, les parlementaires pourraient charger

1. Sur cette question, v. D. Assouline, *in Evaluation et qualité de la législation : quel rôle pour les Parlements ?*, préc., p. 11.

2. R. Juanico, *in Mission d'information sur la simplification de la législation*, compte rendu n° 11, préc., p. 6.

3. Rapporté par P. Deumier, *in Mission d'information sur la simplification de la législation*, compte rendu n° 2, préc., p. 18.

4. A. Renda, *in Evaluation et qualité de la législation : quel rôle pour les Parlements ?*, préc., p. 26.

5. En ce sens, v. S. Lasvignes, *in Mission d'information sur la simplification de la législation*, compte rendu n° 4, préc., p. 9 ; J.-M. Sauvé, *in Mission d'information sur la simplification de la législation*, compte rendu n° 10, préc., p. 9.

des acteurs extérieurs au Parlement et à l'administration de produire des études d'impact relatives à leurs propositions de textes.

Une telle mesure pourrait toutefois s'exposer à une difficulté d'ordre constitutionnel. En effet, on sait qu'à l'occasion de sa décision du 25 juin 2009¹, le Conseil avait émis une réserve d'interprétation de taille. En l'espèce, l'article 129 de la résolution examinée par le Conseil visait à créer un Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques auprès de l'Assemblée nationale, comité qui avait la possibilité de convoquer des responsables administratifs et de bénéficier du concours d'experts extérieurs qui seraient placés sous la responsabilité du Gouvernement. Comme le relève le commentaire de cette décision, pour conclure à la réserve excluant le recours à ces « experts », « la séparation des pouvoirs interdisait que, pour conduire les évaluations, les rapporteurs du Comité puisse bénéficier du concours d'experts placés sous la responsabilité du Gouvernement ». Par conséquent, la proposition formulée par la Commission pourrait, en l'état du droit, être estimée inconstitutionnelle. Pour remédier à cette situation, il est proposé de réviser la Constitution afin qu'elle autorise le Parlement à user des moyens d'expertise de l'administration dans le cadre des études d'impact².

Proposition n° 3 : Procéder à une révision constitutionnelle afin d'autoriser le Parlement à solliciter les moyens d'expertise de l'Administration et d'autres acteurs extérieurs pour réaliser les études d'impact relatives aux propositions de loi.

2. Le recours à la consultation d'experts au stade de l'élaboration des études d'impact

39. Dans une perspective de renforcement de la qualité des études d'impact, le recours à des avis extérieurs au stade de l'élaboration des études présente des avantages évidents. À ce titre, un récent rapport a relevé que « la qualité des études d'impact enregistrait de très nets progrès dès lors que le processus d'élaboration de ces dernières cessait d'être purement interne aux administrations productrices des textes législatifs et réglementaires »³. La France gagnerait donc à s'inspirer des modèles étrangers les plus avancés en matière d'évaluation préalable. Ces derniers offrent, en effet, plusieurs pistes de réflexions intéressantes.

1. Cons. const., 25 juin 2009, n° 2009-581 DC.

2. Rappr. Article 47-2 de la Constitution qui prévoit que « La Cour des comptes assiste le Parlement dans le contrôle de l'action du Gouvernement. Elle assiste le Parlement et le Gouvernement dans le contrôle de l'exécution des lois de finances et de l'application des lois de financement de la sécurité sociale ainsi que dans l'évaluation des politiques publiques (...) ».

3. *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 52

a. La consultation des acteurs concernés

40. Au Danemark, par exemple, les autorités étatiques en charge de la réalisation des études d'impact cherchent à travailler directement avec les acteurs concernés par la réforme envisagée. Le projet « Chasseurs de charges » (« *Burden Hunters* ») conduit ainsi les fonctionnaires à rencontrer les professionnels afin de les suivre dans leurs tâches et de constater l'impact de la réglementation sur leur quotidien¹. En France, un dispositif similaire pourrait être envisagé en associant les chefs d'entreprise à la réalisation des tests-PME². **L'instauration d'un droit de regard du milieu entrepreneurial sur l'élaboration des études d'impact, outre qu'elle renforcerait la confiance des entreprises dans les textes réglementaires et législatifs³, favoriserait l'émergence d'une culture de l'expertise économique au sein des dites études.**

De même, l'initiative britannique *Red Tape Challenge* associe la publication sur Internet de la législation propre à chaque domaine et invite les acteurs – citoyens et entreprises – à donner leur avis sur les normes qu'ils trouvent « les plus pesantes ou les plus exaspérantes »⁴. Un tel dispositif de consultation publique, que l'on trouve également à l'échelle de l'Union européenne⁵, a pu être envisagé en France : l'article 8 de la loi organique prévoit en effet que les études d'impact exposent avec précision « les consultations qui ont été menées avant la saisine du Conseil d'État ». Mais son utilisation, pour le moins épisodique, ne concerne que certains projets de loi⁶. Aussi serait-il souhaitable, ainsi que l'avait suggéré le secrétaire général du Gouvernement, M. S. Lasvignes, **d'enrichir la consultation publique par la mise en ligne du « plus grand nombre possible d'études d'impact sur les projets de décrets importants »⁷.**

b. L'expertise d'organes indépendants

41. Divers systèmes prévoient des comités consultatifs indépendants, composés de représentants de la société civile, en charge d'assister les gouvernements

1. D. Trnka, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 7, préc., p. 5 s.

2. N. Conso, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 8, préc., p. 15 s.

3. Sur ce point, v. G. Huot, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 8, préc., p. 17.

4. D. Trnka, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 7, préc., p. 5. Sur cette question, v. également : J. Mulley, *in* *Evaluation et qualité de la législation : quel rôle pour les Parlements ?*, préc., p. 45.

5. Les études d'impact européennes sont effectivement co-construites avec les citoyens dans le cadre d'un forum Internet (rapporté par C. Untermaier, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 7, préc., p. 12).

6. D. Assouline, *Rapport d'information* n° 623, préc., p. 97.

7. *Id.*

dans la réalisation des études d'impact. C'est, par exemple, le cas au Royaume-Uni où a été mise en place en 1997 la Mission pour l'amélioration de la qualité de la réglementation (*Better Regulation Task Force*)¹, remplacée depuis 2006 par la *Better Regulation Executive*. Composé de chefs d'entreprise, de syndicalistes, de représentants du secteur public, de consultants et d'unions de consommateurs, **ce comité conseille le Gouvernement sur la réglementation et sa mise en œuvre au regard de principes fondamentaux tels que la transparence ou la simplicité de la norme pour l'utilisateur, la proportionnalité de la norme au risque qui existerait en l'absence de celle-ci, ou encore la cohérence du dispositif normatif d'ensemble afin d'écartier les risques éventuels de conflits de normes**².

La création d'une autorité similaire en France, qui ne saurait se confondre avec la nécessité de mettre en place un organe de contrôle et de validation extérieur des études d'impact³, fait toutefois débat. Tandis que certains, doutant de la pertinence du système en ce qu'il prévoit que les études d'impact sont réalisées par le ministère chargé du texte⁴, militent activement en faveur de la mise en place d'une instance indépendante chargée de leur rédaction⁵, d'autres estiment au contraire qu'un tel mécanisme ne serait pas exempt de défaut. C'est notamment le cas de M. D. Assouline, sénateur, qui considère qu'une telle démarche serait difficilement concevable avec « la culture politique de notre pays, où chaque ministre a la responsabilité première de la préparation des textes qu'il présente »⁶. Dans la mesure où un projet de loi repose avant tout sur des considérations

1. Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 307.

2. *Id.*

3. Sur ce point, v. *infra*.

4. En ce sens, v. L. de la Raudière, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 2, préc., p. 11.

5. J.-P. Delevoye affirme en ce sens : « Permettez-moi de dire un mot sur les statistiques. Elles devraient être élaborées par des instances indépendantes. Aujourd'hui, certaines études d'impact sont réalisées par des inspections dépendant directement des ministères. Pourquoi ne pas imaginer un organisme dépendant de la représentation nationale ? Le citoyen n'acceptera bientôt plus que les corps de contrôle ne soient pas indépendants du pouvoir qu'ils sont censés contrôler, au risque de conflits d'intérêts ». Selon le Président du Conseil économique, social et environnemental : « Pour stabiliser l'opinion, il faut laisser le temps aux enjeux de mûrir dans les esprits et, pour éviter les heurts dans le débat lui-même, s'appuyer sur des expertises indépendantes et des données chiffrées, même si elles sont inconfortables pour les détenteurs du pouvoir ou remettent en question vos propres convictions. Mais cela, les gouvernements, quels qu'ils soient, ont du mal à l'accepter. Pensons aux débats sur l'éducation et l'échec scolaire, sur la santé... Cette indépendance de l'expertise est pourtant indispensable pour garantir la transparence et obtenir l'adhésion de l'opinion. Aucune décision ne sera durable si elle suscite sa méfiance » (*in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 9, préc., p. 16 s.).

6. D. Assouline, *Rapport d'information n° 623*, préc., p. 96.

politiques, il semble en effet difficilement « concevable de faire une distinction trop stricte entre l'aspect scientifique et l'aspect politique, en confiant uniquement à des experts indépendants la rédaction de l'étude d'impact »¹.

La création d'un comité indépendant dédié à la rédaction des études d'impact n'apparaît donc pas forcément souhaitable. De surcroît, elle ne semble pas absolument nécessaire dès lors que la France, à la différence du Royaume-Uni par exemple, dispose du Conseil d'État ainsi que d'organismes indépendants du Gouvernement, susceptibles d'être consultés pour la réalisation d'études complexes, et dont les garanties d'impartialité scientifique ne sont pas sujettes à caution². **Un avis extérieur, de nature à enrichir l'étude d'impact élaboré par le ministère concerné, est donc rendu possible sans qu'il soit besoin de mettre en place un comité indépendant.**

42. Différents organismes indépendants du Gouvernement sont susceptibles d'apporter leur expertise. Parmi eux, le Conseil économique, social et environnemental (CESE) et l'Institut national de la statistique et des études économiques (l'INSEE). Revêtu, aux termes de l'article 69 de la Constitution de 1958, d'une fonction d'avis sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret ainsi que sur les propositions de loi qui lui sont soumis, le CESE, ainsi que l'indique son actuel président M. J.-P. Delevoye, « pourrait parfaitement se saisir des études d'impact afin d'évaluer toutes les conséquences, positives ou négatives, des projets de loi. Il lui faudrait simplement revoir ses procédures, y compris le processus de désignation de ses personnalités associées, afin de pouvoir mobiliser avec plus de souplesse des experts »³. Il serait au surplus en mesure de nourrir les études d'impact des réflexions de la société civile dans la mesure où il associe régulièrement les citoyens à l'élaboration de ses avis⁴. M. J.-P. Delevoye estime que le Conseil pourrait d'ailleurs, le cas échéant, rendre un avis en trente jours⁵.

De même, dès lors que les administrations françaises procèdent souvent à des évaluations quantitatives sommaires⁶, le recours à l'expertise de l'INSEE dans le cadre de l'élaboration des études d'impact serait à son tour opportun. À ce jour, l'INSEE ne joue aucun rôle en matière d'études d'impact⁷.

1. *Id.*

2. *Id.*

3. J.-P. Delevoye, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 9, préc., p. 14.

4. *Id.*

5. *Id.*, p. 18.

6. Le Vice-président du Conseil d'État, J.-M. Sauvé déplore en effet que « certains chiffres donnent le sentiment d'avoir été, non pas inventés, mais estimés "au doigt mouillé" » (*in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 10, préc., p. 13).

7. J.-L. Tavernier, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 10, préc., p. 15.

L'institution pourrait pourtant remplir une fonction similaire à celle du bureau fédéral allemand des statistiques – *Destatis* – dans l'évaluation *ex ante* et *ex post* des normes¹. Il pourrait ainsi pallier le déficit d'évaluation économique précédemment observé. Interrogé par la Mission d'information sur la qualité de la législation au sujet de la faculté de l'INSEE de s'acquitter d'une tâche équivalente, son directeur général affirmait que l'INSEE pourrait, non seulement mesurer la charge administrative de toute nouvelle disposition, mais également s'engager sur le terrain de l'expertise et évaluer les effets économiques des nouvelles mesures envisagées². Étant entendu qu'une augmentation des moyens serait toutefois indispensable « s'il s'agissait de procéder à une évaluation économique *ex nihilo* de chacune des dispositions contenues dans les projets de loi, les propositions de loi, les amendements ou les décrets »³.

Enfin, il serait bienvenu d'associer les laboratoires universitaires ainsi que les *think tanks* à l'élaboration des études d'impact en certaines hypothèses. L'expertise de ces organismes pourrait, en effet, opportunément éclairer les choix opérés par le législateur.

Proposition n° 4 : Encourager le recours à l'expertise du Conseil économique, social et environnemental (CESE), à l'INSEE et aux laboratoires universitaires ou *think tanks* indépendants.

3. Le renforcement des mécanismes de contrôle et de sanction des études d'impact

43. Les mécanismes de contrôle et de sanction des études d'impact actuellement existants gagneraient à être renforcés.

Sans doute pourrait-on envisager la mise en place d'un organe indépendant spécialement aménagé pour **contrôler** la qualité des études d'impact, à l'instar du *Regulatory Policy Committee* britannique. Ce dernier est une structure légère, composée d'une quinzaine de fonctionnaires et de huit membres indépendants qui disposent d'une entière liberté de parole dans le cadre de leur fonction d'évaluation de la qualité de l'étude d'impact⁴. Des structures équivalentes existent à

1. L. de la Raudière *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 10, préc., p. 14, rappelait qu'au sein de l'INSEE, « une équipe d'environ 80 personnes est dédiée à l'analyse de l'impact des réformes envisagées. Cette équipe définit également les règles méthodologiques et techniques que doivent respecter les ministères fédéraux pour l'élaboration des études d'impact, et est tenue de répondre aux sollicitations du Conseil national de contrôle des normes ».

2. J.-L. Tavernier, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 10, préc., p. 16.

3. *Id.*

4. En ce sens, v. R. Juanico, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 4, préc., p. 7 ; L. de la Raudière, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 8, préc., p. 7.

Bruxelles, Berlin, ou encore La Haye. Composés de membres de la société civile, ces comités rendent des avis sur les études d'impact soumises à leur examen dans un délai très bref allant de dix à trente jours¹. Les avis sont rendus publics et les gouvernements sont libres de les suivre ou non, « à charge pour eux d'assumer les conséquences politiques et médiatiques de leur choix »². S'inspirant de ces exemples étrangers, un récent rapport a recommandé « la création d'une autorité administrative indépendante qui serait chargée de contre-expertiser les études d'impact assortissant tout texte législatif, qu'il concerne ou non les entreprises »³.

La création d'une structure similaire en France ne fait cependant pas l'unanimité. Elle entrerait en contradiction avec la logique de simplification, qui milite pour « le raccourcissement des circuits décisionnels et pour l'allègement des procédures, y compris dans le cadre du processus d'élaboration des lois et de leurs mesures d'application »⁴.

Différemment, certains ont considéré plus judicieux de renforcer les moyens de contrôle déjà existants, par exemple en dotant le Parlement d'une capacité de contre-expertise des évaluations qui lui sont fournies⁵. Séduisante, l'idée de confier au Parlement le soin de contrôler les évaluations réalisées par l'exécutif emporte toutefois les mêmes difficultés rencontrées par celui-ci pour réaliser ses propres études d'impact, notamment le déficit de ressources matérielles et financières. Là encore, le risque est également celui d'une complexification de la procédure.

44. Dès lors, il apparaît plus judicieux de mieux exploiter le travail déjà fourni par le Conseil d'État, et de lui permettre d'exprimer directement un avis détaillé sur les études d'impact.

Si les avis rendus par le Conseil d'État sur les projets de loi font en effet état de la qualité des études d'impact élaborées par le Gouvernement, les développements qui y sont consacrés sont trop restreints. Ainsi, l'avis du Conseil d'État relatif au Projet de loi Macron, lequel est présenté comme un texte déterminant pour l'avenir économique de la France, ne consacre que six lignes à l'étude d'impact qui est pourtant qualifiée de « lacunaire » et qui contient de « graves insuffisances » sur de nombreuses dispositions. Seuls des développements substantiels permettront d'améliorer la qualité des études d'impact : outre le fait qu'il est plus difficile de contester l'examen exhaustif d'une étude d'impact de piètre qualité, l'identification précise des points sources de difficultés aura un effet

1. Rapporté par L. de la Raudière, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 9, préc., p. 2.

2. *Id.*

3. *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 69 s. (Proposition n° 2 : Contre-expertiser les études d'impact).

4. D. Assouline, *Rapport d'information n° 623*, préc., p. 96.

5. R. Bouchez, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 9, préc., p. 5. Dans le même sens, v. A. Renda, *in* *Évaluation et qualité de la législation : quel rôle pour les Parlements ?*, préc., p. 27.

pédagogique à l'endroit des rédacteurs de textes. En définitive, il convient que la partie de l'avis relative à l'étude d'impact soit substantiellement enrichie.

Proposition n° 5 : Enrichir la partie consacrée aux études d'impact dans les avis publics du Conseil d'État.

4. La nécessaire appropriation des études d'impact par les décideurs politiques

45. Afin que les études d'impact françaises produisent pleinement leurs effets, il apparaît nécessaire que les décideurs politiques s'emparent, à l'instar de leurs homologues anglo-saxons, de ce dispositif d'évaluation de la législation. C'est là une affaire culturelle.

Il est, par exemple, intéressant de constater qu'aux États-Unis, le Président lui-même recourt au mécanisme des études d'impact pour contrôler que les agences et les ministères travaillent de façon efficace lorsqu'ils élaborent la réglementation fédérale¹. On est surtout loin en France du rêve, nourri par Guy Carcassonne, « d'une discussion législative qui porterait d'abord sur l'étude d'impact, à l'instar de ce qui se passe au Royaume-Uni avec le système des livres blancs et des livres verts. L'on s'accorderait sur les faits avant d'envisager les remèdes, et, s'ils passent par la loi, l'on s'interrogerait sur le type de loi nécessaire. Tout changerait alors dans la fabrication des normes. Un nombre substantiel de projets ne verraient plus le jour ou bien seraient très différents. Tout le reste s'en déduit. La performance normative y gagnerait en ce que les critères, contradictoirement déterminés, faciliteraient l'évaluation *ex post* de la loi »².

Les autorités politiques françaises ont toutefois conscience de telles carences. À l'occasion du forum des idées sur les institutions organisé en février 2011, M. M. Valls proposait ainsi d'organiser un débat parlementaire sur les études d'impact en début de procédure législative³. Pour ériger les études d'impact en véritable instrument de débat démocratique, il conviendrait toutefois de rendre publiques ces études en amont de la saisine du Conseil d'État⁴. Car, en l'état actuel du droit positif français, les parlementaires qui entendent mener un travail de terrain ne disposent pas du temps nécessaire pour apprécier le contenu des études d'impact qui leur sont transmises⁵. L'efficacité de cette publicité, en amont de l'avis du Conseil d'État, pourrait être remise en cause par les éventuelles

1. En ce sens, v. A. Renda, *in Evaluation et qualité de la législation : quel rôle pour les Parlements ?*, préc., p. 25.

2. Cité par D. Assouline, *Rapport d'information n° 623*, préc., p. 88.

3. *Id.*, p. 98 s.

4. Sur ce point, v. B. du Marais, *in Mission d'information sur la simplification de la législation*, compte rendu n° 2, préc., p. 14.

5. V. en ce sens, C. Untermaier, *in Mission d'information sur la simplification de la législation*, compte rendu n° 2, préc., p. 8.

modifications apportées au texte à la suite de cet avis. Pour y remédier il est recommandé que l'étude d'impact d'un texte modifié fasse l'objet d'une mise à jour qui soit diffusée dans les meilleurs délais, afin que les parlementaires en prennent connaissance avant le début du débat parlementaire.

Proposition n° 6 : Systématiser la publicité des études d'impact en amont de la saisine du Conseil d'État et diffuser dans les meilleurs délais les études d'impact qui auraient été amendées à la suite de cet avis.

Proposition n° 7 : Organiser un débat parlementaire sur l'étude d'impact en début de procédure législative. En ce sens, modifier l'article 86 du Règlement de l'Assemblée nationale afin que l'intervention liminaire du rapporteur débute par une présentation de l'étude d'impact pour susciter un débat sur ce point.

5. Le nécessaire recours aux études d'impact dans le cadre de l'évaluation *a posteriori*

46. Les études d'impact, on l'a vu, demeurent sous-exploitées dans le cadre des procédures d'évaluation *a posteriori* des textes normatifs. Certes, la France n'est pas le seul pays à accuser un certain retard en cette matière¹. Mais les exemples inverses existent. On songera, notamment, aux États-Unis, où chaque année le pouvoir exécutif est tenu de rendre compte au Congrès des effets de la législation observés sur le terrain par rapport à ceux attendus². En Allemagne, la Cour constitutionnelle, de façon tout à fait originale, impose au législateur, au titre de la protection des droits fondamentaux de la personne, de modifier ses textes lorsque les prévisions sur lesquelles ceux-ci sont fondés se révèlent inexacts³. En Grande-Bretagne encore, le Gouvernement réalise, depuis un accord signé avec la Chambre des communes en 2010, des évaluations en interne afin de vérifier si les projets de loi remplissent leurs objectifs. Évaluations dont les conclusions peuvent, ensuite, être examinées par le Parlement⁴.

On notera néanmoins que l'Assemblée nationale vient d'inscrire dans son Règlement l'obligation suivante : « à l'issue d'un délai de trois ans suivant l'entrée en vigueur d'une loi, deux députés, dont l'un appartient à un groupe d'opposi-

1. D. Assouline (*Rapport d'information n° 623*, préc., p. 101) a ainsi pu souligner le fait que « si beaucoup de pays de l'OCDE sont dotés de mécanismes d'évaluation *a posteriori*, encore assez peu – moins de la moitié, semble-t-il –, procèdent à un rapprochement plus ou moins méthodique entre les estimations prévisionnelles et les résultats constatés sur la base des critères insérés dans l'étude d'impact ».

2. Rapporté par N. Malyshev, *in* Mission d'information sur la simplification de la législation, compte rendu n° 7, préc., p. 4.

3. Sur ce point, v. Conseil d'État, *Rapport public 2006 – Sécurité juridique et complexité du droit*, préc., p. 311.

4. J. Mulley, *in* *Évaluation et qualité de la législation : quel rôle pour les Parlements ?*, préc., p. 46.

tion, présentent à la Commission compétente un rapport d'évaluation sur l'impact de cette loi. Ce rapport fait notamment état des conséquences juridiques, économiques, financières, sociales et environnementales de la loi, le cas échéant au regard des critères d'évaluation définis dans l'étude d'impact préalable, ainsi que des éventuelles difficultés rencontrées lors de la mise en œuvre de ladite loi » (art. 145-7).

Pour que l'évaluation *ex post* ainsi envisagée soit effective, il apparaît impératif que nos études d'impact intègrent, à l'instar du Royaume-Uni, des critères d'évaluation *ex post*. Le Parlement disposerait ainsi de bases solides pour vérifier, au terme d'un délai prédéterminé, si les objectifs fixés dans l'étude d'impact ont été remplis. Dans cette optique, un récent rapport a recommandé « de faire de la détermination des indicateurs sur lesquels on fondera l'évaluation *ex post* des normes une rubrique à part entière des études d'impact, que les administrations devront impérativement renseigner (sic) »¹.

Proposition n° 8 : Systématiser l'intégration, dans les études d'impact, de critères d'évaluation *ex post*. En ce sens, modifier la loi organique du 15 avril 2009.

1. *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 5. Le rapport propose « d'enrichir le contenu des études d'impact (...) en y introduisant les critères sur lesquels se fondera l'évaluation *ex post* de ces mesures » (Proposition n° 1).

III

Réguler l'usage du droit d'amendement

47. Parmi les diverses pratiques parlementaires, le droit d'amendement est souvent considéré comme une cause de dénaturation du texte initialement présenté, voire d'incohérences entre les règles adoptées par le Parlement. Aussi, comme le relève M. J.-P. Camby, « tout ce que l'on reproche à la loi est aussi reproché à l'amendement : inflation, émiettement, atteinte à la sécurité et la clarté de la norme (...) L'antiparlementarisme s'est toujours nourri de l'usage jugé abusif ou inadapté du droit d'amendement »¹.

La critique la plus habituelle dont fait l'objet le droit d'amendement a trait à son exercice obstructif. La Constitution et les Règlements des assemblées parlementaires ne posent aucune limite numérique à l'exercice du droit d'amendement et n'exigent pas de *quorum* de signatures pour en légitimer le recours. La perversion du droit d'amendement à des fins de ralentissement et de gêne du travail parlementaire est donc relativement aisée². Effectivement, dans toutes les grandes batailles obstructionnistes, les parlementaires ont pu présenter des amendements par centaines, voire par milliers. Inaugurée en France à l'occasion du vote de la loi « sécurité-liberté », il y a plus de 35 ans, la tactique de la présentation d'amendements en cascade s'est poursuivie depuis. Les amendements d'obstruction sont facilement identifiables : ce sont ceux qui sont massivement déposés en même temps, par le même auteur, ceux qui sont dépourvus de contenu normatif et enfin ceux qui sont rédigés de manière identique ou similaire à une série d'autres amendements. Ces amendements en cascade, qui ont pour objectif de prolonger le débat parlementaire, entament substantiellement sa qualité³.

1. Intervention lors de la journée d'études du 13 janvier 2011 organisée à l'Assemblée nationale par l'Association française de droit constitutionnel, in J. Gicquel, A. Levade, B. Mathieu et D. Rousseau (dir.), *Un Parlement renforcé ? Bilan et perspectives de la réforme de 2008*, Dalloz, 2012, p. 22.

2. Voir à ce sujet X. Roques, La révision constitutionnelle et les méthodes de travail à l'Assemblée nationale, LPA 10 novembre 1995, n° 135, 18.

3. Il convient néanmoins de souligner que l'Assemblée nationale a adopté en 2009 une nouvelle réglementation afin de limiter les effets des amendements d'obstruction. Ainsi la procédure dite « du temps législatif programmé » permet désormais à la Conférence des présidents de fixer à l'avance la durée maximale de l'examen d'un texte en séance. Sans

Utilisations récentes d'amendements d'obstruction

Loi concernant le mariage entre personnes du même sexe : près de 6 000 amendements déposés sur le texte qui visaient essentiellement à prolonger les débats.

Sur ce texte, certains députés ont présenté le même amendement au mot près (amendements n° 653, n° 4458, n° 3209 et n° 1549).

Proposition de la loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, dite « Loi Famille » : cette proposition qui comptait à l'origine vingt articles fut l'objet de 700 amendements lors de sa première lecture à l'Assemblée nationale le 19 mai 2014, dont plus de 600 déposés par l'opposition.

Un grand nombre de ces amendements déposés par l'opposition ont un contenu similaire. Ainsi, les amendements n° 48, n° 110, n° 63 et n° 161, visant à supprimer l'alinéa 3 de l'article 4 ont un contenu exactement identique : « La définition proposée à cet alinéa fige la définition de l'acte important. Il ne faut pas que la définition légale proposée, d'inspiration jurisprudentielle, se révèle trop étroite. L'expression "qui rompt avec le passé et engage l'avenir" laisse entendre que les conditions posées sont cumulatives alors que celles-ci doivent demeurer alternatives ».

48. Toutefois, le thème de l'obstruction n'est pas le seul à appeler l'attention. À cet effet, il faut se souvenir que l'exercice du droit d'amendement reconnu aux parlementaires et au Gouvernement est encadré, notamment à travers le contrôle du Conseil constitutionnel. La prohibition des « cavaliers législatifs » et la règle de « l'entonnoir » jouent à cet égard un rôle important.

➤ La prohibition des cavaliers législatifs

49. Le Conseil constitutionnel veille à ce que **l'adoption d'amendements, expression d'un droit constitutionnel de première importance, ne conduise pas à l'insertion de dispositions dépourvues de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie.** Le contrôle ainsi exercé porte sur le lien avec l'amendement initial, mais pas sur l'importance – quantitative ou qualitative – de l'amendement.

En effet, le Conseil constitutionnel a abandonné depuis longtemps la jurisprudence dite « Amendement Seguin »¹, selon laquelle « les adjonctions ou modifications (...) apportées au texte en cours de discussion ne sauraient, sans méconnaître les articles 39, alinéa 1, et 44, alinéa 1, de la Constitution, ni être sans lien avec ce dernier, ni dépasser, par leur objet et leur portée, les limites inhérentes à l'exercice du droit d'amendement ». À partir de sa décision n° 2001-445 DC du 19 juin 2001, le Conseil ne fait plus référence à ces « limites inhérentes » et se contente de vérifier que les amendements « ne sont pas dépourvus de tout lien » avec les autres dispositions du texte initial. Avant

faire obstacle au droit d'amendement, cette procédure empêche aux débats de s'éterniser, et prive d'effet les amendements d'obstruction.

1. Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-225 DC.

la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, l'appréciation de la procédure d'adoption d'une disposition insérée en cours de discussion dans un projet ou une proposition de loi était fondée sur une combinaison d'articles de la Constitution. Le Conseil constitutionnel rappelait « que le droit d'amendement que la Constitution confère aux parlementaires et au Gouvernement est mis en œuvre dans les conditions et sous les réserves prévues par ses articles 40, 41, 44, 45, 47 et 47-1 ». Il déduisait de la combinaison de ces dispositions « que le droit d'amendement, qui appartient aux membres du Parlement et au Gouvernement, doit pouvoir s'exercer pleinement au cours de la première lecture des projets et des propositions de loi par chacune des deux assemblées ; qu'il ne saurait être limité, à ce stade de la procédure et dans le respect des exigences de clarté et de sincérité du débat parlementaire, que par les règles de recevabilité ainsi que par la nécessité pour un amendement de ne pas être dépourvu de tout lien avec l'objet du texte déposé sur le bureau de la première assemblée saisie »¹.

La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a sanctuarisé cette règle en complétant le premier alinéa de l'article 45 de la Constitution. Il est désormais posé que : « sans préjudice de l'application des articles 40 et 41, tout amendement est recevable en première lecture **dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis** ».

Dans son contrôle des cavaliers, c'est-à-dire des dispositions introduites en première lecture par l'une ou l'autre des assemblées en méconnaissance de la seconde phrase du premier alinéa de l'article 45 de la Constitution, le Conseil constitutionnel, de manière constante, confronte ces dispositions avec le contenu du projet de loi déposé ou de la proposition de loi enregistrée et apprécie l'existence d'un lien, même indirect, entre eux. **C'est bien le contenu même du projet ou de la proposition initiale qui est pris en compte : l'exposé des motifs ou le titre du projet ou de la proposition ne constituent que des indices du contenu matériel des dispositions**². À chaque fois, le Conseil constitutionnel examine si la question a été soulevée dans les débats parlementaires ou si elle l'est par les requérants. Il applique aussi le critère du cavalier manifeste qui aurait été adopté en méconnaissance de la clarté et de la sincérité des débats, c'est-à-dire sans débat ou sans débat sur la portée de la mesure. Le Conseil constitutionnel fait une application constante de ces critères³.

1. Par ex. Cons. const., 16 mars 2006, n° 2006-533 DC ou n° 2006-534 DC du même jour.

2. Cons. const., 25 janvier 2007, n° 2007-546 DC.

3. Pour une étude détaillée de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, v. D. Chamussy, La procédure parlementaire et le Conseil constitutionnel, *Nouv. cah. Cons. const.* 2013, n° 38, 42 s.

➤ La règle dite de l'entonnoir

50. L'exercice du droit d'amendement reconnu au Gouvernement et aux membres des assemblées est également encadré à travers **la règle dite de l'entonnoir**. Le Conseil s'est progressivement rallié à cette règle, selon laquelle les parlementaires ne doivent pas introduire de dispositions nouvelles après la première lecture du texte. Le Conseil lui a donné une importance accrue à partir de sa décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006. Comme l'écrit M. D. Chamussy : « Le 19 janvier 2006, le Conseil annonce qu'il fera désormais prévaloir "l'entonnoir" dès la deuxième lecture. En se fondant sur l'économie générale de l'article 45 de la Constitution, notamment son premier alinéa (« Tout projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique »), il juge 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** ». Ne demeurent admises, implicitement, que les dérogations déjà acceptées après la CMP, au profit 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 ».

Les étapes de cette évolution sont les suivantes. Dans un premier temps, cette exigence ne s'appliquait qu'aux amendements adoptés après la commission mixte paritaire.

Dans un second temps est intervenue la consécration d'une première « remontée de l'entonnoir » à travers la **censure de dispositions nouvelles introduites lors de la commission mixte paritaire**¹ :

« 22. Considérant qu'il résulte des dispositions combinées des articles 39, 44 et 45 de la Constitution que le droit d'amendement s'exerce à chaque stade de la procédure législative, sous réserve des dispositions particulières applicables après la réunion de la commission mixte paritaire ; que, toutefois, les adjonctions ou modifications ainsi apportées au texte en cours de discussion, quels qu'en soient le nombre et la portée, ne sauraient, sans méconnaître les exigences qui découlent des premiers alinéas des articles 39 et 44 de la Constitution, être dépourvues de tout lien avec l'objet du projet ou de la proposition soumis au vote du Parlement ;

« 23. Considérant, en l'espèce, que la modification apportée à l'article 7 de la loi du 13 septembre 1984, qui affecte la limite d'âge des dirigeants de l'ensemble des établissements et des sociétés du secteur public, est, ainsi qu'il ressort des débats parlementaires, dépourvue de tout lien avec le projet de loi déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale, qui comportait exclusivement des dispositions relatives au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières ; qu'il convient, dès lors, de déclarer le II de l'article 47 contraire à la Constitution. »

1. Cons. const., 5 août 2004, n° 2004-501 DC.

Dans un troisième temps, le Conseil a fait respecter la règle dite de « l'entonnoir » dès la deuxième lecture : « 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 ; que, toutefois, ne sont pas soumis à cette dernière obligation 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 »¹.

La révision constitutionnelle de 2008 a été sans incidence sur l'application de cette règle de l'entonnoir que le Conseil déduit de l'économie de l'article 45 de la Constitution, et notamment de son premier alinéa aux termes duquel « [t]out projet ou proposition de loi est examiné successivement dans les deux assemblées du Parlement en vue de l'adoption d'un texte identique ».

➤ Le contrôle de la qualité de la loi

51. Le Conseil exerce enfin un certain **contrôle de la qualité de la loi** à travers l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi en se fondant sur les articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789². Il a jugé que l'égalité devant la loi, énoncée par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, 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 a aujourd'hui un considérant bien fixé : « considérant qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que 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 impose d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »³.

La méconnaissance de cet objectif de valeur constitutionnelle a donné lieu à diverses censures dans le cadre du contrôle des lois *a priori*⁴. Parmi d'autres, le Conseil constitutionnel a ainsi notamment censuré une disposition législative relative au libellé de certains bulletins de vote tant les déficiences dont elle

1. Cons. const., 19 janvier 2006, n° 2005-532 DC, cons. 26.

2. Cons. const., 16 décembre 1999, n° 99-421 DC.

3. Cons. const., 29 décembre 2009, n° 2009-599 DC.

4. Cons. const., 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC ; 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC ; 24 juillet 2008, n° 2008-567 DC ; 29 décembre 2012, n° 2012-662 DC ; 9 octobre 2013, n° 2013-675 DC.

était entachée méconnaissent 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 derniers¹ ; ou encore, de façon éloquente et bien connue, l'intégralité de l'article 78 de la loi de finances pour 2006 sur le plafonnement de niches fiscales dans la mesure où la complexité du dispositif était jugée excessive eu égard à sa finalité pour ne pas dire parfaitement incompréhensible².

52. En définitive donc, le Conseil constitutionnel agit contre l'exercice inopportun du droit d'amendement, à travers les censures des cavaliers législatifs et de la méconnaissance de l'entonnoir, comme à travers celles des lois de piètre qualité. Les censures sont nombreuses. Dans les lois de finances, le Conseil constitutionnel a censuré, de nombreuses dispositions au titre des cavaliers ou de l'entonnoir : 6 en 2009, 7 en 2010, 14 en 2011, 6 en 2012, 11 en 2013. Il en a été de même pour les lois de financement de la sécurité sociale : 10 en 2009, 19 en 2010, 7 en 2011, 11 en 2012, 2 en 2013. Enfin, le Conseil exerce un contrôle similaire au sujet des lois ordinaires. Ainsi, dans la loi modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, le Conseil constitutionnel a censuré trente articles ou fractions d'articles au titre de ses jurisprudences sur les cavaliers législatifs et sur l'entonnoir³. En définitive, à s'en tenir par exemple à la seule année 2011, le Conseil constitutionnel a censuré au total 48 cavaliers législatifs (et entonnoirs) dans les différentes lois.

➤ Une dérive persistante

53. Malgré le contrôle substantiel opéré par le Conseil constitutionnel et les réformes relatives au droit d'amendement, la « dérive du droit d'amendement »⁴ persiste. La consultation des tableaux reproduits ci-dessous, qui permet de dégager divers constats, illustre cette dérive.

1. Cons. const., 24 juillet 2003, n° 2003-475 DC.

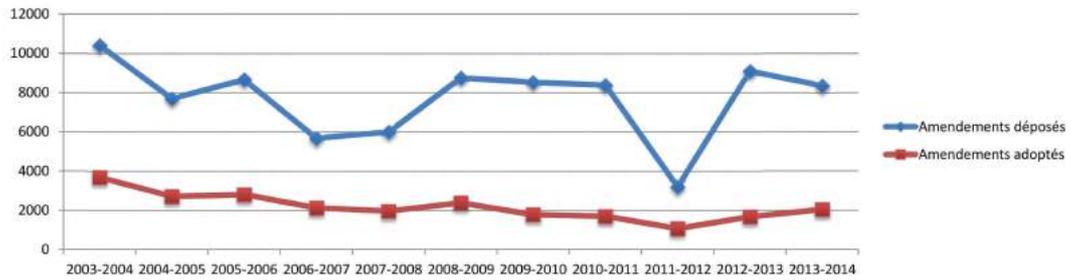
2. Cons. const., 29 décembre 2005, n° 2005-530 DC.

3. Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-460 DC.

4. Comité de réflexion et de propositions sur la modernisation des institutions de la Ve République, préc., p. 41.

Statistiques relatives aux amendements en séance déposés et adoptés au Sénat sur 10 ans¹

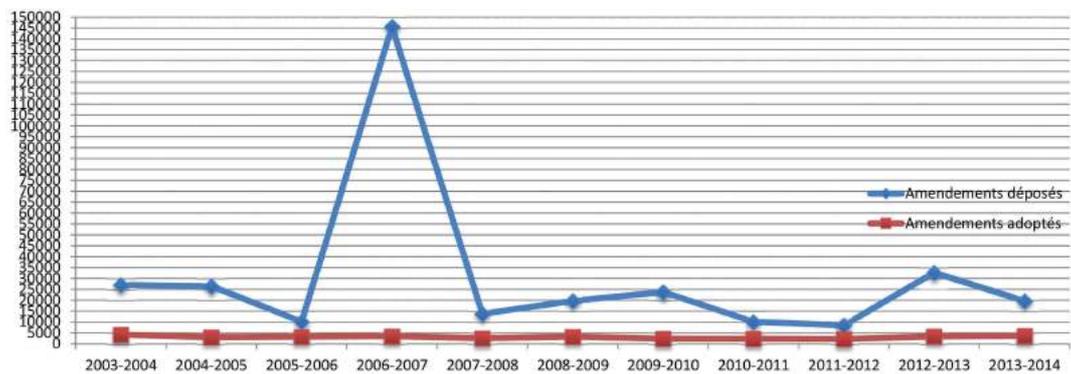
	2003-2004		2004-2005		2005-2006		2006-2007		2007-2008		2008-2009		2009-2010		2010-2011		2011-2012		2012-2013		2013-2014	
	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A
	10398	3676	7686	2706	8652	2799	5672	2118	5988	1959	8746	2379	8521	1778	8377	1697	3192	1067	9085	1670	8345	2046
Taux d'adopt.	35,3 %		35,2 %		32,3 %		37,3 %		32,7 %		26,5 %		20,9 %		20,2 %		33,4 %		18,8 %		24,5 %	



1. Statistiques issues du site du Sénat.

Statistiques relatives aux amendements en séance déposés et adoptés à l'Assemblée nationale sur 10 ans¹

2003-2004		2004-2005		2005-2006		2006-2007		2007-2008		2008-2009		2009-2010		2010-2011		2011-2012		2012-2013		2013-2014	
D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A
27073	4186	26471	3059	10196	3317	145531 ³¹	3541	13778	2598	19704	3351	23776	2362	10147	2314	8472	2249	32645	3443	19662	3650
15,5 %		11,55 %		32,5 %		2,4 %		18,8 %		17%		9,9 %		22,8 %		26,5 %		10,5 %		18,6 %	



1. Statistiques issues du site de l'Assemblée nationale.

Origine et sort des amendements déposés et adoptés à l'Assemblée nationale sur 10 ans en séance publique¹

	2003-2004		2004-2005		2005-2006		2006-2007		2007-2008		2008-2009		2009-2010		2010-2011		2011-2012		2012-2013	
Gouvernement	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A
	701	613	547	481	388	345	438	407	276	247	617	558	498	399	545	476	615	548	856	752
Taux d'adoption	87,4 %		87,9 %		88,9 %		92,9 %		89,5 %		90,4 %		80,1 %		87,3 %		89,1 %		87,8 %	
Commissions	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A
	2780	2127	2140	1583	2040	1654	2081	1814	1705	1406	1758	1255	501	383	586	431	741	554	447	311
Taux d'adoption	76,5 %		74 %		81,1 %		87,2 %		82,5 %		71,4 %		76,4 %		73,5 %		74,8 %		69,6 %	
Groupes de la majorité	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A
	3909	874	2791	733	3553	1087	2490	758	2348	588	4207	930	4135	1233	3427	1171	2681	980	3634	1750
Taux d'adoption	22,3 %		26,3 %		30,6 %		30,4 %		25 %		22,1 %		29,8 %		51,7 %		36,5 %		48,1 %	
Groupes de l'opposition	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A
	19683	572	20993	262	4215	231	140 722 ³²	562	9449	357	13122	608	18642	347	5589	246	4435	185	27708	630
Taux d'adoption	2,9 %		1,2 %		5,5 %		0,4 %		3,8 %		4,6 %		1,9 %		4,4 %		4,2 %		2,3 %	
Tous groupes confondus	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A
	23592	1440	23784	995	7768	1318	143212 ³³	1320	11797	945	17329	1538	22777	1580	9016	1417	7116	1165	31342	2380
Taux d'adoption	6,1 %		4,2 %		16,7 %		0,9 %		8 %		8,9 %		6,9 %		15,7 %		16,4 %		7,6 %	

1. Statistiques issues du site de l'Assemblée Nationale.

Origine et sort des amendements déposés et adoptés au Sénat sur 10 ans en séance publique¹

	2003-2004		2004-2005		2005-2006		2006-2007		2007-2008		2008-2009		2009-2010		2010-2011		2011-2012		2012-2013		2013-2014 ³⁴	
Gouv.	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A
	598	541	433	392	398	352	280	266	263	238	631	543	431	341	497	364	242	130	475	299	453	285
Taux d'adoption	90,5 %		90,5 %		88,4 %		95 %		90,5 %		86 %		79,1 %		73,2 %		53,7 %		62,9 %		62,9 %	
Commissions	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A
	2514	2224	1985	1697	1963	1685	1574	1325	1439	1236	1336	966	677	541	792	596	400	342	699	457	915	698
	88,5 %		85,5 %		85,8 %		84,2 %		85,9 %		72,3 %		79,9 %		75,2 %		85,5 %		65,4 %		76,3 %	
Groupes	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A	D	A
	7267	911	5268	617	6291	762	3818	527	4286	485	6779	870	7413	896	7088	737	2550	595	7911	914	6977	1063
	12,5 %		11,7 %		12,1 %		13,8 %		11,3 %		12,8 %		12,1 %		10,4 %		23,3 %		11,5 %		15,2 %	

1. Statistiques issues du site du Sénat.

Le premier constat à tirer de ces données porte sur le fait que le nombre d'amendements déposés demeure considérablement élevé : plus de 9 000 amendements l'ont été au Sénat en 2012-2013 contre plus de 32 000 sur la même période à l'Assemblée nationale. De la même manière, le taux d'adoption de ces amendements reste faible puisque, de manière générale, seulement 18,8 % des amendements déposés ont été adoptés au Sénat en 2012-2013 et seulement 10,5 % à l'Assemblée nationale sur la même période. Toutefois, un tel taux d'adoption varie substantiellement selon l'auteur de l'amendement : alors que les amendements déposés par les commissions et le Gouvernement bénéficient d'un taux d'adoption important, ceux déposés par les groupes parlementaires ont un taux d'adoption autrement plus faible.

54. De ces différentes données, celles évoquant les amendements déposés par le Gouvernement attirent le plus l'attention. En effet, alors que le nombre d'amendements de fond adoptés chaque année ne varie pas réellement, se situant autour de 3 000, **les amendements d'origine gouvernementale n'ont cessé d'augmenter**, marquant un record lors de la session 2012-2013 où ils représentent 742 des 3 043 amendements adoptés à l'Assemblée nationale. À cela s'ajoutent tous les amendements que le Gouvernement fait reprendre à son compte par le rapporteur du projet. Ainsi, il arrive que le Gouvernement dépose des amendements puis les retire avant la discussion et que des amendements identiques soient finalement déposés par le rapporteur. **Il faut dès lors s'interroger sur les raisons qui poussent le Gouvernement à amender ses propres projets de manière massive, accroissant de manière significative le volume final des projets de loi.**

Tout d'abord, il semble certain que l'augmentation des amendements d'origine gouvernementale provient de l'insuffisance de préparation des projets déposés en amont, ce qui pousse les ministères à déposer par la suite des amendements de dernière minute visant à combler les lacunes du texte initial. Ainsi, lors de la discussion du projet de loi Décentralisation à l'Assemblée nationale le 18 juillet 2014, le Gouvernement a déposé un amendement de dernière minute visant à faire élire au suffrage universel direct d'ici 2020 les conseillers des métropoles. M. J.-C. Lagarde, député UDI, avait alors reproché au Gouvernement « son degré d'impréparation » pour « avoir pris une décision aussi importante et l'imposer à 124 communes de façon si tardive ».

En outre, au-delà de la seule impréparation dont peuvent être victimes les projets de loi, il semble que la possibilité offerte au Gouvernement de déposer de façon dérogatoire¹ des amendements de « dernière minute », c'est-à-dire sans aucune exigence de délai, lui permet d'instrumentaliser son droit d'amendement. En effet, **la voie de l'amendement permet au Gouvernement de passer au**

1. L'article 13 de la loi organique du 15 avril 2009 prévoit que, sauf décision contraire de la Conférence des présidents, les amendements des députés doivent être présentés au plus tard le troisième jour ouvrable précédant le début de la discussion du texte à 17 heures, soit le vendredi à 17 heures pour un texte inscrit à l'ordre du jour le mardi suivant.

travers d'un certain nombre de procédures : alors que l'avis du Conseil d'État et l'étude d'impact s'imposent aux projets de loi, les amendements gouvernementaux y échappent¹. Il n'est ainsi pas rare de voir le Gouvernement introduire par voie d'amendement et dans des projets de loi des dispositifs totalement nouveaux au regard du texte initial, pourtant élaboré par lui, peut-être par crainte de passer par l'une de ces procédures. M. S. Lasvignes, alors Secrétaire général du Gouvernement, évoquait ainsi cette pratique lors du colloque organisé par le Sénat le 5 décembre 2013 portant sur le rôle du Parlement dans l'évaluation et la qualité de la législation. Il confiait qu'**il n'était pas rare de voir les ministères reprendre sous forme d'amendement des dispositions de projets de loi qui avaient pourtant été écartées par le Secrétariat général du Gouvernement lors de son examen du texte, en raison de leur piètre qualité ou de leur constitutionnalité douteuse**. Ces dispositions risquent ainsi, une fois adoptées de faire l'objet d'une censure par le Conseil constitutionnel lorsque ce dernier sera saisi. On peut, par exemple s'interroger sur les conditions dans lesquelles les dispositions créant la métropole du Grand Paris furent adoptées par l'Assemblée nationale en 2013, à la suite du dépôt tardif d'un amendement gouvernemental qui constituait en lui seul un quasi projet et ce, la veille de l'examen du texte par la Commission des Lois². Certains parlementaires ont vu dans cette manière de procéder un moyen d'éviter de soumettre le texte à l'avis du Conseil d'État et à l'analyse de l'impact d'une mesure qui n'était pas anodine. De même, on pourra citer à titre d'exemple l'amendement n° 736 déposé à l'occasion du débat sur le projet de loi de finances de 2010. Cet amendement d'origine gouvernemental, visait à instaurer une taxe sur les banques, destinée à rapporter 100 M€ par an ; l'intégralité de ce montant devant être affecté à la Banque de France, afin de couvrir les moyens humains et matériels de la supervision bancaire. Malgré le montant et les enjeux, cet amendement n'était assorti d'aucune étude d'impact.

55. La Commission, constatant l'usage contestable qui est fait du droit d'amendement, entend formuler diverses propositions.

À ce titre, tout mécanisme formellement élégant mais inopérant en raison de son incapacité à prendre en considération les réalités institutionnelles et politiques serait vain. La contrainte principale tient évidemment aux conditions du débat parlementaire qui, tout autant que le droit d'amendement, ne peut être bridé à l'extrême. Il faut avoir conscience qu'un certain nombre d'amendements sont adoptés pour des raisons liées à des compromis politiques, alors même qu'on

1. Le Comité Vedel préconisait que les amendements gouvernementaux à ses propres projets de loi soient obligatoirement soumis à l'avis du Conseil d'État. Une telle mesure n'est pas envisageable en pratique au regard des délais très courts de la procédure législative.

2. Cet amendement transformait la métropole du Grand Paris en établissement public de coopération intercommunale à finalité propre. Il est devenu l'article 12 de la loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et de l'affirmation des métropoles.

pourrait les juger comme contestables au regard du principe de sécurité juridique. C'est la loi de la démocratie.

Par ailleurs, l'urgence est aujourd'hui une donnée institutionnelle majeure en raison de la réduction de la durée du mandat présidentiel et des exigences liées au monde contemporain : pression médiatique, Europe, mondialisation.

Aussi, la Commission entend préconiser diverses mesures opérationnelles : restreindre la discussion en séance des amendements déjà discutés lors des commissions (A), exclure en principe les amendements d'origine gouvernementale pour les projets de loi (B), imposer un délai de dépôt des amendements d'origine gouvernementale et modifier le délai de dépôt pour l'ensemble des amendements (C) et organiser une procédure permettant de contrôler l'usage gouvernemental du droit d'amendement (D).

A. Restreindre la discussion en séance des amendements déjà discutés en commission

56. L'article 44 de la Constitution dispose en son premier alinéa que « [I]es membres du Parlement et le Gouvernement ont le droit d'amendement. Ce droit s'exerce en séance ou en commission selon les conditions fixées par les Règlements des assemblées, dans le cadre déterminé par une loi organique ». La principale innovation introduite ici en 2008, outre le renvoi à une loi organique – celle du 15 avril 2009 – réside dans la mention selon laquelle le droit d'amendement s'exerce « en séance **ou** en commission ». L'idée du constituant n'était certes pas de permettre que certaines lois soient adoptées directement en commission sans passer en séance publique. L'idée avait été formellement exclue très vite, dès les travaux du Comité Balladur, en tant qu'elle serait contraire aux exigences d'une parfaite transparence démocratique et incompatible avec la tradition constitutionnelle française. Il s'agissait, en revanche et sous une forme modérée, de faire droit à l'intuition selon laquelle la meilleure part du travail parlementaire se fait en commission, et qu'il faut, pour cette raison, donner la plus grande importance à ce temps particulier du travail législatif. La traduction la plus remarquable de cette conviction a consisté, comme on le sait, à permettre – c'est une sorte de révolution – que les assemblées débattent, en séance publique, du texte élaboré par la commission et non plus du texte initialement déposé par le Gouvernement (article 42 de la Constitution).

Cependant, la loi organique et les Règlements des assemblées ne traduisent pas totalement cette modification de l'article 44 de la Constitution. Si le travail en commission a connu une montée en puissance et permet aux rapporteurs de peser davantage dans le débat législatif – le Gouvernement ayant plus de difficultés à imposer ses vues sans négocier avec la commission permanente – les amendements déposés en commission par les parlementaires demeurent à nouveau trop souvent déposés en vue de la séance publique. Cette pratique montre que **les**

objectifs attendus de la révision de 2008 – désengorger la séance plénière par un travail préalable approfondi en commission – n’ont pas tous été atteints.

L’effort doit donc être porté dans cette direction. Le second rapport du Comité Balladur tirant un premier bilan de la mise en œuvre de ses préconisations, le 17 mai 2010, insistait sur ce point.

57. Une solution pourrait peut-être consister à interdire que les amendements déjà discutés et repoussés en commission réapparaissent ensuite en séance. L’article 44 de la Constitution, qui prévoit que le droit d’amendement s’exerce en séance ou en commission, n’interdit pas formellement cette interprétation. Mais une incertitude demeure sur ce point, que le Conseil constitutionnel aurait forcément à lever : une évolution de cette nature étant à introduire dans la loi organique ou dans les Règlements des assemblées, il en serait obligatoirement saisi.

À supposer résolues ces difficultés constitutionnelles de principe, il faudrait au surplus adopter une rédaction assez fine pour éviter que les parlementaires ne puissent contourner trop facilement l’interdiction en modifiant leurs amendements à la marge. Un mécanisme de contrôle autre que purement formel devrait être prévu à cet effet. Il pourrait consister, par exemple, en la faculté offerte au président de l’assemblée concernée de statuer en amont et par voie d’autorité sur la recevabilité d’un amendement réitératif dont le contenu ou l’essence aurait déjà été examiné et rejeté en commission. Le président joue déjà *de facto* un rôle important de « police » des amendements manifestement contraires à la Constitution¹. En exerçant un tel contrôle avec discernement, **il contribuerait à rendre l’examen en séance plus fluide, à réorienter vers les commissions permanentes le travail législatif, la séance étant le lieu des débats de nature plus politique**².

Cette réorientation du droit d’amendement des parlementaires vers les commissions supposerait aussi que le Gouvernement se plie à cette discipline. Il lui appartiendrait de mieux faire valoir son point de vue avant le passage en commission ce qui suppose que soit laissé plus de temps entre le dépôt d’un texte et son examen par cet organe³. **Cela nécessite aussi que le Gouvernement soit plus systématiquement représenté en commission.** On sait que le Conseil constitutionnel lui a reconnu ce pouvoir comme un droit⁴. Encore faut-il qu’il soit exercé de manière constante. Ce problème conduit au demeurant à en poser un autre : celui de savoir si et jusqu’où il est satisfaisant que les ministres soient forcément les seuls à pouvoir

1. Par exemple lorsqu’il s’agit d’amendements portant articles additionnels après la première lecture ce qui est contraire au principe de l’entonnoir.

2. La mesure n’est pas sans rappeler la pratique du « *kangaroo closure* », une procédure parlementaire anglaise qui permet au *speaker* de sélectionner les amendements qui feront l’objet des débats.

3. À ce titre, le recours accru à la procédure accélérée, qui permet au Gouvernement de passer outre le délai des six semaines entre le dépôt d’un texte et son examen en commission, est source de difficultés puisque seul le respect de ce délai permet au rapporteur de procéder aux auditions nécessaires et à la commission d’examiner sereinement le texte.

4. Cons. const., 9 avril 2009, n° 2009-579 DC.

valablement représenter le Gouvernement en commission. La tradition française est en ce sens, mais elle ne produit pas toujours les effets les plus satisfaisants : l'emploi du temps des ministres n'est pas forcément ou pas toujours compatible avec le principe d'une présence très assidue dans les Chambres. Une solution pourrait peut-être consister en la désignation d'un ou deux secrétaires d'État reliés au ministre des relations avec le Parlement (et/ou au Premier ministre) à qui cette mission (non exclusive de la présence du ministre concerné s'il le souhaite) serait spécifiquement confiée pour l'ensemble du Gouvernement voire d'un secrétaire d'État dédié dans certains grands ministères.

À bien la considérer, une telle proposition n'apparaît pas opportune. Outre le fait que le manque de présence des ministres au Parlement doit être relativisé¹, la désignation de « secrétaires d'État parlementaires » pourrait être mal perçue par les parlementaires qui espèrent discuter un texte directement avec le ministre concerné. Et pour cause, seul le ministre porteur d'un texte est susceptible de le défendre efficacement ou est légitime pour procéder à des arbitrages ponctuels. Au-delà, la mesure ne semble pas être source de simplification puisqu'elle entraînera l'augmentation du nombre de secrétaires d'État qui sont déjà nombreux. De plus, en dispensant en partie les ministres de participer au débat parlementaire, cette mesure risque de les inciter à légiférer encore davantage². Enfin, le phénomène de concentration du travail législatif au sein des commissions qui est à l'œuvre – et que le présent rapport entend accentuer – incitera forcément les ministres à participer assidument au travail en commission.

Proposition n° 9 : Exclure de la discussion, lors des séances publiques, les amendements déjà discutés en commission.

B. Restreindre le droit d'amendement gouvernemental en matière de projet de loi

58. Il n'apparaît pas légitime, ainsi qu'il a été montré, que le Gouvernement instrumentalise le droit d'amendement dans la présentation de ses projets de loi. Aussi, on peut penser qu'il devrait être interdit au Gouvernement, sauf coordinations nécessaires, de déposer des articles additionnels sur ses propres projets. Une telle mesure avait déjà été préconisée par le comité Balladur qui proposait

1. Le phénomène concerne davantage le Sénat que l'Assemblée nationale. E. Macron a ainsi participé à l'ensemble des débats en commission relatifs à son projet de loi, soit environ 80 heures.

2. À l'heure actuelle, le ministre qui entend légiférer doit choisir un texte à préparer et à défendre en commission, investissement qui l'empêche de multiplier les textes. La désignation d'un secrétaire d'État qui serait en charge de ce travail pourrait donc entraîner une certaine inflation normative.

« que le Gouvernement se voie interdire le dépôt d'articles additionnels à ses propres projets » (Proposition n° 31). **Une telle mesure permettrait d'éviter le gonflement des textes en cours de discussion par des amendements gouvernementaux qui n'ont pas été soumis, comme évoqué *supra*, au contrôle du Conseil d'État et dont l'impact n'a pas été mesuré.** Il s'agit donc ici d'assurer une certaine cohérence avec les obligations pesant par ailleurs sur le Gouvernement lorsqu'il a l'initiative des textes législatifs. Le risque de paralysie de la parole gouvernementale serait ici neutralisé par l'autorisation du dépôt d'amendements que l'on peut qualifier de « coordination », lesquels visent à adapter le texte aux modifications qu'il a pu subir par ailleurs. Il est au demeurant probable qu'une mesure de ce type suppose une révision de la Constitution puisqu'elle emporte une réduction drastique du droit (constitutionnel) d'amendement dont dispose le Gouvernement.

Proposition n° 10 : Exclure le dépôt d'amendements gouvernementaux – sauf coordination nécessaire – pour les projets de loi.

C. Soumettre les amendements d'origine gouvernementale à des délais de dépôt et raccourcir ledit délai pour l'ensemble des amendements

59. Les amendements gouvernementaux bénéficient pour l'heure d'un statut dérogatoire puisqu'ils ne sont pas soumis au délai de dépôt qui s'applique aux amendements parlementaires. Outre la proposition précédente, et dans son cadre, il convient de revoir ce statut dérogatoire.

La réforme constitutionnelle de 2008, complétée par la loi organique du 15 avril 2009, a, on le sait, rationalisé le droit d'amendement en fixant un délai de dépôt dont le non-respect entraîne l'irrecevabilité. Toutefois, le respect de ce délai de dépôt n'est pas imposé à tous les acteurs de la procédure législative. L'article 13 de la loi organique du 15 avril 2009 prévoit, à ce titre, que :

« Les amendements des membres du Parlement cessent d'être recevables après le début de l'examen du texte en séance publique. Les règlements des Assemblées peuvent déterminer les conditions dans lesquelles est fixée une date antérieure à compter de laquelle ces amendements ne sont plus recevables. Ces délais ne s'appliquent pas aux sous-amendements. Après l'expiration de ces délais, sont seuls recevables les amendements déposés par le Gouvernement ou par la commission saisie au fond. Ces délais peuvent être ouverts de nouveau pour les membres du Parlement dans les conditions prévues par les Règlements des assemblées. »

Une certaine asymétrie existe ainsi entre les amendements déposés par les parlementaires, soumis à un délai de dépôt, et ceux déposés par le Gouvernement

ou la commission saisie, qui peuvent être déposés à n'importe quel moment de la procédure.

Les acteurs de la procédure législative se trouvent alors, lorsque l'amendement est déposé en dernière minute, dans l'incapacité de procéder, de leur propre chef, à une analyse détaillée. **Le dépôt d'amendements gouvernementaux à la dernière minute entame ainsi substantiellement la qualité des discussions dans les commissions ou les séances publiques.**

Face à ces critiques, on peine à identifier les raisons qui pourraient justifier la reconduite de cette différence de traitement entre les amendements gouvernementaux et les amendements parlementaires. La nécessité de pouvoir prendre des initiatives de dernière minute ne saurait justifier la paralysie du débat législatif.

Un récent rapport de la Mission d'information sur la simplification législative préconise d'ailleurs que les amendements gouvernementaux soient soumis à un délai de dépôt¹. Afin d'assainir la relation de séance entre les parlementaires et les membres du Gouvernement, le rapport précité retient qu'il convient, comme l'a rappelé M. A. Lambert, « de montrer que les parlementaires ne sont pas des greffiers chargés de ratifier les décisions des administrations centrales »².

La Commission estime également qu'**il est indispensable, afin d'atteindre une telle situation, de soumettre les amendements gouvernementaux à un délai de dépôt**. Il est vrai qu'une telle mesure pourrait quelque peu désarmer le Gouvernement et surtout l'empêcher de « sauver » à la dernière minute des textes dont la cohérence a pu disparaître lors de la procédure législative. Toutefois, ce serait oublier que l'absence actuelle de délai de dépôt conduit à des situations insatisfaisantes, comme le dépôt, pour la loi relative au Grand Paris, d'amendements de 20 pages en pleine séance qu'il a fallu entièrement réécrire. Par ailleurs, la perte de cohérence des textes lors de la procédure législative est autant le fait des parlementaires que du Gouvernement : sur les 450 amendements adoptés en première lecture de la loi Macron, seuls 90 provenaient des députés, les autres émanaient du rapporteur et du Gouvernement, ce dernier ayant une influence substantielle sur le rapporteur.

Il convient toutefois de mettre en place une procédure dérogatoire lorsque la cohérence du texte discuté est menacée. Le Président de la commission saisie au fond pourrait être l'acteur principal de cette procédure. En pratique, le Gouvernement aurait l'obligation de lui soumettre l'amendement qu'il souhaite déposer en indiquant spécialement en quoi son adoption est essentielle à la cohérence du texte. Le président aura alors la faculté de déclarer recevable cet amendement s'il l'estime nécessaire.

En outre, afin d'améliorer encore davantage la qualité du débat parlementaire, il est nécessaire de raccourcir le délai de dépôt pour l'ensemble des amendements. Si les parlementaires doivent aujourd'hui déposer leurs amendements trois jours ouvrables avant l'examen du texte, à 17 heures, il est préconisé de modifier ce

1. *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 106 (Proposition n° 9).

2. Cité par *Rapport d'information sur la simplification législative*, préc., p. 106.

délaï. Afin que les parlementaires et membres du Gouvernement prennent plus efficacement connaissance des modifications du texte envisagées, il est nécessaire que tous les amendements soient déposés quatre jours ouvrables avant l'examen du texte, à 17 heures. Une telle mesure contribuera au renforcement de la qualité du débat parlementaire et permettra également au Gouvernement de juger plus en amont s'il est nécessaire de déposer un amendement visant à préserver la cohérence du texte.

Proposition n° 11 : Soumettre le dépôt des amendements gouvernementaux à un délai spécial dont le non-respect serait sanctionné par l'irrecevabilité.

Proposition n° 12 : Confier au Président de la commission saisie au fond la faculté de déclarer recevable les amendements gouvernementaux hors-délaï qui seraient essentiels à la cohérence du texte.

Proposition n° 13 : Raccourcir d'un jour ouvrable le délai de dépôt des amendements.

D. Organiser une procédure permettant de contrôler l'usage du droit d'amendement par le Gouvernement

60. Afin de contrôler l'usage par le Gouvernement de son droit d'amendement, il pourrait être utile de **mettre en place une procédure qui serait régie par la loi organique et déclinée par les Règlements des assemblées consistant, à l'instar de ce qui est prévu pour la recevabilité financière (article 89 du Règlement de l'Assemblée nationale), à permettre à tout parlementaire de contester la recevabilité d'un amendement gouvernemental dès lors qu'il excéderait les limites du droit d'amendement, ce dernier ne devant pas être détourné pour introduire de véritables projets dans le projet.**

La révision constitutionnelle de 2008 a entendu introduire des règles d'examen des textes en vue d'assurer une plus grande sécurité juridique : c'est le cas avec les délais prévus à l'article 42 de la Constitution, la volonté de porter l'accent sur le travail en commission, ou la possibilité de saisir le Conseil d'État sur des propositions de loi, et surtout avec l'obligation de produire des études d'impact accompagnant les projets de loi. Sous cet aspect, le dépôt d'un amendement qui serait en lui-même un véritable projet *bis* peut s'apparenter à un détournement de procédure. Une fois de plus, il permet de s'abstraire des obligations – avis du Conseil d'État, étude d'impact – mises en place par la révision de 2008 pour contribuer à la sécurité juridique. La démarche, déjà critiquable s'il s'agit de pallier dans l'urgence un manque de préparation du projet de loi, l'est plus encore s'il s'agit de contourner délibérément ces procédures. L'abus du droit d'amendement, détourné de sa fonction et instrumentalisé, doit pouvoir être contrôlé.

Aussi faut-il autoriser un ou plusieurs députés à saisir la Conférence des présidents afin qu'elle constate ce détournement de procédure. **Cela n'empêcherait pas les amendements d'être examinés mais cette démarche ayant été faite, le Conseil constitutionnel pourrait ensuite sur cette base formelle – ainsi qu'il le fait en matière d'irrecevabilité financière où il n'exerce son contrôle que si la question a été préalablement soulevée lors des débats parlementaires – considérer que la question de la validité de ces amendements est posée.** Le Conseil, sans pour autant renouer avec la jurisprudence dite de l'Amendement Séguin sur les limites inhérentes au droit d'amendement¹ abandonnée depuis, pourrait ainsi tirer argument des modifications introduites dans la Constitution lors de la révision de 2008 pour exercer un droit de regard et sanctionner les abus les plus criants qui s'apparenteraient à un détournement de procédure.

Il serait évidemment cohérent que ce mécanisme soit étendu aux amendements d'origine parlementaire afin d'éviter que cette prohibition ne soit contournée par le recours complaisant d'un parlementaire de la majorité, qui viendrait, en lieu et place du Gouvernement, « dénaturer » l'exercice du droit d'amendement.

De nouveau, l'acceptabilité de ces évolutions à Constitution constante peut être mise en débat. Mais il faut ici répéter que l'introduction de dispositifs de cet ordre dans des lois organiques ou des Règlements d'assemblées parlementaires présente l'immense mérite d'assurer la saisine et le contrôle du Conseil constitutionnel, puisqu'il en est obligatoirement saisi. Le constat d'une éventuelle incompatibilité avec la Constitution aurait pour seul effet de mettre le constituant devant ses responsabilités : suivant la métaphore bien connue du « lit de justice », il a toujours la possibilité de surmonter une déclaration d'inconstitutionnalité en changeant la norme (constitutionnelle) de référence. Rappelons que la plus grande partie de la construction institutionnelle européenne des dernières décennies s'est faite de cette manière : on a révisé la Constitution pour la rendre compatible avec une norme (européenne) qui avait initialement été jugée ne lui être pas miscible.

Proposition n° 14 : Organiser une procédure permettant aux parlementaires de saisir la Conférence des présidents afin qu'elle constate un éventuel détournement de la procédure d'amendement par le Gouvernement.

1. Cons. const., 23 janvier 1987, n° 86-225.

IV

Favoriser la consolidation des textes normatifs

61. L'inflation normative ne conduit pas seulement au développement du « stock » de normes applicables. Elle se manifeste, c'est un truisme, par une augmentation des modifications apportées aux différents instruments normatifs en vigueur. Les statistiques mettent en évidence ce phénomène : le nombre de modifications introduites dans les textes existants est passé d'environ 5 000 à 6 000 par an à la fin des années 1990 à environ 10 000 au début des années 2000 puis à 20 000 à 25 000 ces dernières années, le pic ayant été atteint de 2005 à 2007 avant un reflux relatif qui semble se confirmer.

Nombre de modifications de textes reproduits dans Codes et lois par années

Années	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Total	4 803	6 498	11 839	8 880	9 074	15 785	19 530
Dont modifications issues de							
Lois	1243	1945	2114	2336	2612	3382	4589
Ordonnances	240	nc	5929	513	336	587	2806
Décrets	2839	3983	3070	5008	5044	10896	10818

Années	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Total	26 923	21 094	25 211	19 355	16 459	20 551	17 768
Dont modifications issues de							
Lois	4418	3680	4515	3472	3886	4497	4339
Ordonnances	2573	3237	3309	1213	1722	4495	2206
Décrets	18749	12716	16355	13484	9474	10471	10145

Années	2012	2013	2014*
Total	17 437	14 142	11 247
Dont modifications issues de			
Lois	1891	3330	3956
Ordonnances	2468	1159	1159
Décrets	11653	5319	5319

* Au 26/09/2014

Cette situation a notamment pour conséquence d'entraver le travail de « mise à jour » des textes. Cette opération, communément désignée sous le terme de « consolidation », concourt à la sécurité juridique puisqu'elle permet un accès direct à la version actualisée des textes normatifs. Il n'est pas besoin de souligner l'importance de ce travail : l'usager du droit – magistrat, avocat ou justiciable – utilise les supports de maisons d'édition le plus souvent, ou Légifrance dans d'autres cas. Etre capable de savoir quelle est la règle à jour est une exigence élémentaire ; après viennent logiquement les difficultés – compréhension, interprétation, application – mais le mal se loge partout, et même dans cette étape de base.

Bien plus qu'une « technique de présentation des textes »¹, la consolidation est une « opération doctrinale » parce qu'elle consiste à intégrer dans un acte dit de base (code, loi, décret, ... en droit français) des modifications de nature diverse, provenant de types de données jugés scientifiquement pertinents, selon une méthode préalablement définie, le cas échéant en procédant à des recherches et en mettant en œuvre des savoirs, des analyses et des interprétations »².

Celui qui entend procéder à la consolidation d'un texte doit ainsi intégrer dans son entreprise de mise à jour non seulement les modifications du texte engendrées par des dispositions expresses, explicites et directes, mais aussi les modifications implicites. Il convient, par exemple, de ne pas rater l'adoption d'une disposition balai qui abrogerait un texte sans le viser expressément. Il en va de même pour les éléments de fait (première réunion ou renouvellement d'un organisme, nomination de son président etc.) qui peuvent influencer sur l'entrée en vigueur d'un texte, ou encore pour une décision du Conseil d'État ou du Conseil constitutionnel qui priverait d'effet un texte particulier. On comprend en quoi la consolidation est une mécanique.

62. La complexité de l'exercice, et la nécessité de procéder à des choix réfléchis, expliquent l'importance des divergences qui peuvent exister entre différents fonds éditoriaux fournissant des versions consolidées des textes.

1. Site Légifrance, rubrique « À propos du droit », point 5.2.

2. H. Moysan, La consolidation des codes, lois, décrets : positions doctrinales d'éditeurs ou devoir de l'État ?, JCP G 2006, n° 50, I, 196. V. également H. Moysan, La nature doctrinale de la consolidation de la loi, in R. Drago (dir.), *La confection de la loi*, PUF, 2005, p. 183.

Ainsi, la sanction pécuniaire prévue par l'article L. 651-4 du Code de la construction et de l'habitation s'élève à 2 250 euros selon Légifrance, alors qu'elle oscille entre 0,75 euro à 1 200 euros selon LexisNexis. De même, le décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 portant fixation du tarif des huissiers de justice comprend un article 16-1 selon LexisNexis, article qui ne figure pas sur Légifrance. Aussi, l'article L. 320 du Code des pensions militaires d'invalidité est en vigueur selon Légifrance alors que LexisNexis le considère comme abrogé. Plus encore, la loi du 14 avril 1924 apparaît comme étant entièrement en vigueur pour Légifrance alors que LexisNexis la considère comme étant abrogée dans sa quasi-totalité. Enfin, le 2) du paragraphe II de la loi du 11 février 2005 est abrogé pour Légifrance alors qu'il est partiellement en vigueur pour LexisNexis. Le tableau reproduit ci-dessous met en évidence ces divergences entre les textes issus de Légifrance et ceux tirés du fonds *Codes et lois* de l'éditeur privé LexisNexis.

Instrument	Version Légifrance	Version Codes et Lois
Art. L. 651-4 du Code de la construction et de l'habitation	Sanction pécuniaire de 2 250 €	Sanction pécuniaire de 0,75 à 1 200 €
Décret n° 96-1080 du 12 décembre 1996 portant fixation du tarif des huissiers	Ne comprend pas d'article 16-1	Comprend un article 16-1
Art. L. 320 du Code des pensions militaires d'invalidité	Article en vigueur	Article abrogé
Loi du 14 avril 1924 portant réforme du régime des pensions civiles et des pensions militaires	Loi entièrement en vigueur	Loi abrogée dans sa quasi-totalité
Loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des changes, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées	2) du Paragraphe II de la Loi abrogé	2) du Paragraphe II de la Loi partiellement en vigueur

Sans doute, ces divergences s'expliquent-elles par la différence dans les méthodes de consolidation des textes. Toutefois, nombre d'entre elles sont aussi incontestablement l'effet de phénomènes qui compliquent considérablement la consolidation des textes : accès difficile aux sources faisant foi, qualité rédactionnelle déplorable de certains textes ou encore incertitude quant au statut de certaines dispositions normatives.

63. Tout travail relatif à la sécurité juridique ne peut faire l'économie d'une réflexion sur la consolidation. **Faciliter cette dernière permettra aux usagers du droit de disposer de sources qui, bien que non authentiques, se rapprochent le plus de cet état. Plus encore, les mesures tendant à améliorer le travail du législateur présentées plus haut risquent de voir leurs effets se diluer si l'ultime opération donnant à l'utilisateur accès au droit n'est pas facilitée.**

La consolidation est indispensable à la connaissance du droit applicable, à la signification des règles et à leur diffusion. Elle est tributaire de la qualité même des textes et en retour influe sur leur connaissance.

Faciliter la consolidation nécessite d'opérer un choix entre les différentes conceptions de la consolidation.

**H. Moysan, La consolidation des codes, lois et décrets :
positions doctrinales ou devoir de l'État ?
(JCP G 2006, 196)**

Trois points de vue peuvent être adoptés sur le rôle de l'État en matière de consolidation de la loi :

- La détermination de la loi applicable est une fonction essentielle de l'État : la consolidation en est un aspect et relève de la seule compétence de l'État, qui doit l'intégrer au service public et l'exercer sous forme de monopole ;
- L'État détient « la compétence de la compétence » : il lui appartient de déterminer ce qui est légalement autorisé et interdit, en exerçant son pouvoir normatif et en assurant la publication au *Journal officiel* des lois et règlements. La consolidation est affaire doctrinale, il n'appartient pas à l'État de s'en mêler.
- La consolidation est nécessaire à la connaissance de la loi applicable. L'État ne peut s'en désintéresser. Mais comme elle est susceptible de conduire à établir de différentes manières la loi applicable, il doit veiller à respecter et plus encore à favoriser la pluralité des sources.

64. Une première voie à emprunter serait donc celle d'une consolidation réalisée sous la forme d'un monopole. L'exercice d'une telle consolidation ne serait concevable que dans le cadre d'un système de consolidation dite « constitutive » où l'autorité normative compétente pour prendre un texte ou le modifier serait, de la même manière, seule compétente pour le consolider. En pratique, le Parlement, en adoptant la loi, se prononcerait également sur sa version consolidée reproduite en annexe, cette dernière faisant seule foi.

Les pouvoirs publics se sont déjà essayés à cette technique de consolidation sans pour autant lui conférer une portée normative. Ainsi, l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers fut publiée à jour des modifications qu'elle a pu subir à l'occasion du décret n° 91-902 du 6 septembre 1991, l'annexe de ce dernier reprenant l'intégralité de l'ordonnance amendée. Ce mode de consolidation aurait le mérite de sécuriser en grande partie l'établissement du droit applicable, une seule version faisant foi.

Toutefois, il emporterait également de nombreuses difficultés qui ont conduit la Commission à exclure son adoption. D'abord, la mise en place d'une consolidation étatique et monopolistique engendrerait une charge de travail supplémentaire pour les pouvoirs publics : chaque article reproduit devrait être parfaitement actualisé (dénominations, références à d'autres dispositions etc.).

Ensuite, de nombreuses incertitudes ne pourraient pas être levées puisqu'elles ne tiennent pas à la lettre même du texte. Ainsi en est-il de la question de savoir si un texte donné, notamment lorsqu'il n'a pas été récemment modifié ou s'il présente une certaine ancienneté, est applicable ou ne l'est pas. De même, les modifications ou abrogations implicites ne pourraient être prises en compte¹. En outre, les questions d'interprétation demeureraient concernant les modifications et entrées en vigueur conditionnelles ou indéterminées. Enfin, le champ d'une telle réforme paraît difficile à délimiter. La question se pose de savoir pour quels types de normes le procédé devrait valoir car aucune raison particulière ne justifierait qu'il ne concerne que les lois. Quel sort réserver aux actes du Gouvernement (décrets, ordonnances, arrêtés et circulaires), à ceux des différentes autorités productrices de normes telles que les Autorités administratives indépendantes (AAI) voire des partenaires sociaux (conventions collectives et accords nationaux interprofessionnels) ou des administrations décentralisées et déconcentrées ?

Une consolidation dite « informative » exercée à titre de monopole est inenvisageable. En effet, la consolidation par nature ne peut être « objective » et, quand bien même pourrait-elle l'être, **aucune publication papier ou numérique n'est en mesure de reproduire de manière entièrement fiable la législation et la réglementation en vigueur. Dès lors qu'il est vain d'espérer une sécurité juridique incontestable des textes ou une totale sûreté de leur mise à jour sur Légifrance comme dans toute autre source, il apparaît inconcevable de placer des agents publics en situation de déterminer, de fait, le contenu de la loi et donc la teneur des droits et obligations qu'elle définit.**

65. La seconde voie empruntable se développe, elle, dans le cadre actuel de la consolidation. En effet, il est possible de faciliter cette dernière en ayant recours à une série de mesures, moins coûteuses, qui autorisent la prise en compte des modifications et abrogations implicites.

Ces mesures portent sur les trois aspects qui compliquent aujourd'hui la consolidation des textes normatifs. Elles visent ainsi d'abord à faciliter l'accès aux sources faisant foi (A). Elles entendent également faciliter l'appréhension des modifications opérées par les textes normatifs (B). Enfin, elles permettent de déterminer le stock de textes en vigueur (C).

1. C'est le juge qui paraît seul légitime à les établir. Le Conseil d'État a ainsi jugé que les dispositions de l'arrêt du 11 juillet 1977 fixant la liste des travaux nécessitant une surveillance médicale spéciale « doivent être regardées comme ayant été implicitement abrogées par le décret n° 2012-135 du 30 janvier 2012, qui détermine les catégories de salariés qui bénéficient d'une surveillance médicale renforcée et les modalités de cette surveillance médicale renforcée » (CE, 4 juin 2014, n° 360829, *Syndicats CGT NTR-SNR*).

A. Faciliter l'accès aux sources faisant foi

66. La consolidation consistant à modifier les textes existants, on ne peut faire l'économie d'un accès efficace aux versions faisant foi de ces textes. Pour autant, la situation actuelle semble s'éloigner de ce modèle. Outre un accès relatif aux sources faisant foi, c'est-à-dire au *Journal Officiel*, ceux qui sont en charge de la consolidation voient leur entreprise compliquée, en matière de circulaires et d'instructions, par l'absence d'un régime unifié de publication.

Faciliter la consolidation des textes normatifs nécessite donc de permettre un accès efficace au *Journal Officiel* (1) et de clarifier le régime de publication des circulaires et instructions (2). En outre, dans la mesure où le produit fini de la consolidation ne fait pas foi, contrairement au *Journal Officiel*, il importe d'attirer l'attention des usagers du droit sur le statut de l'information diffusée sur Légifrance (3).

1. Permettre un accès efficace au *Journal Officiel*

67. La consolidation des textes normatifs nécessite de mener des recherches dans les textes existants, lesquels ont pu être adoptés il y a un certain temps, afin de pouvoir les modifier si la disposition adoptée entend le faire.

Ces recherches sont aujourd'hui compliquées par la mise à disposition relative de la seule source faisant foi, le *Journal Officiel*. Une mise à disposition efficace s'entend évidemment comme un accès au format « texte dur » (type XLM) du *Journal Officiel*, seul permettant d'opérer les recherches extrêmement précises dans le texte que requiert fréquemment l'entreprise de consolidation. À l'heure actuelle, un tel accès n'existe que partiellement : le *Journal Officiel* n'est accessible en « texte dur » que depuis le 1^{er} janvier 1990. Antérieurement à cette date, il n'est possible de consulter le *Journal Officiel* que sous la forme d'images qui excluent des recherches précises dans le texte et compliquent donc la consolidation des textes normatifs.

Cette situation est regrettable. Les efforts du service public de la diffusion du droit se sont concentrés sur la diffusion de données strictement informatives sur Légifrance au détriment de ce qui apparaît prioritaire, la diffusion de données faisant foi. Aussi, afin de faciliter la consolidation, il est indispensable de renverser cette tendance **en permettant un accès au format « texte dur » du *Journal Officiel* avec la plus grande antériorité possible.**

68. Au-delà de son accès relativement efficace, le *Journal Officiel* n'est disponible que sur le site Internet « www.journal-officiel.gouv.fr » et un simple lien général, situé sur le côté droit de la page d'accueil du site Légifrance renvoie vers ce dernier. Il serait utile de permettre, texte par texte, l'accès à une telle version par le portail Légifrance. Cette mesure faciliterait l'identification du droit applicable en créant une sorte de passerelle entre les données informatives disponibles sur Légifrance et celles, authentiques, disponibles dans le *Journal officiel* et

rendues plus aisément accessibles. Cette mesure doit être rapprochée de la **Proposition n° 21**¹ qui vise à introduire un avertissement sur le site de Légifrance : la présence d'une redirection vers le *Journal officiel* permettra à ceux qui consultent Légifrance d'en saisir la portée exclusivement informative et non authentique.

À défaut d'un accès à la version authentifiée du *Journal Officiel* sur Légifrance, il conviendrait de sécuriser l'accès et le contenu de la version « fac-simile » accessible sur ce dernier, afin de garantir la parfaite identité de cette version avec la version authentifiée disponible sur le site « www.journal-officiel.gouv.fr » ou, pour les textes antérieurs à juin 2004, avec la version imprimée du *Journal officiel*. En outre, pour ces derniers textes, il faudrait également généraliser l'accès à cette version « fac-simile », laquelle se heurte parfois à des difficultés techniques (liens inactifs ou erronés). Prenons un exemple : le lien pour accéder au « fac-simile » du décret n° 58-9 du 2 janvier 1958 relatif aux conditions de nationalité pour exercer une activité minière renvoie à une page de promotion dans la légion d'honneur.

En somme, améliorer l'accès au *Journal Officiel*, outil primordial à la consolidation des textes normatifs, permettrait de faciliter cette dernière.

Proposition n° 15 : Mettre à disposition un accès efficace au *Journal officiel* avec la plus grande antériorité possible.

Proposition n° 16 : Donner accès, sur Légifrance, texte par texte, à la version authentifiée du *Journal officiel*.

Proposition n° 17 : Sécuriser l'accès à la version « fac-simile » des textes normatifs sur Légifrance.

2. Clarifier le régime de publication des circulaires et instructions

69. S'il est nécessaire de rendre plus efficace l'accès aux sources faisant foi, il ne faut pas que cet effort se dilue dans la démultiplication des canaux de publication. Ce phénomène, qui touche les circulaires et instructions, entame substantiellement l'efficacité de la consolidation puisqu'il contraint ceux qui en ont la charge à surveiller l'ensemble des canaux possibles, ce qui est source de coûts supplémentaires et surtout d'erreurs ! L'exemple du Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics, outil référent pour toute personne souhaitant s'informer ou désireuse de conclure un marché public, est à ce titre éloquent : outre le fait que ses modifications opérées par voie de circulaires ont été intégrées tardivement sur Circulaires.gouv.fr, le Guide ne relève plus aujourd'hui de ce site Internet. Un tel changement complique l'entreprise de consolidation puisqu'il faudra désormais scruter d'ultérieures modifications sur ce nouveau canal de publication qu'est, en l'espèce, le site du ministère de l'Économie et des Finances.

1. V. *infra*.

L'exemple du Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics

- Le Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics fut initialement publié sous la forme d'une circulaire du 3 août 2006 prise pour l'application du Code des marchés publics.
- En 2008, à la suite du décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires, la circulaire du 3 août 2006 a bien été reprise sur le site Internet « www.circulaires.gouv.fr ».
- La circulaire du 29 décembre 2009 a abrogé celle du 3 août 2006. Pour autant, Circulaires.gouv.fr n'a pas pris en compte pendant plusieurs mois cette abrogation puisque la circulaire du 3 août 2006 continuait d'être visible.
- La circulaire du 29 décembre 2009 a été elle-même abrogée par une Circulaire du 14 février 2012. Ici encore, la circulaire abrogée est restée sur Circulaires.gouv.fr pendant un certain temps, en l'espèce jusqu'à la publication de la dernière version du Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics publiée fin septembre 2014 sur le site internet du ministère de l'Économie et des Finances.
- En définitive, le Guide n'est plus diffusé sous la forme d'une circulaire publiée au *Journal Officiel* mais sous celle d'un document mis en ligne sur le site du ministère de l'Économie et des Finances.

La multiplication des canaux de publication, ici le *Journal Officiel* et le site Internet du ministère de l'Économie et des Finances, perturbe nécessairement la consolidation.

70. Pour remédier à cette situation, **il est indispensable de mettre en place, pour les circulaires et instructions, un système similaire à celui organisé par l'ordonnance n° 2004-164 du 20 février 2004, laquelle unifie officiellement le régime de publication des lois et des règlements.** En pratique, il convient de créer un Code de conduite à destination de l'administration aux termes duquel elle s'engage à publier les instructions et circulaires au *Journal Officiel* ou au *Bulletin Officiel* des ministères concernés afin qu'elles soient immédiatement versées à Circulaires.gouv.fr. *A contrario*, ce Code de conduite doit proscrire l'hypothèse évoquée du Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics : les circulaires et instructions ne pourront être publiées sur les sites internet des ministères sans faire l'objet d'une publication préalable au *Journal Officiel* ou au *Bulletin Officiel*, ces sites n'étant pas des canaux de publication « autorisés ». La consolidation des textes en sortira facilitée puisque **l'attention de ceux en charge de cette opération pourra être concentrée sur un nombre restreint de canaux de publication : le *Journal Officiel* et le *Bulletin Officiel* des ministères.**

71. La mise en place de ce Code de conduite nécessitera également de mettre un terme à la pratique administrative prévue par la circulaire du 17 juillet 2013 relative à la simplification administrative et au protocole des relations avec les services déconcentrés. Cette circulaire prévoit que :

« Les outils intranet du ministère sont l'instrument adéquat pour la diffusion des recommandations, éclaircissements et précisions nécessaires à

l'activité des préfets et des services déconcentrés. Ils offrent en particulier des possibilités de classement, d'organisation de l'information et de consolidation qu'il convient d'exploiter pleinement. C'est par cette voie que seront désormais diffusées les précisions techniques ou méthodologiques nécessaires à la mise en œuvre d'un texte ou d'une politique.

Il est en outre très opportun de recourir à des modes de relations fondés sur l'interactivité, par exemple sous forme de "questions-réponses" ou de forums d'échanges, ou encore de plates-formes collaboratives réunissant experts des administrations centrales et des services déconcentrés. Ils sont spécialement efficaces pour accompagner la mise en œuvre des nouvelles réformes. Ils peuvent également être utilisés pour associer ces services à la préparation même des réformes, que je vous demande d'organiser de manière désormais systématique. Ce mode de travail sera notamment utile pour évaluer en amont, le cas échéant, la charge nouvelle qu'une mesure en projet pourrait faire peser sur les services déconcentrés (« test ATE »).

On comprend aisément que cette pratique est en nette opposition avec le Code de conduite proposé, lequel vise à clarifier la publication des instructions et circulaires. En effet, si les outils intranet des différents ministères permettent effectivement aux services déconcentrés d'avoir connaissance des instructions des services centraux, ces instructions risquent de ne pas parvenir à ceux qui opèrent la consolidation des textes normatifs. Même si la circulaire du 17 juillet 2013 prévoit, pour l'information des personnes extérieures aux administrations, que « chaque ministère doit veiller à proposer sur son site internet un service d'informations actualisées et indexées pour les moteurs de recherche », le risque d'un décalage entre l'information réelle et celle diffusée sur internet ne peut être exclu. Il convient donc d'interdire une telle pratique administrative.

72. La mise en place du Code de conduite nécessitera avant tout une certaine rigueur de la part des administrations. Aussi, afin de veiller à la bonne application de cette proposition, **une Commission *ad hoc* rattachée à la Direction de l'information légale et administrative (DILA) et composée de personnes qualifiées (professeurs de droit, magistrats judiciaires et administratifs, avocats, notaires et éditeurs juridiques) pourrait produire un rapport annuel sur le respect du Code de conduite.**

Proposition n° 18 : Créer un Code de conduite relatif à la publication et la diffusion des instructions et circulaires afin qu'elles soient systématiquement publiées au *Journal Officiel* ou au *Bulletin Officiel* avant d'être versées au site Circulaires.gouv.fr.

Proposition n° 19 : Supprimer la pratique instaurée par la circulaire du 17 juillet 2013 visant à diffuser certaines instructions par voie d'intranet.

Proposition n° 20 : Créer une Commission *ad hoc* rattachée à la DILA chargée de l'évaluation du respect du Code de conduite.

3. Attirer l'attention sur le statut du produit fini de la consolidation

73. S'il est indispensable de faciliter l'accès aux sources faisant foi, il importe également d'**attirer l'attention des usagers du droit sur le fait que le produit fini de la consolidation – les bases de données Légifrance et des éditeurs privés – ne fait pas foi**. Trop nombreux sont ceux qui assimilent les textes consolidés aux textes faisant foi. Cette confiance dans la consolidation peut entraîner des conséquences dommageables, si la version consolidée du texte présentée s'avère erronée.

Pour éviter cette situation, il conviendrait d'indiquer sur chaque page ou chaque texte des fonds documentaires de législation disponibles sur le site Internet Légifrance que l'information diffusée l'est à titre strictement informatif et que seul le *Journal Officiel*, dans son édition authentique, fait foi.

Cette mesure est déjà adoptée par de nombreux sites publics. Ainsi, le site Internet du Conseil constitutionnel comporte une page, facilement accessible, intitulée « Statut de l'information » qui indique que « s'agissant des textes normatifs reproduits sur le site, seule la version publiée au *Journal Officiel de la République française* fait foi » et que « les autres documents sont présentés à titre informatif ». De même, le site Internet de l'Union européenne contient un avertissement selon lequel « seules les versions des documents publiées au *Recueil de la jurisprudence* ou au *Journal officiel de l'Union européenne* constituent des sources officielles » et que « les autres documents disponibles sur le site de l'institution sont affichés à des fins d'information du public et sont susceptibles d'être modifiés ».

Intégrer un avertissement similaire sur le site Légifrance permettrait à ses très nombreux visiteurs, qu'ils soient juristes ou profanes, d'identifier les textes diffusés comme l'étant à titre strictement informatif. Peu coûteuse, la mise en œuvre de cette proposition empêcherait certaines – mauvaises – surprises.

Proposition n° 21 : Introduire un avertissement systématique sur le statut de l'information diffusée sur Légifrance.

B. Faciliter l'appréhension des modifications opérées par les textes normatifs

74. Un accès aisé aux sources faisant foi ne pourra pleinement faciliter la consolidation si ces mêmes sources demeurent, dans le même temps, difficilement compréhensibles. Or, la compréhension des modifications prescrites par les textes nouvellement adoptés peut parfois se révéler délicate – lorsqu'elle ne tient pas de l'exploit.

Pour faciliter l'appréhension des modifications prescrites par les textes normatifs, il importe de lutter contre le pointillisme de ces modifications (1) et de lutter

contre l'intégration de dispositions normatives en dehors du dispositif des textes (2). Afin que ces mesures, qui pourraient être intégrées au sein du Guide de légistique, soient respectées par les rédacteurs de textes normatifs, il est nécessaire de permettre au Conseil d'État d'émettre un avis sur la qualité rédactionnelle des textes qu'il examine et, pour ce faire, de compléter la liste des points à envisager dans les études d'impact (3).

1. Lutter contre le pointillisme des modifications opérées

75. La modification des dispositions existantes dans la législation ou la réglementation recouvre bien souvent des modalités d'un formalisme excessif¹. Par exemple, il n'est pas rare que les textes procédant à la codification ou recodification du droit existant procèdent à des abrogations extrêmement ciselées ou pointillistes de dispositions pour réserver le cas d'articles, d'alinéas ou même de membres de phrases destinés à intégrer ultérieurement la partie réglementaire d'un code. Cette technique a notamment été utilisée lors de la recodification du Code du travail. En effet, une partie du Code du travail de 1973 a vu son abrogation différée à l'entrée en vigueur de la partie réglementaire du nouveau Code, un tel report figurant dans l'Annexe II de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail. **L'annexe était alors constituée d'un tableau d'environ 500 lignes envisageant de manière indifférenciée le maintien d'articles, d'alinéas ou simplement de certaines phrases !** L'extrait de ce tableau, reproduit ci-dessous, montre à quel point le travail de consolidation nécessite une précision d'horloger.

ARTICLE du code du travail	ARTICLE OU FRACTION D'ARTICLE maintenus en vigueur	ARTICLE du code du travail	ARTICLE OU FRACTION D'ARTICLE maintenus en vigueur
L. 311-7	Deuxième phrase du troisième alinéa, deuxième phrase du quatrième alinéa, cinquième alinéa et première phrase du sixième alinéa.	L. 322-7	Troisième et quatrième alinéas.
L. 311-8	Deuxième à quatrième alinéa.	L. 322-12	Quatrième et cinquième phrases du quatrième alinéa.
L. 311-10	Deuxième à quatrième alinéa.	L. 322-15-4-4	Troisième et quatrième alinéas.
L. 311-10-1	Troisième et quatrième alinéas.	L. 323-2	Deuxième alinéa.
L. 311-10-3	Intégralité de l'article	L. 323-8-3	Deuxième alinéa, deuxième phrase du troisième alinéa et quatrième alinéa.

1. H. Moysan, Choc de simplification et poids de la pratique. Quand la complexité croissante du droit est nourrie par le technicisme formel de son écriture, JCP G 2014, n° 16, 47.

L. 312-1	Troisième phrase du troisième alinéa.	L. 323-8-6-1	Deuxième phrase du premier alinéa, deuxième à quatrième alinéa et septième alinéa du I, deuxième à quatrième alinéa du II, premier à quatrième alinéa du III et sixième et septième alinéas du IV.
L. 320	Deuxième phrase du troisième alinéa.	L. 323-9	Deuxième phrase du sixième alinéa.
L. 322-10	Deuxième phrase du deuxième alinéa à dixième alinéa.	L. 323-10-1	Intégralité de l'article.
L. 322-15-4-4	Troisième et quatrième alinéas.	L. 323-11	Premier à cinquième alinéa.
L. 322-2	Premier alinéa.	L. 323-11-1	Troisième alinéa.

L'exemple des codifications administratives en matière fiscale est également éloquent. On sait qu'en complément des textes législatifs qui modifient directement le Code général des impôts (CGI) et le Livre des procédures fiscales (LPF), l'administration peut prendre des décrets ayant pour objet de procéder, à droit constant, à la codification de dispositions fiscales que la loi n'a pas directement codifiées, à une maintenance, à une consolidation et à une mise en cohérence rédactionnelle de la législation fiscale par rapport à l'ensemble des textes législatifs et réglementaires qui ont été publiés. En pratique, le décret portant incorporation au CGI et au LPF de divers textes prend la forme d'une série de modifications à apporter à ces Codes. Outre la question de la validité des modifications administratives allant au-delà des prescriptions légales, **le pointillisme de ces modifications rend leur compréhension des plus difficiles, seuls quelques spécialistes pouvant se retrouver dans ce maquis.** Le décret partiellement reproduit ci-dessous témoigne des difficultés que peuvent ici encore rencontrer ceux en charge de la consolidation.

**Décret n° 2010-549 du 26 mai 2014 portant incorporation
au Code général des impôts de divers textes modifiant
et complétant certaines dispositions de ce Code**

Article 1 : Le Code général des impôts est modifié complété comme suit :

Article 83

Cet article est ainsi modifié :

I.-Le 1° *quater* est ainsi modifié :

1° Au deuxième alinéa, les mots : « du présent 1° *quater* » **sont supprimés** ;

2° Au quatrième alinéa, les mots : « des deux premiers alinéas » **sont remplacés** par les mots : « des premier et deuxième alinéas ».

II.-Au 2° 0 *ter*, les mots : « dernier alinéa » sont remplacés par les mots : « quatrième alinéa ».

III.-Le 3° est ainsi modifié :

1° À la deuxième phrase du deuxième alinéa, le montant : « 12 000 € » est remplacé par le montant : « 12 097 € » et l'année : « 2012 » est remplacée par l'année : « 2013 » ;

2° À la première phrase du troisième alinéa, les montants : « 421 € » et « 924 € » sont respectivement remplacés par les montants : « 424 € » et « 931 € ».

(Loi n° 93-1352 du 30 décembre 1993, art. 2-V, et loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013, art. 2-1 [1°].)

Article 158

Le a du 5 est ainsi modifié :

1° À la première phrase du deuxième alinéa, le montant : « 3 660 € » **est remplacé par le montant** : « 3 689 € » ;

2° À la première et à la troisième phrase du troisième alinéa, le montant : « 374 € » est remplacé par le montant : « 377 € ».

(Loi n° 93-1352 du 30 décembre 1993, art. 2-V, et loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013, art. 2-1 [1°].)

Article 163 *quinquies* C

À la première phrase du premier alinéa du 1 du II, après les mots : « cette même retenue à la source », le mot : « aux » est remplacé par le mot : « au ».

Article 163 *quaterviciés*

À la première phrase du deuxième alinéa du 2 du II, la référence : « 44 *undecies* » est remplacée par la référence : « 44 *nonies* ».

76. Ce pointillisme, qui rend inéluctable les erreurs de consolidation dans certaines hypothèses, doit être proscrit. S'il s'agit de compléter le Guide de légistique, il serait opportun de créer l'**obligation, pour les rédacteurs, de procéder à des modifications « en bloc » de dispositions (article ou alinéa complet par exemple au lieu de viser, sur un mode « micro chirurgical », d'innombrables références, mots, etc.)**. Ce procédé, qui permet d'éviter les hypothèses similaires à celle de l'Annexe II de l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au Code du travail, ou encore à celle des décrets d'incorporation en matière fiscale, présente une alternative simple et efficace à la mise en place d'une consolidation directement opérée par l'auteur de la modification.

Proposition n° 22 : Obliger les rédacteurs de textes normatifs à procéder à des modifications « en bloc » des dispositions.

2. Lutter contre l'intégration de dispositions normatives en dehors du dispositif des textes

77. Parmi les pratiques rédactionnelles qui compliquent la consolidation des textes normatifs, celle qui consiste à intégrer des dispositions normatives dans les notices explicatives précédant le dispositif des textes est particulièrement problématique.

Quelle portée doit-on conférer à une indication contenue dans la notice explicative d'un texte ? L'abrogation indiquée dans la notice est-elle effective alors qu'elle n'est pas reprise dans le dispositif ? La date d'entrée en vigueur du texte mentionnée dans la notice doit-elle être observée si le dispositif n'en fait pas état ? Ces questions, qui compliquent la consolidation, sont courantes.

Incohérences entre la notice et le dispositif de textes normatifs

Arrêté du 16 juillet 2013 fixant les conditions d'application du décret n° 2013-541 du 25 juin 2013 relatif aux indemnités de fin d'activité et de l'aide à la réinstallation en faveur des débiteurs de tabac (NOR : BUDD1318615A)

La notice introduisant l'arrêté prévoit que « le présent arrêté abroge l'arrêté du 24 avril 2006 fixant les conditions d'application du décret n° 2006-471 du 24 avril 2006 portant création d'une indemnité de fin d'activité et d'une aide à la réinstallation en faveur des débiteurs de tabac (...) », une telle abrogation n'est pas reprise une seule fois dans les 9 articles composant le dispositif de cet arrêté.

Décret n° 2011-1079 du 8 septembre 2011 portant création de conseils départementaux au sein des unions de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales dont la circonscription est régionale (NOR : BCRS11121115D)

La notice introduisant le décret du 8 septembre 2011 signale que l'entrée en vigueur du texte sera le 1^{er} janvier 2012, une telle précision n'étant pas reprise dans le dispositif du décret.

78. Pour lutter contre cette pratique rédactionnelle, deux voies sont envisageables. On peut d'une part prévoir qu'un avertissement soit systématiquement inséré au début de la notice explicative afin de préciser que celle-ci est dépourvue de toute portée normative et que seul le dispositif jouit de cette prérogative. On peut d'autre part envisager que la notice explicative ne soit plus placée en tête du texte normatif mais dans un document annexe dont l'accès, notamment sous forme dématérialisée, se ferait par le biais d'un lien.

Si l'insertion d'un simple avertissement a le mérite de ne pas bouleverser la pratique, on peut justement redouter que les rédacteurs continuent de négliger la différence entre notice et dispositif en estimant que ce qui a été évoqué dans la première ne doit pas nécessairement être repris dans le second. À l'inverse, la séparation physique de la notice et du dispositif dans deux documents distincts

permettra sans doute une prise de conscience autrement plus significative de la différence existante. Les rédacteurs devraient délaissier leur tendance à ne pas reproduire des précisions normatives, telles que les textes abrogés ou leur entrée en vigueur, dans le dispositif.

Proposition n° 23 : Opérer une stricte séparation entre notice explicative et dispositif en séparant physiquement les deux instruments.

3. Permettre au Conseil d'État d'émettre un avis sur la qualité rédactionnelle des textes et la faisabilité de leur consolidation en complétant la liste des points envisagés par les études d'impact

79. Si les modifications apportées au Guide de légistique sont susceptibles de faciliter la consolidation, c'est à la condition que les rédacteurs suivent rigoureusement ses prescriptions. Or, la plupart des textes actuellement adoptés ne brillent pas par leur respect du Guide de légistique.

Afin d'inciter les rédacteurs à respecter les règles que contient ce Guide, **il serait opportun que, le cas échéant, l'avis rendu par le Conseil d'État évoque spécifiquement la question de la qualité rédactionnelle des textes.** L'avis pourrait tout particulièrement **envisager la faisabilité de la consolidation qu'engendre l'adoption du texte étudié.** Sans aucun doute, des textes comme l'ordonnance précitée du 12 mars 2007 relative au Code du travail seraient sévèrement critiqués par le Conseil d'État.

Dans la mesure où la **Proposition n° 5** du présent Rapport vise à enrichir substantiellement la partie de l'avis du Conseil d'État consacrée à la qualité de l'étude d'impact, il est recommandé que l'appréciation de la qualité rédactionnelle des textes normatifs et la faisabilité de leur consolidation entrent dans le cadre de cet avis. Partant, il est proposé de compléter la loi organique du 15 avril 2009 afin que l'étude d'impact envisage particulièrement la qualité rédactionnelle des textes et la faisabilité de leur consolidation.

Proposition n° 24 : Compléter la loi organique du 15 avril 2009 afin que les études d'impact fassent état de la faisabilité de la consolidation.

C. Déterminer avec précision le stock de textes en vigueur

80. La consolidation est très souvent compliquée par les interrogations suscitées par certains textes dont le statut est incertain. Sont-ils encore en vigueur ? Peut-on les considérer comme abrogés du fait de leur délaissier ? Proposer une réponse à ces questions ralentit la consolidation et n'exclut pas que des erreurs surviennent.

Le tableau reproduit ci-dessous montre que l'identification du *corpus* des textes en vigueur n'est pas chose aisée, les différentes études menées ne retenant jamais les mêmes données.

Études et Travaux	Nombre de Lois	Nombre d'ordonnances	Nombre de décrets
Conseil d'État, <i>Sécurité juridique et complexité du droit : Rapport public</i> 2006, p. 239	10 500	nc	120 000
Centre d'analyse stratégique, <i>Réglementer moins, réglementer mieux ?</i> , note n° 151, 2009, p. 1	9 000	nc	23 883
Légifrance, onglet « <i>Évolution du volume des textes</i> », 2009	2 314	519	23 883
B. Saugey, <i>Rapport n° 36 sur la proposition de loi relative à la simplification du droit</i> , Assemblée nationale, 2007, p. 13	8 000	nc	14 000
F.-D. Migeon, « Le droit entre complexité et simplification », <i>DAJ</i> 2011, n° 100	10 500	nc	120 000
Portail du Premier ministre	2 016	600	26 198
C. Féral-Schuhl, « Une fracture entre les justiciables », <i>Le Figaro</i> , 5 avril 2012	10 000	nc	125 000
R. Piastra, « De l'intelligibilité et de l'accessibilité des lois en France », <i>Revue adm.</i> 2012, p. 462	10 000	nc	125 000
S. Lavignes, <i>Le Monde</i> , 5 février 2011	2 000	nc	26 000
H. Moysan, « La codification à droit constant ne résiste pas à l'épreuve de la consolidation », <i>Dr. adm.</i> 2002, chron. 7	1 500-1 700	nc	18 000-20 000

Ces divergences, que l'on peut rapprocher de celles qui existent entre les fonds de textes consolidés, s'expliquent par **le statut incertain de certaines dispositions**.

Outre les exemples déjà évoqués, quelle portée accorder à la dizaine d'articles de la Constitution du 4 novembre 1848 reproduits comme en vigueur sur *Légifrance*, bien qu'aucune de ces dispositions ne soit visée par le préambule de la Constitution de 1958 ? La question se pose également pour les quelques dispositions de la Constitution de l'An VIII toujours reproduites dans le fonds *Codes et lois* de l'éditeur privé LexisNexis. De la même manière, comment s'accorder sur les articles en vigueur issus de la loi du 16 avril 1930 portant fixation du budget général de l'exercice 1930-1931 dont *Légifrance* reproduit le seul article 7 et LexisNexis les articles 43, 44, 123, 139, 148 et 152 (mais non le 7) ?

Afin de remédier à ce genre d'interrogations, il importe de procéder à un recensement exhaustif des textes applicables (1) et d'entraver le développement de textes à l'applicabilité douteuse (2).

1. Procéder à un recensement des textes applicables

81. Faciliter la consolidation, et d'autres opérations telles que la codification à droit constant, nécessite la **réalisation d'un recensement exhaustif et précis des lois et règlements en vigueur par le moyen d'une Commission indépendante composée d'experts, universitaires et praticiens**. Cette Commission pourrait produire un rapport recensant l'ensemble des textes qu'il conviendrait d'abroger formellement sur le modèle de ce qu'a réalisé l'arrêté du 1^{er} décembre 2009 pour le domaine de l'éducation¹. De même, pourraient être « codifiés » ou « consolidés » au sens de la pratique européenne et britannique de très nombreux textes dispersés et dont il ne reste en vigueur que quelques dispositions résiduelles. Enfin, ce recensement constitue l'indispensable préalable à toute codification et éviterait les défauts maintes fois relevés d'incomplétude, d'abrogations par mégarde ou de résurrections fortuites qui affectent l'entreprise de codification menée depuis un quart de siècle.

Proposition n° 25 : Créer une Commission chargée de réaliser un recensement exhaustif des textes en vigueur afin de déterminer ceux à abroger formellement ou à codifier.

2. Entraver le développement du stock de textes à l'applicabilité douteuse

82. Le recensement que l'on vient de proposer a pour objectif de rattraper le retard accumulé depuis des décennies en abrogeant les textes à l'applicabilité douteuse. Toutefois, cette mesure tournée vers le passé doit être accompagnée d'une mesure touchant aux futurs textes normatifs. En effet, les textes publiés qui viennent modifier des dispositions antérieures procèdent la plupart du temps à l'abrogation de ces dispositions. Toutefois, **il est fréquent que d'anciennes dispositions survivent formellement à de nouvelles qui omettent d'abroger l'ensemble des dispositions auxquelles elles se substituent, ce qui conduit à augmenter le stock de textes à l'applicabilité douteuse**.

Ainsi, pour s'en tenir à un cas simple, l'arrêté du 13 février 2012 fixant les modalités de rattachement à la section criminologie du Conseil national des universités demeure formellement en vigueur (et est publié comme tel dans sa version consolidée sur *Légifrance*) faute pour l'arrêté du 6 août 2012, qui a supprimé les dispositions relatives à cette section introduites dans l'arrêté

1. V. *infra*.

du 2 mai 1995 par un second arrêté du 13 février 2012, de l'avoir également abrogé.

On perçoit aisément que **l'empilement mécanique – considérable du fait de l'écoulement du temps – de textes ainsi « oubliés », est source d'une grande insécurité juridique**. Ainsi, bien que de champ très étroit – les seuls arrêtés du seul domaine de l'éducation – l'arrêté du 1^{er} décembre 2009¹ portant abrogation de diverses dispositions réglementaires relatives à l'éducation nationale, à l'enseignement supérieur et à la recherche (plus de 160 arrêtés) permet de se représenter *a contrario* le foisonnement de textes d'applicabilité douteuse qui demeurent dans l'ensemble du *corpus* législatif et réglementaire.

Pour éviter cette situation, il est possible d'imposer le recensement et l'abrogation formelle, de manière systématique, des dispositions qui sont remplacées par de nouvelles. En évitant le développement du stock de normes à l'applicabilité douteuse, cette mesure permettrait de faciliter le travail de consolidation.

Proposition n° 26 : Procéder à un recensement et à une abrogation systématique des dispositions remplacées par de nouvelles.

1. NOR : MENG0922729A.

DEUXIÈME PARTIE

LA COUR DE CASSATION

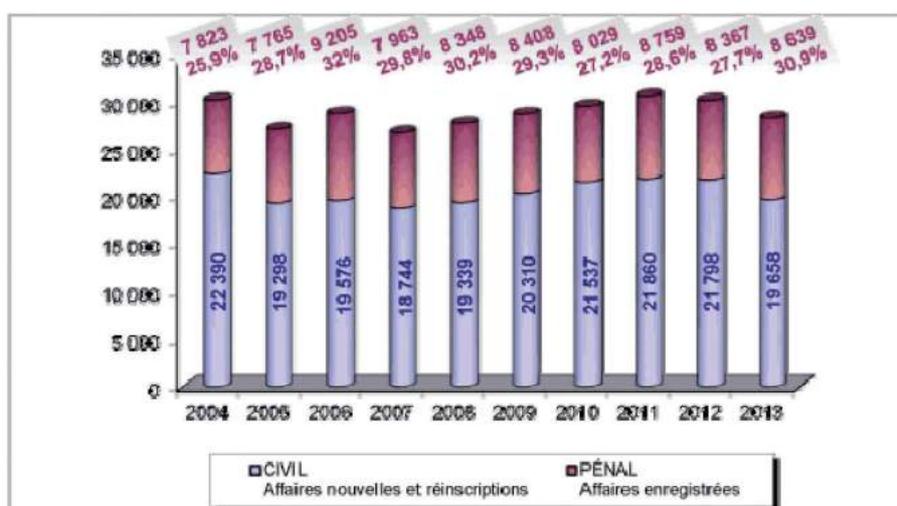
83. Depuis de nombreuses années, toute réflexion sur la sécurité juridique croise la jurisprudence. L'imprévisibilité du droit est souvent le fait des décisions de justice elles-mêmes. Sous cet aspect, il est évident que la Cour de cassation n'a évidemment pas le monopole des difficultés que peuvent provoquer les créations prétoriennes. Parce qu'ils participent largement à l'élaboration et à l'application du droit, le Conseil d'État et désormais de façon croissante le Conseil constitutionnel mériteraient aussi une analyse menée en termes de sécurité juridique.

Toutefois, la présente Commission estime qu'il est nécessaire de se concentrer sur la Cour de cassation. Plusieurs raisons le justifient.

84. En premier lieu, parce que si l'on saisit la Cour de cassation à travers les chiffres qui marquent son activité, on est frappé immédiatement par le fait que, depuis plus de vingt ans, elle reste sous l'emprise de masses contentieuses considérables qu'elle ne parvient pas à diminuer de façon nette et significative.

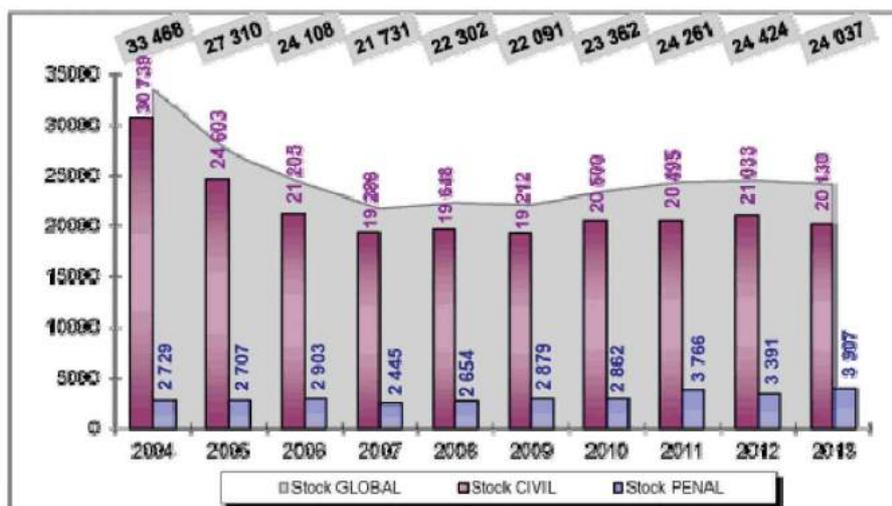
Ainsi, les évolutions du contentieux devant la Cour de cassation ne sont ni majeures ni même linéaires. Le Rapport annuel pour 2013 en rend compte, qui souligne qu'« après cinq années consécutives d'augmentation, le léger infléchissement du nombre cumulé d'affaires nouvelles portées devant la Cour de cassation rencontré en 2012 se poursuit et s'amplifie en 2013 : 28 297 affaires ont ainsi été enregistrées entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre, soit une baisse globale de 6,19 % par rapport à l'année 2012, qui a vu la Cour saisie de 30 165 procédures. En dépit de la poursuite de cette diminution, le nombre d'affaires nouvelles reste particulièrement élevé, tant pour le contentieux civil que pour le contentieux pénal ».

Tableau 1.1. Évolution et répartition du contentieux civil et pénal (hors QPC)



Le stock d'affaires a certes diminué depuis une dizaine d'années, mais il reste toutefois comme bloqué à des niveaux extrêmement importants.

Tableau 1.2. Évolution du stock global, civil et pénal (hors QPC)



Ces chiffres sont d'ailleurs loin d'être en rupture avec ceux enregistrés une quinzaine d'années plus tôt, lorsque la Cour de cassation semblait crouler sous les pourvois. En 2000, le Rapport annuel pointait ainsi le fait que :

- la Cour de cassation avait reçu 30 345 affaires nouvelles ;
- 30 108 affaires avaient été jugées dans le même temps ;
- le nombre d'affaires restant à juger s'élevait au 31 décembre 2000 à 40 824 dossiers.

Activité comparée de la Cour de 1993 à 2000

Total général (Chambres civiles et Chambre criminelle)

En nombre	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
Affaires restant à juger au 01/01...	34 942	36 209	37 416	35 960	38 551	38 452	41 410	40 587*
+ affaires reçues	25 981	25 502	26 435	26 979	26 687	30 100	28 247	30 345
= volume d'affaires	60 923	61 711	63 851	62 939	65 238	68 560	69 657	70 932
– affaires jugées	24 714	24 295	27 843	26 013	26 786	27 150	29 071	30 108
= affaires restant à juger au 31/12	36 209	37 416	36 208	36 926	38 452	41 410	40 586	40 824

En nombre	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
– Affaires retirées du rôle civil...					2 633	2 846	3 185	3 446
=Affaires restant à juger au 31.12 déduction faite des retraits du rôle					35 819	38 564	37 401	37 378

Dans cette période, en revanche, la Cour de cassation a amélioré le délai moyen de jugement d'un pourvoi, qui est, en 2013, de 395 jours en matière civile et de 163 jours en matière pénale. « Aucune cour de cassation en Europe ne fait aussi bien », a pu souligner M. F. Terrier, Président doyen de la Cour de cassation, dans son discours du 16 juillet 2014, lors de l'audience solennelle d'installation du nouveau Premier Président de la Cour.

On pourrait dire, pour faire bref, que **la Cour de cassation a su diminuer le nombre d'affaires en stock et que, désormais, elle juge plus vite un nombre de pourvois toujours aussi considérable.**

85. Ces évolutions s'expliquent par le fait que la Cour de cassation a nettement amélioré son organisation pour lutter contre l'afflux de pourvois. Pour assurer sa survie, en cause à la fin du siècle précédent selon les magistrats mêmes qui étaient à sa tête, la Cour de cassation s'est transformée en une institution capable de faire face à plusieurs dizaines de milliers de pourvois chaque année.

En contrepartie, **elle n'est plus, tout simplement parce qu'elle ne peut pas l'être en l'état actuel, une Cour pleinement en mesure de réguler le droit privé, par l'adoption de solutions claires et sécurisantes. Son organisation, ses mécanismes internes, ses méthodes, tout concourt à en faire un centre de production de décisions dont le nombre, trop important, ne permet ni le contrôle ni l'autorité et dont la forme, trop elliptique, n'assure ni la clarté ni l'intelligibilité.**

Cette nécessité de traiter une masse contentieuse influe en effet sur la gestion des ressources dont elle dispose et qu'elle met en œuvre, essentiellement orientées vers la maîtrise des flux et la résorption du stock d'affaires. M. G. Canivet, alors Premier Président de la Cour de cassation pouvait ainsi, au début des années 2000, montrer les conséquences sur la formation de la jurisprudence d'une telle obnubilation : « en imposant aux membres de la Cour une rigoureuse gestion du temps, pour ne pas dire une précipitation, écrivait-il alors, le trop grand nombre de pourvois n'est pas favorable à l'élaboration d'une jurisprudence méditée. C'est typiquement un **phénomène de surproduction** »¹.

1. G. Canivet, L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ?, in N. Molfessis (dir.), *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, Economica, 2004, p. 3, spéc. n° 6, p. 6 (le texte est issu d'une conférence donnée le 29 novembre 2001).

L'inflation des décisions et la nécessité pour la Cour d'y faire face sous peine de sombrer sous le contentieux ont ainsi changé sinon sa nature du moins sa fonction première.

**G. Canivet, Vision prospective de la Cour de cassation
(ASMP, séance du 13 novembre 2006)**

Si radical fut le phénomène de banalisation du recours en cassation qu'il modifia profondément les méthodes et la structure de la Cour et provoqua une dérive institutionnelle de plus d'un demi-siècle. Par un enchaînement perturbateur, la croissance incontrôlée du contentieux de cassation fut tout à la fois la conséquence d'une dénaturation de la Cour et la cause de graves désordres dans ses pratiques. Le développement simultané d'une jurisprudence interprétative foisonnante, variable dans le temps et d'un contrôle pointilleux de la méthode de jugement, a peu à peu provoqué un nombre considérable de pourvois, d'autant plus qu'un taux de cassation important, plus de 20 % des arrêts examinés en matière civile, et, en certains domaines, le caractère aléatoire des solutions, ajouté à un effet dilatoire des délais de jugement, incitaient les plaideurs à tenter leur chance. Participant au mécanisme contentieux, la Cour de cassation en a subi les avatars : une progression spectaculaire dans la seconde moitié du ^{xx}e siècle suivie d'une lente récession dans les dix dernières années.

[...]

Ainsi provoqué, le phénomène inflationniste s'est de lui-même renforcé, le nombre de décisions rendues a brouillé la jurisprudence, la multiplication des formations de jugement accru les risques d'incohérence, le processus de production de masse et l'allègement des méthodes d'examen fragilisé les décisions, l'ensemble entraînant tout à la fois une perte d'autorité et une incertitude juridique propices à la multiplication des recours. Sans qu'on l'ait spécialement voulu, réfléchi ni programmé, d'organe à vocation limitée placé auprès du corps législatif dans le seul but d'unifier l'interprétation de la loi, la Cour de cassation, s'est transformée en une juridiction traitant d'un contentieux considérable, selon des méthodes de production de masse plus ou moins rationalisées. Elle a de ce fait perdu de vue sa mission principale d'interprétation unificatrice de la loi.

86. En deuxième lieu, si l'on saisit à présent la jurisprudence – et avec elle la Cour de cassation – non plus à partir d'une approche structurelle et arithmétique, mais par les spécificités qui la caractérisent, on admettra qu'**elle prospère sur une double fiction : celle selon laquelle elle ne serait pas une source de droit ; celle selon laquelle il n'existerait pas de hiérarchie affirmée entre les organes juridictionnels.**

La première fiction est un héritage de la Révolution française. Elle repose sur l'idée que le juge n'est jamais que la « bouche de la loi ». Dès lors, la Cour de cassation *interprète* la loi ; ses décisions font corps avec elle. Il y a une dizaine d'années, à la suite d'un Rapport sur les revirements de jurisprudence qui reposait sur le présupposé selon lequel la Cour de cassation crée des règles et participe de la création du droit, on a pu constater combien la doctrine française restait

encore attachée à cette représentation en mineur de la Cour de cassation. C'est peu dire en effet que nombre d'éminents juristes et pas nécessairement les plus âgés, restent attachés à l'idée que la Cour de cassation ne créerait pas de droit, quand bien même ils passent une partie majeure de leur activité à enseigner les décisions de la Cour de cassation et à commenter les ruptures et innovations qui en résultent.

Or une telle approche n'est pas seulement contestable sur le fond. Elle traduit et nourrit, en retour, des effets de système. **Dans un système juridique dans lequel la Cour placée au sommet d'un ordre ne se considère pas comme une structure qui crée du droit, les attentes et les réactions des acteurs du système vont s'aligner sur cette représentation.** L'autorité de la Cour de cassation va nécessairement en pâtir. On est alors en droit de ne pas suivre ses décisions, puisqu'elle-même affirme pouvoir s'en départir sans que l'état du droit ne change.

Au reste, cette conception éculée est d'autant plus contestable que, dans le même temps, il arrive à la Cour de cassation d'affirmer son pouvoir créateur sans ambages et sans complexe, pourrait-on dire. Ainsi peut-on lire dans l'un de ses communiqués, sous des arrêts de Chambre mixte du 17 mai 2013 que « par ces décisions, **la Cour de cassation remplit pleinement son rôle normatif, de création prétorienne du droit, mais exerce aussi sa fonction régulatrice, visant à harmoniser la jurisprudence sur l'ensemble du territoire** ». C'est exactement ce que l'on attend d'elle.

Dans cette même perspective, la technique de cassation n'apparaît plus de nature à répondre aux contraintes auxquelles la Cour de cassation doit faire face. L'enfermement de l'arrêt dans le pourvoi, devenu obsession, s'avère sclérosant. La motivation sibylline des arrêts nuit à leur compréhension autant qu'à leur réception. **La Cour de cassation doit faire son *aggiornamento*, dans le respect de la tradition française certes, mais sans vouloir tout préserver et composer avec tous.**

La Cour de cassation doit être en mesure de consacrer ses moyens, l'énergie et les compétences de ses magistrats, aux contentieux qui soulèvent des questions de principe. **Plus précisément, elle doit orienter ses efforts de sorte à pouvoir résoudre de façon claire, compréhensible et efficace « les problèmes juridiques nouveaux ».**

Par suite, elle doit rendre moins de décisions, les motiver suffisamment pour que l'on puisse comprendre sa *ratio decidendi*, les rédiger de façon intelligible pour que la solution soit comprise par ses destinataires naturels, juges, avocats, commentateurs, les diffuser de façon pertinente. Elle doit aussi, dans différentes hypothèses, être en mesure de faire connaître sa doctrine de façon rapide. Elle doit, dans tous les cas, être et donc se considérer comme une institution à la tête d'un ordre de juridictions : elle doit être en dialogue permanent avec les juridictions inférieures de son ordre. Elle doit admettre et reconnaître son pouvoir normatif pour mettre en adéquation son rôle, ses missions et son organisation.

87. En troisième lieu, **si l'on saisit la Cour de cassation à travers sa place au sein de nos institutions, une évolution majeure est devenue nécessaire face à l'essor du contrôle de conventionnalité et précisément en raison du rôle croissant et nécessairement concurrent de la Cour européenne des droits de l'homme.** L'importance croissante de la CEDH conduit non seulement à s'interroger sur la place que peut avoir la Cour de cassation mais aussi à se demander si les méthodes par lesquelles elle procède au contrôle de conformité de la loi à la CEDH ne doivent pas également évoluer.

La Commission a mené ses travaux de concert avec la Commission Constitution et Institutions du Club des juristes, qui a procédé à une réflexion essentielle sur les Cours suprêmes en France, qui sera pour partie reprise ici¹. Elle a aussi prolongé ses réflexions en parallèle avec celles conduites actuellement par la Cour de cassation.

En effet, **à l'initiative de son nouveau Premier Président, M. B. Louvel, la Cour de cassation a entamé une réflexion fondamentale ayant pour objet son éventuelle réforme.** Réforme, ou même révolution, si l'on en juge par les perspectives envisagées. Au sein de la Cour de cassation, une Commission de réflexion sur la réforme de la Cour et des sous-groupes, portant notamment sur l'intensité du contrôle ou encore le filtrage, ont été mis en place. Il va de soi que le Club des juristes place ses réflexions dans cette dynamique d'ensemble que souhaite insuffler de façon aussi justifiée que pertinente la Cour de cassation.

88. Dans cette perspective, la Cour de cassation doit évoluer pour remplir pleinement une triple mission : protéger les droits et libertés, unifier l'application de la règle de droit, contrôler disciplinairement les juges du fond. Ce sont là trois missions distinctes, qui requièrent des méthodes et des modes d'intervention distincts.

1. V. Commission Constitution et Institutions du Club des juristes, *La régulation des contentieux devant les Cours suprêmes*, octobre 2014. Rapport consultable en ligne : <http://www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/rapport-regulation-contentieux-devant-les-cours-supremes/>

I

Permettre l'évolution du rôle de la Cour de cassation sous l'influence de la CEDH

89. L'essor de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme bouleverse la répartition des rôles entre les différentes juridictions suprêmes françaises. La chose est évidente pour le Conseil constitutionnel, dont on sait qu'il tente d'aligner ses décisions sur celles de la CEDH et de favoriser un dialogue des juges constitutionnel et européen propice à éviter les conflits de solutions. La similarité des normes constitutionnelles et conventionnelles justifie, dans la perspective défendue par le Conseil constitutionnel, cette recherche d'unité. Le cinquième anniversaire de la QPC en mars 2015 a ainsi donné l'occasion de discours croisés au Conseil constitutionnel entre le président du Conseil et celui de la CEDH, sur cette problématique qui apparaît essentielle, du moins pour le Conseil constitutionnel : « J'aimerais [...] dire combien les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité sont devenus à mes yeux, d'une part, cohérents et, d'autre part, complémentaires », a ainsi déclaré le M. J.-L. Debré, soulignant qu'« en cas de décision de conformité à la Constitution, **une disposition législative bénéficie d'une présomption de conventionnalité**. Seules de très sérieuses raisons peuvent conduire à s'inscrire dans un sens différent. La Cour de Strasbourg est à même d'en décider »¹. Une telle présomption de conventionnalité constitue surtout un vœu, même s'il n'est pas douteux que sa réalisation permettrait de renforcer la cohérence des contrôles de la loi. Son souhait ne saurait d'ailleurs masquer le fait que les jurisprudences ne sont pas toujours convergentes et que le Conseil constitutionnel lui-même refuse d'intégrer purement et simplement dans son interprétation de la Constitution les raisonnements et les solutions conventionnelles².

1. J.-L. Debré, 5^e anniversaire de la Question prioritaire de constitutionnalité, JCP G 2015, 354.

2. Sur le fait que les garanties des ordres constitutionnel et conventionnel ne constituent pas un « ensemble indissociable » (par comparaison avec l'approche belge), v. G. Canivet, L'hypothèse d'une fraternité gémellaire, Convergences et divergences des jurisprudences de la Cour constitutionnelle belge et du Conseil constitutionnel français, 1^{er} avril 2015, spéc. n°24 et 25.

La Cour de cassation subit un même bouleversement. Saisie de questions de conformité de la loi à la CEDH, elle se trouve dans la situation d'être désormais contrôlée par la Cour européenne, et le cas échéant, démentie dans son jugement. **D'une Cour supérieure et souveraine, à la tête de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation est devenue pour partie une Cour subordonnée, sujette à contrôle et donc au démenti.** Les juges du fond autant que les justiciables savent jouer de cette soumission au juge européen. De l'affaire du tableau d'amortissement à la condamnation de la loi dite *anti-Perruche*, sans oublier l'arrêt *Mazurek*, ou récemment les affaires *Mennesson* et *Labassée*, les démentis européens portent évidemment atteinte à l'autorité de la Cour de cassation. Dans le même temps, le contrôle de conventionnalité opéré par la CEDH laisse penser, par comparaison, que la Cour de cassation n'est méthodologiquement pas « outillée » pour se faire juge de la conventionnalité de la loi, puisque **le fait est tout aussi indispensable que le droit au raisonnement mené.** En effet, la violation de la CEDH ne procède que rarement de la loi elle-même – qui est alors en tant que telle incompatible avec la Convention. Le plus souvent, la violation résulte de l'application de la loi, ce qui conduit par hypothèse à porter attention aux circonstances de sa mise en œuvre et donc à des données de fait¹. Il y a déjà là matière à favoriser une évolution majeure.

90. Ce n'est pas là la seule donnée dont il faut tenir compte. Il faut ajouter une considérable mutation à venir, résultant du Protocole 16 additionnel à la CEDH ouvert à la signature le 2 octobre 2013². Il vise à élargir la compétence consultative de la Cour en permettant des demandes d'avis émanant des « plus hautes juridictions » nationales, selon son article 1^{er} (« Les plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante, telles que désignées conformément à l'article 10, peuvent adresser à la Cour des demandes d'avis consultatif sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »). La formule vise les juridictions supérieures dont la décision définitive permet de satisfaire la condition d'épuisement des voies de recours internes posées par l'article 35 §1 de la CEDH³. Selon l'analyse de M. F. Sudre, le Conseil constitutionnel pourrait parfaitement être cette « haute juridiction ». Plus encore, selon l'auteur, « le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité devrait interdire au juge de l'application de la loi, dès lors qu'il est saisi d'une QPC et alors même que généralement sont invoqués simultanément devant lui un moyen d'inconstitutionnalité et un moyen d'inconventionnalité, de

1. Dans une troisième hypothèse, la violation de la CEDH résulte d'erreurs dans le processus de jugement – motivation insuffisante, délais déraisonnables, non-respect des droits de la défense, etc. L'application des garanties de la CEDH relève alors du contrôle disciplinaire.

2. Il n'est évidemment pas acquis que ce Protocole entre en application ni qu'il soit ratifié par la France.

3. V. l'analyse de F. Sudre, De QPC en Qpc... ou le Conseil constitutionnel juge de la Convention EDH, JCP G 2014, 1027.

demander un avis consultatif à la Cour européenne. La QPC aurait alors pour effet de neutraliser la procédure d'avis consultatif dans le chef du Conseil d'État ou de la Cour de cassation, du moins, dans un premier temps »¹. Sans dire que la jurisprudence de la CEDH elle-même pourrait inciter au recours au Conseil constitutionnel en traitant, ce qui n'est pas encore le cas, la QPC comme une voie de recours interne à épuiser au sens de l'article 35 § 1 CEDH : c'est ce que semble préfigurer un arrêt *Uzun c. Turquie*, dans lequel la Cour européenne affirme que « quand il s'agit d'un système juridique prévu pour la protection des droits et libertés fondamentaux, il incombe à l'individu qui se considère comme victime de tester les limites de cette protection » (§42) ; c'est ce que l'on pourrait soutenir dès lors que la QPC porte sur des droits identiques à ceux de la CEDH et que le justiciable se prévaut de l'inconventionnalité de la loi².

Ces évolutions nourrissent ainsi la concurrence entre les juridictions suprêmes de chaque ordre non seulement avec la CEDH mais aussi avec le Conseil constitutionnel. La QPC, dans un premier temps, mais aussi le Protocole 16 dans un second temps, pourraient inciter à ouvrir, une fois de plus, le débat sur le maintien de la jurisprudence *Jacques Vabre*³, et donc à s'interroger sur l'opportunité de promouvoir, à terme, une éventuelle concentration des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité.

Aussi, on peut penser que **se joue dans la période actuelle l'avenir de la Cour de cassation dans sa fonction de protection des droits et libertés fondamentaux contre la loi.**

91. La Commission estime qu'il convient de tenir compte d'une deuxième donnée, qui tient aux effets induits par le caractère diffus du contentieux de la conformité de la loi aux conventions internationales. Le fait que chaque juge soit habilité à se prononcer sur la conformité de la loi à une convention et parti-

1. *Id.*, n° 15.

2. En ce sens, M. Guillaume, Question prioritaire de constitutionnalité et Convention européenne des droits de l'homme, *Nouv. cah. Cons. const.* 2011 n° 32 : « Dans l'hypothèse rare où QPC et saisine de la Cour de Strasbourg ont le même objet, le constituant français a confié aux deux cours suprêmes la régulation du système. Elles apprécient les conditions de la transmission de la QPC pour permettre, le cas échéant, au Conseil constitutionnel d'abroger la norme législative. Si elles ne transmettent pas, la saisine de la Cour de Strasbourg est possible. Ce rôle particulier se déduit de leur double rôle de juge conventionnel et de filtre constitutionnel. Le fait de poser une QPC, élément de l'épuisement des voies de recours interne, ne doit ainsi pas être confondu avec la saisine du Conseil constitutionnel sur cette QPC qui ne participe pas de cet épuisement. Le Conseil constitutionnel reste une juridiction spécialisée en matière constitutionnelle. Certes sa saisine a été élargie mais il n'est pas devenu une cour régulatrice ».

3. Sur les différents arguments dans un sens comme dans l'autre, v. G. Carcassonne, Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ?, *Nouv. cah. Cons. const.* 1999 n° 7, 99. Plus récemment, C. Grewe, Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : à la recherche d'une frontière introuvable, *RFDC*, 2014, p. 961.

culièrement à la CEDH induit parfois, de la part des plaideurs, des stratégies procédurales qui peuvent être source d'insécurité juridique. Plus généralement, la multiplication des voies procédurales par lesquelles se manifeste le contrôle de la loi au regard des droits et libertés à valeur supra-législative, incite à ouvrir une réflexion sur l'opportunité d'éviter l'éclatement d'un tel contrôle de la loi et, le cas échéant, sur la manière d'y parvenir sans dommage collatéral pour la qualité de la protection des droits fondamentaux.

A. La consécration du contrôle de proportionnalité

92. Il aura suffi d'une affaire pour mettre le feu aux poudres et justifier une réflexion sur une éventuelle révolution copernicienne de la Cour de cassation – loin de la révolution « tranquille » que certains auteurs qualifient comme telle pour mieux la prôner¹. « La question est de savoir si la Cour de cassation peut appliquer le principe de proportionnalité jusqu'à écarter, *pour des raisons factuelles*, une disposition de la loi française qui lui paraît, *dans le cas de l'espèce*, contraire à la Convention EDH ou à la jurisprudence de la CEDH », s'interrogent MM.Ph. Jestaz, Ch. Jamin et J.-P. Marguénaud. La réponse doit être affirmative.

Il pourra sembler surprenant de venir préconiser, dans un rapport sur la sécurité juridique, l'instauration d'un tel contrôle de proportionnalité devant la Cour de cassation. La prise en compte des circonstances de l'espèce, qu'implique le raisonnement conduit en termes de proportionnalité, rend par définition davantage subjective l'appréciation conduite par le juge. L'appréciation est alors liée à l'espèce, ce qui vient évidemment affaiblir sa portée normative au détriment de la clarté et l'univocité du message. La sécurité du droit s'en trouve donc nécessairement affectée, en même temps que le message se charge d'appréciations contingentes. On peut d'ailleurs craindre que cette subjectivité entraîne un surcroît de pourvois, alors que l'objectif d'une considérable réduction du contentieux devant la Cour de cassation doit être poursuivi, comme il va en être question plus avant.

Pourtant plusieurs raisons militent pour la reconnaissance de ce contrôle de proportionnalité.

➤ La première, hors-série, tient au fait que ce contrôle est déjà là, présent, dans de nombreuses décisions de la Cour de cassation. Il ne sert à rien de le masquer – et encore moins de prôner sa suppression, parfaitement a-historique. La sécurité juridique, précisément, gagne à ce qu'il apparaisse clairement, que l'on maîtrise ses ressorts techniques, les hypothèses dans lesquelles il a vocation à s'exercer, bref qu'il soit officiellement pratiqué.

1. Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud, Ch. Jamin, Révolution tranquille à la Cour de cassation, D. 2014, 2061.

La Cour de cassation procède en effet, en différentes hypothèses, à une appréciation de la violation des droits et libertés au regard des données factuelles, en invitant souvent expressément à un contrôle de proportionnalité, directement calqué sur le contrôle opéré par la CEDH.

Ainsi a-t-on en ce sens mis en exergue le contrôle opéré par la Première chambre civile dans son arrêt du 4 décembre 2013¹ dont on rappellera les termes pour mettre en exergue la démarche suivie :

Vu l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

« Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Mme X... et M. Claude Y... se sont mariés le 6 septembre 1969 et qu'une fille, née le 15 août 1973, est issue de leur union ; qu'après leur divorce, prononcé le 7 octobre 1980, Mme X... a épousé le père de son ex-mari, Raymond Y..., le 17 septembre 1983 ; qu'après avoir consenti à sa petite-fille une donation le 31 octobre 1990, ce dernier est décédé le 24 mars 2005 en laissant pour lui succéder son fils unique et en l'état d'un testament instituant son épouse légataire universelle ; qu'en 2006, M. Claude Y... a, sur le fondement de l'article 161 du code civil, assigné Mme X... en annulation du mariage contracté avec Raymond Y... ;

Attendu que, pour accueillir cette demande, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, après avoir relevé qu'ainsi que l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt récent, les limitations apportées au droit au mariage par les lois nationales des États signataires ne doivent pas restreindre ou réduire ce droit d'une manière telle que l'on porte atteinte à l'essence même du droit, retient que la prohibition prévue par l'article 161 du code civil subsiste lorsque l'union avec la personne qui a créé l'alliance est dissoute par divorce, que l'empêchement à mariage entre un beau-père et sa bru qui, aux termes de l'article 164 du même code, peut être levé par le Président de la République en cas de décès de la personne qui a créé l'alliance, est justifié en ce qu'il répond à des finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des relations saines et stables à l'intérieur du cercle familial, que cette interdiction permet également de préserver les enfants, qui peuvent être affectés, voire perturbés, par le changement de statut et des liens entre les adultes autour d'eux, que, contrairement à ce que soutient Mme X..., il ressort des conclusions de sa fille que le mariage célébré le 17 septembre 1983, alors qu'elle n'était âgée que de dix ans, a opéré dans son esprit une regrettable confusion entre son père et son grand-père, que l'article 187

1. Civ. 1^{re}, 4 décembre 2013, n° 12-26066, D. 2014, 179, note F. Chénéde, 153, pt de vue H. Fulchiron, 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ Fam. 2014, 124, obs. S. Thouret, et 2013, 663, pt de vue F. Chénéde ; RTD civ. 2014, 88, obs. J. Hauser et 307, obs. J.-P. Marguenaud.

dudit code interdit l'action en nullité aux parents collatéraux et aux enfants nés d'un autre mariage non pas après le décès de l'un des époux, mais du vivant des deux époux, qu'enfin, la présence d'un conjoint survivant, même si l'union a été contractée sous le régime de la séparation de biens, entraîne nécessairement pour M. Claude Y..., unique enfant et héritier réservataire de Raymond Y..., des conséquences préjudiciables quant à ses droits successoraux, la donation consentie à Mme Fleur Y... et la qualité de Mme Denise X... en vertu du testament du défunt étant sans incidence sur cette situation, de sorte que M. Claude Y... a un intérêt né et actuel à agir en nullité du mariage contracté par son père ;

Qu'en statuant ainsi, **alors que le prononcé de la nullité du mariage de Raymond Y... avec Mme Denise X... revêtait, à l'égard de cette dernière, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans**, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Ce sont bien des considérations factuelles qui ont ici conduit la Cour de cassation à considérer qu'il y avait eu violation de l'article 8 de la CEDH au cas d'espèce – d'où l'on pourrait d'ailleurs se demander si l'on n'est pas davantage en présence d'un grief de manque de base légale. Ce qui permet de comprendre que l'empêchement à mariage résultant de la prohibition prévue par l'article 161 du code civil n'est pas en soi inconstitutionnel. C'est son application à l'espèce qui l'était, selon la Cour de cassation.

Or cet arrêt est loin d'être isolé.

La technique de cassation conduit souvent la Cour à procéder à ce contrôle de façon indirecte, mais pour autant souvent bien réelle¹ :

« Vu les articles 6 et 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

[...]

Attendu que pour condamner *in solidum* M. Jean-Claude X..., la société GMBA et M. Raoul A... à payer à M. René X... une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour violation du droit à l'intimité de la vie privée, la cour d'appel retient que même s'il ne s'est pas approprié frauduleusement les pièces n° 38 à 51, M. Jean-Claude X... n'est en rien autorisé, ni comme fils ni comme dirigeant, à divulguer ces pièces qui, constituées pour l'essentiel de certificats médicaux et ordonnances, concernent toutes l'état de santé de M. René X..., lequel est en droit de revendiquer la protection de sa vie privée et le respect du secret médical, auxquels ne peuvent apporter tempérament que les mesures d'instruction judiciairement ordonnées et

1. En ce sens, v. l'audition de N. Fricero.

légalement encadrées ; que la violation délibérée des droits à l'intimité de la vie privée de M. René X..., dont les difficultés de santé ont été révélées en détail à des parties à la procédure qui lui sont étrangères, mérite sanction sous la forme d'une condamnation à dommages-intérêts de 10 000 euros à la charge de toutes les parties appelantes ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que constitue une atteinte au principe de l'égalité des armes résultant du droit au procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme le fait d'interdire à une partie de faire la preuve d'un élément de fait essentiel pour le succès de ses prétentions ; que par ailleurs, toute atteinte à la vie privée n'est pas interdite, et qu'une telle atteinte peut être justifiée par l'exigence de la protection d'autres intérêts, dont celle des droits de la défense, si elle reste proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence ; qu'en l'espèce, la question posée étant de savoir si M. René X..., dirigeant d'une entreprise, n'avait pas été empêché d'exercer ses fonctions en raison de son état de santé, et si certains de ses proches avaient exercé à sa place des pouvoirs dont ils ne disposaient pas, la production de pièces relatives à la santé du dirigeant pouvait être justifiée, si elle restait proportionnée, par la défense des intérêts de la société et de ses actionnaires ; **qu'en sanctionnant une atteinte à la vie privée, sans s'interroger sur la légitimité et la proportionnalité de cette atteinte, la cour d'appel a violé les textes susvisés** »¹.

Dans certains cas, la Cour de cassation se contente de contrôler si les juges du fond ont bien caractérisé la proportionnalité au but recherché. Elle ne procède alors pas à un tel contrôle expressément².

Toutefois, le glissement s'opère alors parfois avec le contrôle de proportionnalité par le juge de cassation lui-même. Ainsi, dans un arrêt du 5 février 2014, la Cour contrôle elle-même cette proportionnalité : « **la considération de ces éléments, quand bien même ils affecteraient la vie privée de l'un et l'autre, n'étant pas disproportionnée au regard du droit de l'assureur d'établir en justice la nullité du contrat pour le motif retenu...** »³.

1. Com., 15 mai 2007, n° 06-10606.

2. V. ainsi Civ. 1^{er}, 16 octobre 2008, n° 07-15778 : « Attendu que pour rejeter la demande en dommages-intérêts de M. Z... soutenant que la production contestée avait porté une atteinte à sa vie privée, l'arrêt retient seulement, par motifs propres, "que l'intérêt supérieur de la défense le justifiait", et, par motifs adoptés, que la pièce dont il s'agit "n'était pas dépourvue de rapport avec les faits objet de l'information judiciaire et pouvant au contraire leur conférer un éclairage particulier" ;

Qu'en statuant ainsi, sans caractériser la nécessité de la production litigieuse quant aux besoins de la défense et sa proportionnalité au but recherché, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ; Civ. 1^{er}, 5 avril 2012, n° 11-14177.

3. Civ. 1^{er}, 5 février 2014, n° 12-20206.

Il faut ajouter que, dans d'autres hypothèses, la Cour de cassation réintroduit dans son raisonnement les éléments de fait pertinents permettant d'apprécier s'il y a eu violation d'un droit fondamental au sens de la CEDH :

« Qu'en statuant ainsi, quand le droit de chacun au respect de sa vie privée et familiale s'oppose à ce que l'animateur d'une émission radiophonique, même à dessein satirique, utilise la personne de l'enfant et exploite sa filiation pour lui faire tenir des propos imaginaires et caricaturaux à l'encontre de son grand-père ou de sa mère, fussent-ils l'un et l'autre des personnalités notoires et dès lors légitimement exposées à la libre critique et à la caricature incisive, l'arrêt, qui relève que, si les noms de B... et de Z... n'étaient pas cités, l'enfant était identifiable en raison de la référence à son âge, à son prénom exact, à celui de sa mère Marine et d'un tic de langage de son grand-père, la cour d'appel, méconnaissant les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes susvisés (l'article 9 du code civil, ensemble les articles 8 et 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) »¹.

➤ La deuxième raison tient au fait qu'un tel contrôle de proportionnalité est sans doute devenu un enjeu majeur pour la Cour de cassation, car de lui dépend la place voire sa vocation même à pouvoir pleinement protéger les droits et libertés fondamentaux lorsque la conformité de la loi interne – ou plus exactement de son application – à un Traité est en cause. On l'a dit précédemment : la concurrence du Conseil constitutionnel d'un côté, et celle de la Cour européenne des droits de l'homme de l'autre, ne peuvent plus être ignorées par la Cour de cassation. Mais précisément, son actuel Premier Président ne les ignore nullement.

B. Louvel,
La Cour de cassation face aux défis du XXI^e siècle
(discours du 3 mars 2015)

Les dernières décennies ont mis à rude épreuve le modèle de cassation légaliste. C'est que la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) est entrée en scène pour exercer, après la Cour de cassation, un contrôle faisant appel à la notion d'équité venue de la *Common Law*. Là où le juge français était habitué à user de l'aphorisme « la loi, toute la loi, rien que la loi », la CEDH répond : oui, à condition que le résultat soit équitable, c'est-à-dire que l'application de la loi soit adaptée aux circonstances de l'espèce, nécessaire en raison de ces circonstances, et proportionnée à ces circonstances.

Jus id quod justum est : « le droit, c'est ce qui est juste », **dit la doctrine naturaliste.**
Nous sommes au cœur de notre sujet.

1. Civ. 1^e, 20 mars 2014, n° 13-16829, D. 2014, 776 ; AJ Fam. 2014, 380, obs. A. Le Gouvello ; RTD civ. 2014, 334, obs. J. Hauser. L'arrêt est cité par S. Guinchard, F. Ferrand, T. Moussa, Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité, D. 2015, 278, spéc. note 39.

Dans cette logique, la première chambre civile de la Cour de cassation a été amenée à rendre le 4 décembre 2013 un arrêt véritablement fondateur.

Il s'agissait du remariage d'une ex-épouse divorcée avec son ex-beau-père en méconnaissance de la prohibition édictée par le Code civil. L'ex-mari a agi en nullité du mariage. La Cour de cassation a écarté l'application de la loi interne française instituant la nullité du mariage car elle aurait eu des incidences disproportionnées sur la vie privée des intéressés compte tenu de la durée du second mariage.

La Cour a ainsi exercé un contrôle en rupture radicale avec celui de la stricte application de la loi qui faisait sa tradition ancestrale, ceci pour que son contrôle demeure efficient et que ne lui soit pas substitué celui qu'opère la Cour de Strasbourg.

La Cour de cassation réfléchit actuellement au périmètre du droit auquel il conviendrait d'étendre cette formule de contrôle.

En réalité, notre droit d'inspiration écrite est ici confronté à l'héritage de la tradition coutumière passé à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui en est profondément imprégnée à travers les notions d'équité et de proportionnalité.

Dans les pays de tradition écrite, la règle descend du légiste vers le justiciable sans que le juge puisse moduler son application au regard des circonstances de l'espèce. C'est pourquoi, dans ces pays, le juge, qui est assimilé à la loi aux yeux du justiciable, est rendu responsable des effets de cette loi que le citoyen juge inéquitables. D'où le phénomène d'incompréhension et même de divorce souvent évoqué dans les rapports du juge et du citoyen dans un pays comme la France.

Dans la tradition des pays de *Common Law* ou de droit naturel, c'est la loi qui monte du citoyen, de ses pratiques, de ses usages, de ses coutumes, vers le juge dont le rôle consiste à se faire l'interprète du droit voulu par le sens commun. C'est pourquoi on ne rencontre pas dans les pays de *Common Law* ce phénomène de fracture entre le juge et le citoyen, car ceux-ci sont unis par la proximité du droit venu du peuple et du droit appliqué par le juge.

C'est cette tradition qui s'est imposée dans le droit européen à travers la notion d'équité et qui impacte frontalement la tradition française, **provoquant un choc de culture judiciaire majeur.**

➤ En troisième lieu, un tel contrôle trouve encore une raison d'être dans le Protocole 16 précité qui prévoit la procédure d'avis facultatif à la CEDH. La Cour qui saisit la CEDH doit alors motiver sa demande d'avis et produire « les éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante ». Il ne s'agira en effet pas pour la Cour d'effectuer un contrôle abstrait de la législation et de sa conformité avec la CEDH.

L'avis rendu par la CEDH prend en considération « les circonstances telles que celles de l'affaire en cause », selon les explications données par la CEDH elle-même¹ :

1. Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, n° 30, p. 7.

« La question de la compatibilité avec le droit à un procès équitable et à l'assistance d'un défenseur prévu à l'article 6 §§ 1 et 3 c) de la Convention du refus fait à un suspect, conformément aux dispositions de la législation interne pertinente, de le laisser contacter un avocat pendant sa garde à vue aurait pu faire l'objet d'un avis consultatif : il s'agissait en effet d'une question d'intérêt général pertinente pour plusieurs États parties à la Convention. Si la compétence consultative de la Cour avait déjà été élargie lorsque cette question s'est posée, la juridiction nationale de dernière instance de l'État concerné aurait pu lui demander, au cours de la procédure pénale pendante au niveau interne, un avis consultatif sur le point de savoir si le refus de laisser le suspect voir un avocat était compatible avec l'article 6 de la Convention dans des circonstances telles que celles de l'affaire en cause ».

Dès lors, **si l'on admet que la Cour de cassation doit pouvoir interroger la CEDH, elle devra le faire de manière concrète, en fonction des éléments qui caractérisent l'affaire qui justifie la saisine pour avis de la CEDH.**

Il va de soi, puisque la demande d'avis doit être circonstanciée et tenir compte des éléments de l'affaire en cause, que le contrôle opéré par la juridiction nationale de dernière instance qui soulève la question doit être de même nature. Il ne serait pas pertinent que la question posée soit circonstanciée alors que le contrôle opéré, par suite de la réponse donnée, serait abstrait.

93. Il faut ajouter que la technique de cassation, sans être nécessairement ce que certains auteurs ont appelé un « vecteur particulièrement approprié »¹, n'empêche pas le contrôle de proportionnalité, là où précisément le Conseil constitutionnel, juge abstrait de la constitutionnalité de la loi, n'est actuellement pas en mesure de procéder, en parallèle, à un contrôle au regard des circonstances de l'affaire en cause.

Précisément, **il est indispensable qu'un tel contrôle ne puisse avoir lieu qu'à la lumière des faits qui sont dans le litige et résultent des constatations des juges du fond.** La Cour de cassation ne saurait devenir juge du fait au sens où le sont les juges du fond. Mais elle est juge de l'application de la règle et, dans le cadre des droits et libertés fondamentaux, de leur protection dans le cadre de l'affaire qu'elle juge.

➤ En quatrième lieu, ce contrôle de proportionnalité s'installe progressivement dans notre droit en tant que modalité de la protection des droits et libertés. À ce titre, le projet d'article 1102 du Code civil, tel que sa rédaction figure dans le projet d'Ordonnance portant réforme du droit des contrats, en fournit une nette illustration :

1. S. Guinchard, F. Ferrand, T. Moussa, préc., qui répondent sur ce point à Ph. Jestaz, J.-P. Marguénaud, Ch. Jamin, préc.

« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, **à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché** ».

94. Un tel contrôle devra évidemment être délimité. Il opère naturellement dans la protection des droits et libertés fondamentaux. Il implique, à ce titre, de déterminer les droits et libertés qui doivent être « mis en balance », et dont on ne saurait admettre l'absolutisme. La pesée des intérêts, à laquelle conduit un tel contrôle, devra précisément être déterminée par la jurisprudence car celle-ci pourra s'élaborer non plus à l'ombre mais à la lumière des décisions et des raisonnements de la Cour de cassation.

Proposition n° 27 : Consacrer officiellement le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour de cassation dans la protection des droits et libertés fondamentaux.
--

B. Vers une centralisation du contrôle de conventionnalité entre les mains de la Cour de cassation ?

95. « Que la loi votée ait cessé d'être inconditionnellement l'expression de la volonté générale, fut dans l'ensemble plutôt salué comme un progrès. Mais n'en est plus un la situation dans laquelle elle devient une sorte de paillason sur lequel n'importe quel juge, à l'invitation de n'importe quel justiciable, peut s'essuyer les pieds » : la formule de Guy Carcassonne marque clairement les limites de la propagation et de la généralisation du contrôle de la loi¹.

Sur la voie d'un renforcement du rôle de la Cour de cassation, la Commission a été conduite à se demander s'il ne convenait pas de centraliser entre ses mains le contentieux du contrôle de conformité de la loi à la Convention européenne voire aux traités relatifs aux droits et libertés fondamentaux. La réflexion s'est nourrie du constat qu'**en certaines matières, notamment en droit du travail, les griefs d'inconventionnalité de la loi soulevés par l'une des parties étaient dominés par des préoccupations purement tactiques**. Chacun a en mémoire la manière dont le Conseil des prud'hommes de Longjumeau a pu estimer que l'ordonnance du 2 août 2005 créant le Contrat nouvelles embauches (CNE) était contraire à la convention 156 de l'Organisation internationale du travail (OIT)

1. G. Carcassonne, Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ?, préc.

ratifiée par la France, et était donc « non valable » et « privée d'effet juridique »¹. En conséquence, le tribunal avait requalifié le CNE en contrat à durée indéterminée (CDI) et condamné l'employeur au versement de dommages et intérêts.

On ne saurait perdre de vue que le progrès de l'État de droit, et singulièrement du contrôle de sa constitutionnalité, n'a pu avoir lieu – et ne peut continuer à se déployer – qu'au prix d'une certaine fragilisation de l'acte législatif. Le statut de la loi, sous ce rapport, a subi une évolution historique comparable à celle qu'ont subi les décrets et autres actes du Gouvernement avec le développement de la justice administrative. La protection accrue des droits fondamentaux passe par là. Mais, pour autant, cela ne signifie pas que ce mouvement doive ne supporter aucun tempérament. Le fait que chaque juge puisse écarter la loi comme contraire à une norme supra-législative est dans certains cas facteur d'une insécurité qui confine au désordre juridique : ainsi lorsque la mise à l'écart de la loi résulte de stratégies réfléchies de plaideurs qui tentent leur chance en multipliant les contentieux, ou à l'inverse « ciblent » leur juge. Il convient donc d'y réfléchir. Dans cette perspective, il est judicieux de se demander si l'intervention rapide, voire exclusive, de la Cour de cassation ne pourrait pas constituer une manière de contenir le risque de cette instrumentalisation du contrôle de la loi.

Dans la version la plus radicale de cette idée, on pourrait ainsi souhaiter que la question de la conformité de la loi à des traités internationaux relatifs aux droits et libertés fondamentaux relève exclusivement de la compétence de chaque Cour placée au sommet de son ordre. La Cour de cassation devrait alors être saisie de toute question de conventionnalité. Il va de soi qu'une telle hypothèse supposerait un filtre, opéré par le juge du fond initialement saisi de la question.

96. Plusieurs obstacles à une telle concentration doivent toutefois être soulignés. En premier lieu, une telle centralisation ne saurait valoir pour le contrôle de la loi aux exigences communautaires : chaque juge national est en effet juge de droit commun du droit de l'Union européenne (jurisprudence *Simmenthal*) et l'exigence d'effectivité du droit de l'Union impose que le juge national soit en mesure d'appliquer immédiatement le droit de l'Union. Il en résulte que l'invocation de la Charte européenne des droits fondamentaux, qui est communautaire, échapperait à cette centralisation. Or, elle est, pour une part importante, tout à fait redondante avec la CEDH, ce qui pourrait donc priver d'effet pratique la centralisation du contrôle de conformité à la CEDH entre les mains de la Cour de cassation, sans même évoquer la complexité d'un système qui verrait coexister une procédure propre à la QPC, une autre pour le droit communautaire et une troisième pour la CEDH et les autres Traités. À quoi on peut ajouter qu'il n'est pas certain que la CJUE, arguant de l'intégration du droit de la CEDH au droit

1. Cette convention prévoit qu'un salarié ne peut être licencié « sans qu'il existe un motif valable de licenciement » et « avant qu'on lui ait offert la possibilité de se défendre ». Or, le CNE exonère l'employeur de l'obligation d'effectuer un entretien préalable au licenciement et de motiver la lettre de licenciement, rappelle le tribunal.

de l'Union européenne, ne cherche à empêcher cette forme de restriction du pouvoir du juge national.

Au reste, la compétence des juges de première instance ou d'appel en matière de contrôle de conventionnalité n'est assurément pas toujours un mal : les juges du fond ont souvent montré qu'ils savaient être précurseurs et précéder les évolutions. La Cour de cassation se nourrit ainsi parfois de ce contentieux de la conventionnalité de la loi venu des juges du fond, comme le marquent différents exemples¹. Le plus souvent, ce contrôle de la loi, parfaitement intégré – et en quelque sorte acculturé – par les juges du fond, ne soulève aucun problème.

97. Si l'on doit renoncer, pour l'ensemble des raisons qui viennent d'être dites, au principe d'une centralisation obligatoire du contrôle de conventionnalité de la loi entre les mains de la Cour régulatrice de chaque ordre, il demeure cependant possible d'améliorer significativement les choses.

Il suffirait d'ouvrir aux juges du fond la faculté de saisir la Cour de cassation pour avis de ces questions de conformité de la loi aux normes supra-législatives. La Cour de cassation considère en effet irrecevables les demandes d'avis portant sur la conventionnalité de la loi, estimant que les questions de compatibilité de la loi avec la CEDH ne relèvent pas de la procédure d'avis². En ce sens, **elle souligne qu'il est de l'office du juge du fond de statuer sur cette compatibilité**, selon un argument qui n'est pas sans rappeler « l'obstacle » *Simmenthal*

1. En ce sens, audition de F. Sudre. V. ainsi TGI Brives, 30 juin 2000 (Dr. fam. 2000, comm. n° 107, obs. P. Murat) considérant que l'article 334-8 du Code civil en vertu duquel la filiation naturelle est établie par la reconnaissance volontaire ou la possession d'état n'était pas conforme à la jurisprudence de la Cour européenne et notamment à l'arrêt *Marckx*. La Cour de cassation s'est ralliée à cette solution : Civ. 1^{re}, 14 février 2006, D. 2006, 1001, note G. Kessler ; Versailles, 6 février 2003, *Castorama c/ Sté Le Bas Noyer* (D. 2003, jur., 720, note P.-Y. Gautier), affirme que la règle européenne gouvernant les validations législatives s'applique « même lorsque l'État n'est pas partie au procès » et « quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi », et vaut donc pour une loi interprétative (en l'espèce, la loi MURCEF du 11 décembre 2001, Ass. plén., 23 janvier 2004, *SCI Le Bas Noyer c/ Sté Castorama*, D. 2004, 1108, note P.-Y. Gautier). TGI Saintes, 21 février 1997, *Crédit Lyonnais c/ Marquet et autres* : « En adoptant un texte ainsi conçu, le législateur a méconnu l'indépendance de l'autorité judiciaire et le principe de la séparation des pouvoirs consacrés à l'article 6-1 CEDH » (à propos des validations législatives et l'affaire du Tableau d'amortissement).

2. Avis n° 0020008 du 16 décembre 2002 : « la question de la compatibilité des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme avec des dispositions de droit interne, tel l'article 18 alinéa 1^{er} du décret-loi du 29 juillet 1939, implicitement ratifié par le législateur, et auquel renvoie l'article L. 755-10 du Code de la sécurité sociale, ne relève pas de la procédure instituée par l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire, l'office du juge du fond étant de statuer sur cette compatibilité » ; avis n° 0030002 P du 1^{er} décembre 2003 ; avis n° 0070011 P du 8 octobre 2007. Dans certains cas, comme le montrent les deux avis précédents, la Cour de cassation dit qu'il n'y a pas lieu à avis parce que la question oblige à statuer sur des données de fait.

rappelé précédemment. Comme l'a souligné M. l'Avocat général Kehrig, « le contrôle de la conventionnalité des lois appartient aux juridictions ordinaires, qu'il s'agisse des juridictions administratives ou des juridictions de l'ordre judiciaire »¹. En revanche, le Conseil d'État, saisi par les juridictions administratives sur le fondement de l'article L. 113-1 du Code de justice administrative, accepte de se prononcer sur la conventionnalité des dispositions légales en cause².

Il faut ici distinguer. La Cour de cassation peut parfaitement être saisie pour avis lorsque la question posée porte sur la violation de la CEDH par la loi elle-même : les conditions de l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire – question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges – peuvent en effet être réunies. En revanche, lorsque la question porte sur la violation de la CEDH du fait de l'application de la loi, l'avis suppose de prendre en compte des données factuelles propres à l'espèce. Aussi, un changement de jurisprudence de la Cour de cassation devrait sans nul doute conduire à réformer l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire. En effet, il ne s'agirait pas seulement de permettre à la Cour de cassation de se prononcer de façon abstraite sur la conformité de la loi à la CEDH ; il faudrait aussi, et de façon plus ambitieuse, qu'elle statue sur la conformité de l'application de la loi à la CEDH, en étant saisie d'une question contextualisée³. Dans ce cadre, la question de conventionnalité pourra sembler ne pas être une question « se posant dans de nombreux litiges » voire être une question de droit « nouvelle ».

Il faudrait sans doute alors consacrer une nouvelle procédure d'avis portant sur la conventionnalité de la loi (v. *infra*) :

« Avant de statuer sur une question de conformité de la loi aux droits et libertés fondamentaux consacrés par un Traité international, présentant une difficulté sérieuse, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation ».

Un tel changement pourrait d'ailleurs se combiner avec ceux induits par l'éventuelle entrée en vigueur du Protocole 16 précité, et de la même manière que la procédure d'avis peut conduire la Cour de cassation à estimer qu'il convient de

1. Conclusions sur l'avis n° 0020008 du 16 décembre 2002.

2. CE, ass., avis, 5 décembre 1997, *min. Éduc. nat., Recherche et technologie c/ Organisme gestion écoles catholiques Saint-Sauveur-le-Vicomte*, J.O. 23 Décembre 1997, Rec. CE 1997, p. 460, concl. L. Touvet, RFD adm. 1998, 160, concl. L. Touvet, AJDA 1998, 97, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud ; CE, ass., avis, 12 avr. 2002, n° 239693, *Sté anonyme financière Labeyrie* ; CE, ass., avis, 6 déc. 2002, n° 250167, *Draon*, J.O. 12 Janvier 2004, Rec. CE 2002, p. 423, AJDA 2003, 283, chron. F. Donnat et D. Casas, JCP G 2003, I, 110, étude Ph. Malaurie, JCP A 2003, 1104, note G. Chavrier, RFD adm. 2003, 339, note J. Petit ; Dr. adm. 2003, comm. 26.

3. Ce qui suppose admis les faits qui lui seraient transmis dans le cadre de la procédure pour avis.

soumettre une question préjudicielle à la CJUE, la Cour de cassation pourrait, directement, interroger la CEDH.

En toute hypothèse, cette saisine raccourcie de la Cour de cassation permettrait de donner son plein effet au mécanisme de saisine pour avis de la CEDH sur le fondement du Protocole 16.

La Commission estime que les difficultés soulevées ici et les enjeux de la question méritent d'être abordés dans le cadre d'une réflexion plus générale sur la transformation de l'office du juge sous l'influence de la CEDH et de la Constitution. À cette fin, elle appelle de ses vœux la mise en place d'une Commission *ad hoc* chargée de traiter un tel sujet dans sa généralité.

Proposition n° 28 : Mettre en place une Commission *ad hoc* sur la transformation de l'office du juge sous l'influence de la CEDH et de la Constitution qui puisse envisager une meilleure articulation des contrôles de la loi au regard des droits et libertés fondamentaux.

II

Améliorer la rationalité et l'efficacité de la jurisprudence

A. Affirmer le pouvoir normatif de la Cour de cassation et réduire drastiquement le nombre de décisions

98. Le Club des juristes, dans un récent Rapport de sa Commission Constitution et Institutions¹ sous l'égide de MM. M. Guillaume et D. de Béchillon, a exposé la nécessité de réguler les contentieux des cours suprêmes, aussi bien celui du Conseil d'État que celui de la Cour de cassation. Son étude mérite, dans le présent contexte, d'être reprise pour une large part. Ses conclusions doivent surtout servir, ici, à comprendre **comment la Cour de cassation doit désormais réorienter son rôle et ses méthodes afin de mettre au premier plan de son action la mise en valeur de son pouvoir normatif.**

99. La problématique ne doit pas être saisie par le nombre des décisions rendues – ce qui ne signifie aucunement qu'un tel nombre ne soit pas parfaitement excessif – mais par le rôle qui constitue l'essence même de la Cour de cassation, son identité au sein de nos institutions. Elle est et doit être la Cour suprême de l'ordre judiciaire, ce qui suppose que son activité soit orientée par son pouvoir normatif. À ce titre, la réduction du nombre de décisions est nécessaire parce que la soumission à une production de masse produit des effets négatifs très marqués qui précisément l'empêchent de remplir ce rôle.

➤ De façon générale, **la faible sélection des pourvois et la nécessité pour la Cour de juger des dizaines de milliers d'affaires l'empêchent en effet de remplir sa mission première, celle de dire le droit en assurant son unité.** À ce titre, la Cour de cassation traite de très nombreux contentieux qui, à l'étranger, sont évidemment écartés de l'office d'une Cour suprême régulatrice. Dans la plupart des grandes démocraties occidentales, une telle juridiction ne connaît que des questions de principe, d'évolution du droit ou d'unification de la jurisprudence. Happée par la nécessaire maîtrise du nombre et de la masse, la Cour de cassation ne parvient plus à délivrer une jurisprudence lisible, compréhensible et efficace².

1. Commission Constitution et Institutions du Club des juristes, préc.

2. G Canivet, L'organisation interne de la Cour de cassation favorise-t-elle l'élaboration de sa jurisprudence ?, préc. : « Le nombre d'arrêts rendus trouble la lisibilité de la jurisprudence. La production de masse des décisions brouille le message doctrinal de la Cour, d'autant plus que les arrêts de seconde importance, motivés selon la technique du

**P. Sargos, L'organisation et le fonctionnement de la chambre sociale
de la Cour de cassation : la mission normative au péril de l'effet de masse
(Droit social 2006, p. 48)**

Cette mission normative ne peut être remplie si des milliers de pourvois soulèvent devant une chambre de la Cour de cassation des questions qui ne lui permettent pas de l'exercer, mais la transforment en une sorte de cour d'appel à vocation nationale l'obligeant à rendre des milliers d'arrêts de rejet qui non seulement n'ont aucune vocation normative, mais qui par leur aspect trop factuel sont une source de trouble pour beaucoup de commentateurs. La « vocation unifiante » de la jurisprudence de la Cour de cassation devient alors une « vocation dispersante », génératrice d'incertitude et d'insécurité juridique. [...]

5000 à 6000 pourvois par an restent encore excessifs pour l'exercice raisonnable et raisonné d'une telle mission. Un reflet de l'exercice de la mission normative d'une chambre est le nombre d'arrêts qu'elle publie au Bulletin bicentenaire de la Cour de cassation. Pour la chambre sociale ce nombre a été de 321 en 2003 et de 346 en 2004, soit au total 667 ; ces chiffres sont à comparer avec les 18259 pourvois formés au cours de ces mêmes deux années...

D'autres réformes sont donc nécessaires pour recentrer la chambre sociale – sinon l'ensemble de la Cour de cassation – sur sa mission normative, étant précisé qu'il ne s'agit pas ici d'entrer dans le débat théorique sur le rôle de cour suprême d'une juridiction – or il n'y a pas de cour suprême en France – mais simplement de prendre acte du fait qu'une cour qui a pour finalité d'harmoniser l'interprétation des normes légales a une spécificité irréductible qui ne permet pas de raisonner comme pour les autres organes de jugement. À cet égard on ne peut manquer de s'interroger sur l'exemple de l'Allemagne qui a célébré en 2004 le cinquantième anniversaire de la Cour fédérale du travail (Bundesarbeitsgericht) qui siège à Erfurt. Celle-ci, qui a les mêmes compétences que la chambre sociale de la Cour de cassation, comprend 34 juges – c'est-à-dire le même nombre que celui des conseillers et conseillers référendaires à la chambre sociale – et dix chambres. Or le nombre de pourvois, appelés pourvois en révision, est de moins de 2000 par an depuis plusieurs années, après une légère augmentation à la suite de la réunification, alors que l'Allemagne a 80 millions d'habitants, c'est-à-dire nettement plus que la France, et connaît une crise de l'emploi au moins aussi sévère que la nôtre. Dans ce pays, dont les exigences en matière de démocratie et de fonctionnement équitable des juridictions n'ont rien à envier aux nôtres, la cour d'appel qui a rendu la décision décide de l'admission du pourvoi en révision, avec une possibilité de recours devant la Cour fédérale en cas de refus. Et un pourvoi en révision ne peut être fait que si le point de droit en litige revêt une portée de principe, si une décision de la Cour fédérale est nécessaire pour l'évolution du droit ou s'il y a des divergences de jurisprudence entre cours d'appel.

Tant que nous n'aurons pas introduit un système similaire devant la Cour de cassation française, son rôle normatif sera toujours limité et perverti, sinon englouti, par l'effet de masse, en attendant sans doute que d'autres effets de masse ne détruisent d'autres structures de la vie de notre société...

pourvoi en réponse à d'obscurs moyens, sont difficilement lisibles. Ce qui empêche les professionnels concernés de tout lire et de tout comprendre ».

➤ **La Cour de cassation a concentré ses efforts, depuis près d'un quart de siècle, sur la manière de faire face à la masse de pourvois qui se présente à elle. La gestion du nombre a nécessairement des effets multiples sur l'organisation interne de la Cour comme sur le travail de chacun des magistrats qui la composent.** Les principales mesures de réorganisation interne ont ainsi été justifiées par la nécessité de répondre à la demande croissante de décisions. D'où une segmentation des chambres en sections et sous-sections, une multiplication des formations de jugement, des audiences restreintes voire « super-restreintes », des rédactions d'arrêts stéréotypés (les fameux arrêts dits « tampons »), la mise en place d'un système d'aide à la décision, etc. Les réflexions et les efforts sont consacrés à une meilleure rationalisation du travail de production des décisions dans un contexte de surabondance ; il s'agit alors de mieux classer les pourvois, ranger les moyens, chercher les précédents, identifier les divergences de jurisprudence, les questions de principe, déceler les séries de dossiers, les rapprochements entre affaires, etc., en bref porter le dévolu des personnels sur le respect de processus plutôt qu'à concentrer les efforts sur la décision elle-même.

Dans cet ensemble, les mesures de retrait du rôle comme la procédure de sélection des pourvois instituée par la loi du 25 juin 2001 se détachent, car elles permettent précisément d'endiguer le flot et non de le traiter. Mais leurs résultats restent très insuffisants. **Le filtre ne dispense la Cour que d'un quart à un tiers environ des décisions¹.**

Les réformes intervenues ces dernières années ont, face à l'augmentation constante des recours, aujourd'hui épuisé leurs effets propres. Une analyse de la procédure de non-admission montre que ses effets restent limités, non seulement au regard du nombre de pourvois concernés mais sans doute aussi et surtout en raison de la charge de travail que demande l'examen des pourvois qui feront l'objet d'une non-admission.

Le nombre d'affaires reçues chaque année par la Cour de cassation a à nouveau augmenté de 26 595 en 2005 à 30 165 en 2012 (+ 13,5 %) et se situe à un peu moins de 30 000 en 2013.

➤ Des moyens très importants sont affectés à ces tâches contentieuses, qui ne le sont dès lors plus aux juridictions de première instance et d'appel.

La Cour de cassation comptait ainsi 179 emplois budgétaires de magistrats en 1999. Ce nombre a augmenté de près de 55 % en quinze ans avec aujourd'hui 277 magistrats et notamment une augmentation très forte du nombre de conseillers

1. J.-M. Sommer et B. Munoz Perez, Dix ans de non-admission devant les chambres de la Cour de cassation, Cour de cassation, février 2014, p.7. Aj., p.10 : « En moyenne pour l'ensemble des chambres, la proportion de non-admissions représente 45,5 % des rejets en 2002, elle atteint ensuite un maximum en 2003 (53,3 %), oscille ensuite autour de 50 % jusqu'en 2007, puis tend à diminuer. À partir de 2008, la part des rejets motivés dépasse celle des non-admissions ».

référendaires et de membres du parquet général, auquel il faut ajouter 276 fonctionnaires et greffiers, pour un total de 553 emplois.

➤ La qualité se dissout dans la quantité. La multiplication des formations de jugement vient favoriser la diversité au détriment de l'unité. **La création de formations restreintes rend la collégialité et ses avantages souvent illusoires. Elle favorise la personnification de la jurisprudence et le rattachement de certains secteurs du droit à deux voire un seul magistrat, avec les risques inhérents à une telle domination d'un individu isolé sur une matière.** Dans un tel contexte, la jurisprudence ne doit souvent sa permanence qu'à celle du magistrat qui l'a élaborée et nourrie. **La Cour de cassation ne saurait juger à juge unique, ce qui n'est pas loin d'être le cas dans certains domaines.**

100. Alors que la très grande majorité des démocraties occidentales ont mis en œuvre des réformes profondes pour réguler les contentieux devant leurs Cours suprêmes, la France laisse ses Cours suprêmes faire face à d'énormes masses contentieuses.

Cette situation des Cours suprêmes françaises est, à l'exception de l'Italie, sans comparaison en Allemagne, en Grande-Bretagne, en Espagne ou aux États-Unis d'Amérique. Aucune des grandes démocraties occidentales ne laisse ses Cours suprêmes face à de telles masses contentieuses. En Italie seulement, la Cour de cassation et le Conseil d'État ont des stocks d'affaires analogues ou supérieurs.

En Espagne, deux profondes réformes ont été menées en 2007 et en 2011 pour modifier l'accès respectivement au Tribunal constitutionnel et à la troisième Chambre administrative du Tribunal suprême. Avant la réforme, le Tribunal constitutionnel connaissait en 2007 près de 10 000 recours d'*amparo* par an ; en 2009 seuls 128 recours sur 7 000 ont été déclarés recevables. La même régulation volontariste a été développée devant la Troisième Chambre du Tribunal suprême, juridiction administrative suprême. Cette dernière a vu, entre 2005 et 2013, les affaires pendantes devant elle réduites de près de 70 % et les requêtes déposées et les requêtes traitées réduites de moitié ; le nombre de jugements rendus en 2013 s'est monté à moins de 4 000. Devant les première et seconde Chambres du Tribunal suprême, l'évolution est analogue ce qui a conduit cette juridiction suprême à rendre en 2013 moins de 1 000 jugements civils et moins de 1 000 jugements criminels.

En Allemagne, la réforme du 27 juillet 2001 a profondément modifié les critères du pourvoi en cassation devant la Cour fédérale de justice (BGH) en matière civile. Les pourvois en cassation, autorisés par les juges d'appel, se montent désormais à moins de 800 (737 en 2012, 715 en 2013) alors que le BGH connaissait plus de 4 000 pourvois avant la réforme (4 440 en 2000 et 4 265 en 2001). Les recours contre les refus d'autorisation de pourvoi par la juridiction d'appel (3 633 en 2013) ne sont, quant à eux, accueillis qu'à 8 % (soit moins de 300 affaires). Pour sa part, de manière tout aussi stricte, la Cour constitutionnelle ne juge désormais que 154 affaires après filtrage.

En Italie, la Cour constitutionnelle italienne a, à compter de 1996, décidé de sélectionner très strictement les questions préjudicielles de constitutionnalité en dégagant de nouveaux critères de recevabilité. Grâce à cette politique très volontariste, elle a fait chuter le nombre de questions de 1 196 en 2003 à 287 en 2013 (- 76 %).

En Grande-Bretagne, à la suite de la réforme de 2005, la Cour suprême a succédé en 2009 à la formation judiciaire de la Chambre des Lords. Elle a mis en place une stricte politique d'octroi des permissions de faire appel avec un taux annuel d'environ 30 % la conduisant à juger moins de 100 affaires par an.

101. Face à de tels effets, qui remettent en cause l'office et la place des Cours suprêmes, la France doit pouvoir, comme toutes les autres grandes démocraties occidentales, mener à bien des réformes pour réguler les contentieux devant ses Cours suprêmes et consacrer les nouveaux moyens aux juridictions de première instance et d'appel.

Un très large accord se fait aujourd'hui pour considérer que **la Cour de cassation devrait pouvoir se recentrer sur son rôle de Cour suprême de l'ordre judiciaire**. Cela fait d'ailleurs longtemps que l'idée d'une Cour de cassation qui concentrerait ses efforts sur quelques centaines d'arrêts par an est défendue.

A. Tunc, La Cour de cassation en crise
(Archives de philosophie du droit 1985, t. 30, p. 157)

À mes yeux, la Cour de cassation ne devrait pas rendre plus de 50 décisions par an ou, puisqu'elle a plusieurs chambres, plus de 50 décisions pour chacune d'entre elles. La Cour de cassation doit en effet examiner, non pas une affaire, mais un problème qui se pose à l'occasion d'une affaire. Il s'agit, certes, d'appliquer un texte, mais en le replaçant dans l'esprit de la loi ou de la législation où il s'intègre, d'observer la jurisprudence qui s'est formée sur lui ou sur des textes comparables, d'étudier la doctrine. Il s'agit aussi d'être attentif aux conséquences sociales qu'aurait une décision dans un sens ou dans l'autre.

Ce rôle n'implique pas de juger une troisième fois une affaire. Il n'implique notamment pas, sous couvert de manque de base légale, de remettre ou non en cause les appréciations de fait des juges du fond. La Cour suprême doit être saisie des seules questions de principe, d'évolution du droit ou de contrariété de jurisprudences et de solutions entre juridictions.

Elle doit aussi, de manière plus générale, savoir allouer du temps et des moyens aux affaires qui le réclament. Il convient ainsi « de mettre fin à une attitude passive de la Cour, traitant les affaires les unes après les autres et de manière égale, au profit d'une sélection éclairée de ses champs d'intervention prioritaires et des affaires qui justifient une étude approfondie »¹.

1. G. Canivet, Vision prospective de la Cour de cassation, préc.

Sous cet aspect, la recommandation du Conseil de l'Europe, n° R (95) 5 du 7 février 1995 du comité des ministres aux États membres porte sur l'instauration de systèmes et procédures de recours en matière civile et commerciale et sur l'amélioration de leur fonctionnement. L'article 7. a. de cette recommandation dispose que « Pour établir les mesures relatives aux troisièmes tribunaux, les États devraient avoir présent à l'esprit que la cause a déjà été entendue par deux tribunaux successivement ». L'article 7. C. de cette recommandation prévoit, à propos des recours devant le « troisième tribunal » (Cour de cassation ou Cour suprême, selon les États), que ces recours devraient « être réservés aux affaires pour lesquelles un troisième examen juridictionnel se justifie, comme celles, par exemple, qui contribuent au **développement du droit ou à l'uniformisation de l'interprétation de la loi. Ils pourraient encore être limités aux cas qui soulèveraient une question de droit d'importance générale. Il devrait être requis du demandeur de démontrer en quoi l'affaire comporte de tels enjeux** ». À cet effet, ce texte recommande aux États l'introduction d'un système pour « restreindre le nombre d'affaires méritant un troisième examen judiciaire ».

102. Si les démocraties occidentales ont presque toutes cherché à recentrer leurs Cours suprêmes sur ces missions régulatrices, elles ont utilisé deux méthodes différentes :

➤ Dans une première option, pour réguler les contentieux devant les Cours suprêmes, de nombreux pays, de droit latin ou de *common law*, ont confié **aux Cours d'appel le pouvoir d'autoriser le pourvoi en cassation.**

En Allemagne, la réforme du 27 juillet 2001 a supprimé la possibilité de former un pourvoi sans autorisation de la Cour d'appel pour les litiges patrimoniaux d'un enjeu supérieur à 60 000 DM (= 30 000 euros) pour retenir comme critère unique du pourvoi en cassation l'autorisation des juges d'appel. La loi a encadré ce pouvoir pour éviter qu'il ne soit utilisé trop fréquemment ou de manière discrétionnaire. Le pourvoi en cassation ne peut être autorisé que si l'affaire soulève une question de principe ou lorsque l'évolution du droit ou l'unification de la jurisprudence impose l'intervention de la Cour fédérale de justice (BGH).

En Grande-Bretagne, il existe un système analogue renouvelé par la réforme de 2005 entrée en vigueur en 2009. La Cour d'appel a le pouvoir de refuser l'appel contre la décision de la juridiction de première instance. Si elle l'examine, elle se prononce ensuite sur la permission de faire appel (*permission to appeal*) devant la Cour suprême de sa propre décision. Seule une demande portant sur l'existence d'un point de droit d'importance publique générale peut être jugée recevable devant la Cour suprême.

Cette première option s'accompagne le plus souvent d'une procédure complémentaire dans laquelle le refus d'autorisation du pourvoi par la Cour d'appel peut être contesté devant la Cour suprême.

En Allemagne la loi du 27 juillet 2001 a accompagné le mécanisme d'autorisation du pourvoi en cassation par la Cour d'appel d'une possibilité de contester ce refus devant la Cour fédérale de justice (BGH). Celle-ci apprécie ce recours au vu des mêmes critères que la Cour d'appel (**question de principe, évolution du droit, garantie d'une jurisprudence unitaire**). À ce critère unique, s'ajoute à titre transitoire mais qui demeure depuis 2001, un critère financier applicable au recours contre le refus d'autorisation de pourvoi : un tel recours ne peut être formé que si le grief subi par le requérant dépasse 20 000 euros. Ce critère financier transitoire semble devoir être à nouveau prolongé au-delà de 2014. La décision de la Cour fédérale de justice (BGH) est brièvement motivée, voire pas du tout.

Il en va de même en Grande-Bretagne où le refus de la Cour d'appel de donner la permission de faire appel peut être contesté devant la Cour suprême elle-même.

➤ Dans une seconde option, **d'autres réformes se sont fondées sur des procédures de régulation des contentieux au niveau des Cours suprêmes.**

En Espagne, la réforme de 2007 a radicalement transformé la recevabilité des recours d'*amparo* devant le Tribunal constitutionnel. Désormais il appartient au requérant de démontrer que son recours présente une particulière importance constitutionnelle. L'intérêt du recours doit être objectif et non lié à la situation du requérant. La déclaration d'irrecevabilité pour défaut de particulière importance constitutionnelle est prise sous forme d'une ordonnance non motivée. Le justiciable ne peut pas la contester.

Toujours, en Espagne, la réforme de 2011 a posé des conditions strictes de recevabilité des recours en cassation devant la troisième Chambre administrative du Tribunal suprême. Le recours n'est recevable que selon deux critères : pour certaines matières, notamment la matière électorale, et pour un objet de litige dépassant un montant de 600 000 euros.

En Allemagne, la sélection des recours devant la Cour constitutionnelle fédérale est également très stricte. Ainsi en 2012, il y a eu plus de 5 300 recours individuels dont seulement 154 ont fait l'objet d'un examen au fond. Une moitié des recours a été écartée au stade de l'enregistrement du recours. Une seconde moitié a été écartée par une des sections de trois juges notamment parce que le recours ne posait pas une question de principe pour le droit constitutionnel. La décision de rejet de la section n'a pas à être motivée.

En Italie, la Cour constitutionnelle a dégagé de manière prétorienne des critères très stricts pour restreindre la recevabilité des questions incidentes de constitutionnalité. Elle retient que le juge *a quo* a l'obligation d'essayer de dégager une interprétation de la loi conforme à la Constitution et qu'il ne peut saisir la Cour constitutionnelle que si une telle interprétation est impossible. Elle contrôle également strictement l'applicabilité au litige et le caractère fondé des décisions, n'hésitant pas à restituer des questions aux juges du fond.

Aux États-Unis, les recours que va juger la Cour suprême sont présélectionnés par les juges. La loi du 27 juin 1988 a entièrement transformé la compétence de la Cour en compétence discrétionnaire. Un recours n'est retenu que sur la base de critères, indicatifs, d'une grande sévérité. Parmi ceux-ci, on peut relever les contrariétés de décisions entre Cours fédérales d'appel ou avec une Cour d'État de dernier ressort, ainsi que toute importante question de droit fédéral non encore tranchée. Ce système conduit à ce que 73 des 7 509 pétitions pour un *writ of certiorari* aient donné lieu à un jugement de la Cour suprême. 99 % des recours ont été écartés.

103. On n'ignore évidemment pas que les exemples étrangers ne sont pas tous parfaitement comparables, qu'une cour suprême qui est juge de la constitutionnalité a d'autres traits et que notre tradition comme les particularismes de notre système juridique ne peuvent être négligés.

Jusqu'à présent, la France a mis en œuvre, comme en Belgique, des techniques de filtrage interne au sein des Cours suprêmes qui n'ont pas produit les effets escomptés. D'une part, **la charge de travail consacrée à l'admission des pourvois en cassation n'apparaît pas radicalement moindre que pour les autres contentieux**. D'autre part, le dispositif a été critiqué. Certains avancent qu'il laisse place à la subjectivité voire à des approximations pour aboutir à des taux élevés de non-admission. En tout état de cause, ce système a atteint aujourd'hui ses limites.

Il ne semble pas possible de transposer en France un système de « *cherry picking* » propre au droit américain. L'absence de tout critère de recevabilité des pourvois fixé dans la loi revient à donner toute liberté au juge. Ce système fonctionne très bien aux États-Unis où, sur la base de critères juridiques et de critères d'opportunité, la sélection des recours est décidée par les juges. Dans notre pays, les traditions et les comportements, comme l'attachement au principe d'égalité, paraissent s'opposer à cette technique contentieuse. Une telle orientation ne semble pas une voie possible de réforme susceptible d'aboutir dans des conditions satisfaisantes.

Les réformes à engager en France doivent être conçues à l'aune de la situation et des spécificités de chaque ordre de juridiction et de sa Cour suprême.

La situation de la justice judiciaire n'est pas analogue. Les taux de cassation avec ou sans renvoi ont en 2013 été de 33 % devant les trois chambres civiles, 27 % devant la Chambre commerciale, 46 % devant la Chambre sociale et 6 % devant la Chambre criminelle – pour laquelle la représentation par un avocat aux conseils n'est pas obligatoire. La Cour de cassation connaît ainsi de nombreux litiges à caractère « disciplinaire » à l'égard des cours d'appel. Il en va par exemple ainsi de tous les pourvois portant sur une méconnaissance des termes du litige ou sur un défaut de réponse à conclusions. Une partie essentielle des cassations se justifie par le contentieux disciplinaire et on voit difficilement comment, en l'état actuel, la Cour de cassation pourrait s'en décharger. Le nombre de cours d'appel, l'absence d'une culture de l'autorité qui permettrait une bien meilleure diffusion

du message de la Cour de cassation et une moindre disparité, ne permettent pas de faire l'impasse sur ce rôle disciplinaire.

La Cour de cassation a aussi à connaître des « rébellions » des cours, ce qui est propre à l'ordre judiciaire.

104. Ces caractéristiques de l'ordre judiciaire soulignent qu'une réforme de la Cour de cassation devrait s'accompagner concomitamment ou de manière rapprochée d'autres réformes. Celles-ci impliquent un renforcement des juridictions de première instance et d'appel ou encore une spécialisation des juridictions. Cet équilibre nouveau entre première instance, appel et cassation nécessite un renouvellement de l'affectation des juges expérimentés. Celui-ci sera au demeurant facilité par les profondes mutations qui vont se produire compte tenu des caractéristiques de la pyramide des âges du corps judiciaire.

Le lien entre le rôle de la cour qui se trouve à la tête d'un ordre et les juridictions qu'elle chapeaute est évidemment essentiel et il est directement corrélé au nombre de décisions qu'elle rend ainsi qu'à la mission qu'elle s'assigne.

P. Truche, Discours de rentrée solennelle (1994)

Ces litiges de peu d'intérêt financier peuvent appeler des interprétations différentes de la loi créant ainsi une insécurité juridique. On peut répondre à cela que l'unité peut se faire soit, lorsque les conditions sont remplies, par une demande préalable d'avis à la Cour de cassation, soit à l'occasion d'un pourvoi dans l'intérêt de la loi. On peut aussi imaginer, qu'à l'instar de ce qui est pratiqué dans d'autres pays, on puisse demander à la juridiction une autorisation de se pourvoir lorsqu'une question de droit, dont la solution est controversée, se pose.

Une autre objection, à dire vrai plus préoccupante, tient à l'encombrement actuel des cours d'appel qui ne pourraient accueillir sans dommages de nouvelles affaires. C'est pourtant là qu'il faut actuellement faire porter l'effort si l'on veut à la fois rendre à la Cour de cassation son rôle de gardienne du droit et permettre aux justiciables, dans le respect du double degré de juridiction, d'obtenir une décision de qualité dans un délai raisonnable.

La complexité du droit moderne exige des spécialisations que toutes les Cours ne peuvent assurer. Le second degré de juridiction implique une décision collégiale de trois magistrats chevronnés que l'abondance du rôle ne permet plus de garantir partout, le soin étant laissé à un conseiller-rapporteur de statuer, en fait, à juge unique. La surcharge de travail entraîne encore des décisions trop rapides qui sont soumises à des cassations dites « disciplinaires » où, ce qui est en cause, selon le Doyen Perdriau, c'est « la censure de la décision attaquée pour la façon dont elle a été rédigée ou rendue et non pas, du moins directement, en raison de la solution adoptée ».

Une réforme des conditions d'exercice de la justice devant la Cour de cassation passe donc actuellement par un tri des pourvois mais aussi, on ne le dit pas assez, par une redéfinition de la place des cours d'appel qui implique un accroissement des effectifs afin que la collégialité soit toujours assurée, une spécialisation régionale cassant cette carte judiciaire obsolète à plus d'un titre et, pour que le contrôle de légalité que

doit exercer la Cour soit mieux compris et imprègne davantage les décisions des juridictions du second degré, la création d'un stage préalable à la Cour de cassation des nouveaux présidents de Chambre des cours d'appel ainsi que, pourquoi pas, la possibilité pour deux premiers présidents de siéger à tour de rôle dans les assemblées plénières de la Cour de cassation.

Avancer de telles propositions peut sembler utopique. Mais il est aussi utopique de croire que l'on améliorera le fonctionnement de la justice en saupoudrant des réformes. Ne faut-il pas, comme vous l'annoncez, Monsieur le Garde des Sceaux, dans une circulaire sur le projet de loi quinquennale pour la justice avoir une « politique ambitieuse » pour adapter les institutions judiciaires « aux exigences de la société du vingt et unième siècle » ? Le temps presse puisque c'est à la session de printemps du Parlement que ce projet devrait être soumis. Je demande instamment au nom du Parquet général que la Cour de cassation soit inscrite dans cette réforme.

Être à la Cour de cassation aide à mettre l'ensemble d'une institution en perspective. Nous sommes loin en matière civile de la naissance d'un procès de telle sorte que l'on peut découvrir tout le cheminement d'une procédure et donc repérer pourquoi a été saisie la juridiction la plus élevée. Or le justiciable est en droit d'avoir le plus tôt possible une décision irréprochable en droit. En 1993, 36,4 % des affaires examinées au fond par les chambres civiles ont été cassées, ce qui signifie que, dans une affaire sur trois, il faudra attendre de nouveaux délais pour obtenir, enfin, une décision définitive.

Le recours en cassation doit être une voie exceptionnelle autorisée seulement si l'on a des moyens sérieux de droit à faire valoir et toujours après un double examen au fond, les litiges de peu d'intérêt financier n'y ayant accès que très exceptionnellement au vu d'une autorisation spéciale.

L'affirmer, c'est rendre service au justiciable qu'il ne faut pas entretenir dans des illusions. Mais c'est aussi se donner les moyens de lui garantir plus tôt une justice de qualité, ce qui implique un effort significatif en direction des cours d'appel. Face à la crue des affaires, il faut aujourd'hui consolider les digues en amont et l'on verra que notre Cour, débarrassée d'affaires qu'elle n'a pas à examiner, tiendra le rôle éminent qui est le sien.

À ce titre, et même si là n'est pas l'objet du présent rapport, il faut souligner combien une réflexion globale, sur le long terme, devrait conduire à **établir une culture de l'autorité au profit des décisions de la Cour de cassation**. Il est d'ailleurs frappant de relever que dans le Rapport récemment élaboré sur « l'avenir des juridictions du travail : Vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle », M. A. Lacabarats, alors Président de la Chambre sociale de la Cour, a souligné que, lors des auditions, « **il est apparu que pour certains conseillers prud'homaux, la jurisprudence ne s'imposait aucunement aux juridictions du fond, mais ne constituait qu'une simple source d'information** ». Il devait en conclure que « cette conception révèle une profonde méconnaissance de ce que représente la jurisprudence : une source d'unification du droit, qui s'impose à tous les juges afin de garantir aux citoyens une cohérence et une sécurité dans les réponses juridiques ». Aussi, dans cette perspective, si la résistance des juges du fond doit

être possible, « il ne saurait être admis que le juge, sous prétexte d'indépendance, ignore sciemment la jurisprudence de la Cour de cassation, au mépris des règles élémentaires de la justice civile ».

La Cour de cassation pourrait ainsi porter attention aux mécanismes par lesquels le Conseil d'État impose son autorité sur l'ordre administratif, même si la différence culturelle, politique et organisationnelle reste assurément irréductible avec l'ordre judiciaire. **Il faut ainsi sans doute favoriser la « remontée » d'information entre les juges du fond et la Cour de cassation.** On signalera alors l'apport que peut représenter, spécialement dans la gestion des litiges sériels qui apparaissent dans une même période devant plusieurs juridictions, l'innovation que constitue dans l'ordre administratif Juradinfo¹.

Mais **à la remontée d'information doit aussi correspondre une volonté de la Cour de cassation de mieux diffuser ses solutions auprès des juges du fond.** Le Service de documentation, des études et du Rapport a ainsi un rôle pédagogique à jouer. Différents moyens devraient ainsi contribuer au **développement d'une pédagogie à l'adresse des juges du fond**, qui permette à la Cour de cassation de ne pas rester confinée en quelque sorte « en bout de chaîne ». Ainsi la Cour de cassation gagnerait-elle à expliciter sa jurisprudence, par découpage thématique, dans des « lignes directrices » à l'attention des juges du fond.

105. Dans la sélection des pourvois, deux critères sont possibles, l'un de nature financière, l'autre relatif à l'importance de la question de droit à juger.

➤ Le critère financier est actuellement mis en œuvre en Allemagne et en Espagne. En Allemagne, une disposition transitoire, valable initialement jusqu'en 2006 et encore prorogée jusqu'au 31 décembre 2014, prévoit que le recours contestant le refus de la Cour d'appel d'autoriser un pourvoi ne peut être formé que si le grief subi par le requérant dépasse 20 000 euros. Ce critère est cumulatif avec celui de l'importance de la question de droit à trancher. En Espagne, devant la troisième

1. V. B. Stirn, Croissance du contentieux : les réponses jurisprudentielles, RFDA 2011, 67 : « Créé à l'initiative du président Labetoulle, Juradinfo est un réseau d'échanges qui repose sur un secrétariat central, des correspondants dans les juridictions et un comité de pilotage. Présidé par le président de la section du contentieux, le comité de pilotage réunit chaque trimestre des chefs de juridiction et des greffiers en chef. Juradinfo permet de mettre en place des alertes, de désigner un pilote et de diffuser des informations. [...] Lorsqu'une série est identifiée dans le cadre de Juradinfo, souvent à la suite d'une alerte diffusée par une ou plusieurs juridictions, une juridiction pilote est désignée et les autres sont invitées à attendre qu'elle ait statué par une décision définitive. Si des voies de recours sont exercées, une cour administrative d'appel ou le Conseil d'État peut succéder à un tribunal administratif comme juridiction pilote. Même si il y a parfois eu des affaires qui n'ont pas été complètement appréhendées par ce dispositif, telles que les taxes sur les achats de viande, Juradinfo a été très utile pour coordonner le travail des différentes juridictions administratives sur des dossiers similaires et répétitifs. Il permet aussi des échanges rapides de jurisprudence sur des questions nouvelles qui peuvent se poser simultanément dans nombre de juridictions ».

Chambre du Tribunal suprême, le critère financier est le plus important car le seul autre critère alternatif d'admission est celui, restreint, lié à certaines matières des arrêts de Cour d'appel¹. Ce seuil financier était de 150 000 euros jusqu'en 2011. Il est de 600 000 euros depuis lors. Un tel montant est très élevé. Il a puissamment contribué à limiter les contentieux devant le Tribunal suprême espagnol.

Même si il a pu être défendu par de hauts magistrats², il ne paraît pas souhaitable de retenir en France un tel critère financier. Ce critère limite la saisine de la Cour suprême sans lien avec son office de Cour régulatrice. Il encadre les droits des requérants alors que pour chacun d'entre eux l'appréciation de la valeur d'un contentieux peut varier. Un tel critère est très critiqué en Espagne. La régulation du contentieux dépend de l'importance de la question de droit et non de l'importance financière du litige – même si le critère financier n'est pas ignoré dans la répartition des contentieux comme dans le taux d'appel. **La mission unificatrice de la Cour de cassation, qui est à son origine et justifie jusqu'à son existence même, est décorrélée du montant des litiges qu'elle juge.** Certains des arrêts les plus emblématiques de la Cour de cassation ont d'ailleurs été rendus dans des affaires aux faibles enjeux financiers.

➤ **Le critère de l'importance de la question de droit à trancher apparaît bien préférable au critère financier.** Il est partagé dans tous les systèmes occidentaux. Il figure dans la recommandation du Conseil de l'Europe. Dans ce cadre, l'importance des questions de droit à trancher conditionne la possibilité de se pourvoir en cassation. Cette importance regroupe les questions de principe, d'évolution du droit ou d'unification de la jurisprudence.

Une telle orientation n'est pas inconnue dans notre système juridictionnel. **L'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire et l'article L. 113-1 du Code de justice administrative déterminent les cas de demande d'avis respectivement devant la Cour de cassation et le Conseil d'État. Ces procédures sont parfois insuffisamment utilisées – on y reviendra – mais posent deux critères, qui à l'exception de celui de séries, peuvent être repris ici dès lors qu'ils sont alternatifs et non plus cumulatifs : question de droit nouvelle ou question présentant une difficulté sérieuse.**

Ces critères rejoignent ceux de la Cour fédérale de justice allemande qui prend en compte le fait que l'affaire soulève une question de principe ou que l'évolution du droit ou l'unification de la jurisprudence impose l'intervention de la Cour.

En effet, **la notion de « question présentant une difficulté sérieuse » permet de traiter les questions de principe non résolues, les questions qui sont l'objet de contestations – par les juges du fond, comme par la doctrine – et de divergences de jurisprudence entre chambres.**

1. Les arrêts de cours d'appel relatifs à des questions de validité d'une disposition réglementaire peuvent ainsi toujours faire l'objet d'un recours devant le Tribunal suprême.

2. V. *supra*, le discours de P. Truche.

106. Concrètement, on pourrait souhaiter **distinguer contrôle disciplinaire et contrôle normatif.**

➤ D'une part, on pourrait envisager que les recours en cassation sur le fondement de griefs parfois qualifiés de « disciplinaires »¹ fassent l'objet d'un traitement *ad hoc*. Ainsi une procédure particulière pourrait permettre de réparer ou sanctionner toutes les violations de forme des jugements. À ce titre, il n'est pas interdit de penser que des formations spéciales pourraient être mises en place au sein de chaque juridiction du fond pour traiter de ces recours, qui ne portent pas sur le fond du droit.

Certes, on n'ignore pas que des griefs tels que le défaut de réponse à conclusions mêlent souvent, inextricablement, des questions disciplinaires et des questions de fond mais précisément, la rationalisation du contentieux gagnerait à distinguer ces types de griefs, ne serait-ce que pour priver l'arrêt rendu en matière disciplinaire de toute portée doctrinale au sein du contentieux de la Chambre. Une décision en matière disciplinaire concerne les parties et les juges du fond ; elle n'est pas et ne doit pas être normative.

Toutefois, un pourvoi pouvant conjuguer des griefs disciplinaires et d'autres de nature normative, il serait en pratique incohérent et à tout le moins inutilement complexe de les soumettre à deux examens distincts.

Surtout, selon la Commission, **le « fonctionnement de la machine judiciaire » étant en jeu dans un recours disciplinaire, selon l'expression de M. A. Perdriau, ces recours doivent être jugés par la Cour de cassation quitte à être traités spécifiquement en raison de leur absence de portée doctrinale.** On peut alors envisager que **des formations allégées de la Cour de cassation – dès lors que le pourvoi ne comporte pas par ailleurs une question de principe qui le ferait relever du contrôle dit normatif – permettent de traiter rapidement ces pourvois au sein de chaque chambre.** Le contrôle disciplinaire doit relever des formations restreintes.

La Cour de cassation devra identifier les arrêts de nature disciplinaire, afin de délivrer le message selon lequel ils n'ont pas de portée normative. On verra plus loin que la Commission propose la suppression des lettres aujourd'hui adoptées par la Cour de cassation pour hiérarchiser les décisions. En revanche, il est essentiel de pouvoir connaître la nature du contrôle opéré par la Cour. **Le contrôle disciplinaire pourra donc être identifié par la lettre D.**

➤ D'autre part, la Cour de cassation doit se consacrer aux pourvois sur les questions de droit selon le critère précédemment évoqué : **question de droit nouvelle ou question présentant une difficulté sérieuse.** Le système du « filtre » des pourvois par la Cour de cassation elle-même apparaît là comme plus adapté.

1. V. A. Perdriau, Le rôle disciplinaire du juge de cassation, JCP G 2002, 150. Selon l'auteur et ses statistiques personnelles, près d'un tiers de moyens mis en œuvre dans les procédures avec représentation seraient d'ordre disciplinaire.

On sait que le filtrage ne permet guère une économie de temps par rapport au travail que requiert une affaire « admise ». Il est difficile d'alléger ce travail car le filtrage est une opération aussi essentielle que sensible. En revanche, il est important de faire comprendre que la Cour de cassation ne rend pas des décisions sur les cas qui ne relèvent pas de son office.

Au reste, la procédure de non-admission a précisément été conçue pour alléger le travail de la Cour. Dans sa version d'origine, en quelque sorte, la proposition de non-admission devait être justifiée par une brève note, selon une proposition normalisée. C'est sont des préoccupations d'une autre nature qui ont conduit à l'alourdissement de la procédure et à l'établissement de rapports, au risque de lui retirer son intérêt premier.

Aussi, dès lors qu'il n'y a pas matière à intervention de la Cour de cassation – parce que l'on est hors du contrôle de la loi au regard des droits et libertés fondamentaux, hors du disciplinaire et surtout hors du contrôle normatif, tel que défini ici –, **la Cour ne doit pas communiquer de rapport ni rendre de décision**. Concrètement, les affaires qui ne répondent pas aux trois cas rappelés précédemment doivent uniquement donner lieu à une ordonnance d'irrecevabilité du Président de la chambre concernée.

La Commission estime que devraient être mises en place des formations spéciales – lesquelles existent en réalité déjà (formations de non-admission, à l'exception de la chambre sociale) au sein de chaque Chambre de la Cour de cassation destinées à procéder au filtrage des pourvois, après que le Rapporteur désigné aura examiné le pourvoi.

Les parties auraient pour ce faire l'obligation de justifier en quoi le litige pose une telle question de principe justifiant que la Cour de cassation s'en saisisse dans un mémoire sur la recevabilité de leur pourvoi.

Proposition n° 29 : Outre le contrôle opéré dans le cadre des droits et libertés fondamentaux et le contrôle disciplinaire, limiter la recevabilité des pourvois aux questions de droit nouvelles ou présentant une difficulté sérieuse.

Proposition n° 29 bis : Affecter des lettres aux arrêts en fonction de la nature du contrôle opéré par la Cour : D pour le contrôle disciplinaire, DLF pour le contrôle de la loi aux droits et libertés fondamentaux, N pour le contrôle normatif.

Proposition n° 29 ter : Mettre fin à la pratique du rapport en cas de non-admission. Les pourvois irrecevables doivent faire l'objet d'une ordonnance d'irrecevabilité du Président de la chambre concernée, dépourvue de motivation.

B. Motivation et brièveté des décisions

107. La question de la motivation des arrêts de la Cour de cassation est un marronnier. Il y a quarante ans déjà, Adolphe Touffait, Procureur général près la Cour de cassation et André Tunc, professeur de droit, militaient « pour une

motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation »¹. Ils dénonçaient ainsi le fait que la Cour de cassation, en différents domaines, a posé des principes nouveaux « qu'elle n'explique pas, ce qui est contraire aux idées qui fondent l'obligation de motiver, et sans même en préciser la portée, ce qui est plus grave encore ». Les raisons de la décision ne sauraient être trouvées dans l'arrêt lui-même. C'est à l'extérieur de la décision que l'on pourra en chercher les raisons mêmes, dans l'avis, le rapport, les mémoires des parties, ou encore dans les commentaires qui servent à l'éclairer. Or, une motivation plus complète, plus franche et explicite, permettrait d'expliquer la décision : celle-ci serait mieux comprise, ses conséquences et sa portée seraient moins source d'hésitations ou de conjectures. Mieux, ses ressorts mêmes, les fameuses sources réelles qui la vivifient et l'expliquent, pourraient apparaître clairement, et donner ainsi à la décision le supplément d'âme qui l'anime et la fait vivre.

Ces propositions, bien connues, ont pu être contestées à un double titre.

D'une part, la technique particulière de rédaction des arrêts de la Cour de cassation s'explique par une tradition solidement ancrée², parfaitement opposée au modèle prolixe de la décision longuement motivée dont l'archétype trouve ses racines dans les systèmes anglo-saxons. Dans cette perspective, il suffirait de rechercher la motivation des décisions dans les rapports et avis diffusés sur le site internet de la Cour pour les affaires les plus importantes. La décision, elle, devrait se contenter de répondre au moyen.

D'autre part, on a fait valoir qu'un style trop prolixe nuirait à l'autorité des décisions de la Cour de cassation. La brièveté serait le signe de l'autorité là où un style sinon bavard du moins didactique et pédagogue manifesterait une forme de doute. La question de la brièveté des décisions a partie liée avec l'autorité de la Cour elle-même. « Tout se passe [...] comme si la Cour se considérait infail- lible, notent Adolphe Touffait et André Tunc. On peut discuter la portée du dogme, non son existence ». La motivation à la française est ainsi régulièrement défendue³.

Ces arguments ne sauraient entraîner la conviction et régler définitivement la question de la motivation des arrêts de la Cour de cassation. **La brièveté des arrêts entretient l'idée que la Cour de cassation ne serait que la bouche de la loi, dans une approche rigide et dépassée du syllogisme juridique. Elle ne permet pas de rendre compte des « choix » qui sont effectués par la Cour de cassation, qui marquent son rôle créateur de droit dans un environnement économique et social dont elle tient nécessairement compte pour juger.** Elle enferme la Cour dans le cas d'espèce alors qu'elle devrait précisément dépasser

1. Selon l'intitulé de leur article, RTD civ. 1974, 487.

2. V. en dernier lieu, A. Lacabarats, Le juge de cassation en Europe : la rédaction des arrêts de la Cour de cassation en France, in *Le juge de cassation en Europe*, Ordre des Avocats aux Conseils, 2012, p. 87 s.

3. V. H. Croze, Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation, in *Mélanges Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 181.

l'affaire à l'origine de sa saisine pour assumer sa fonction d'unification du droit sur l'ensemble du territoire. En outre, elle nuit à la réception et donc à l'acceptation de ses décisions. La motivation doit permettre à la Cour de montrer que ses choix sont réfléchis et non mécaniques¹. À quoi il faut ajouter le fait que la brièveté constitue aussi, trop souvent, une manière pour la Cour de cassation de ménager l'avenir, en privilégiant l'ambiguïté à la netteté.

La « politique » de la motivation est surtout tributaire d'une conception du pourvoi qui mériterait d'être discutée et dont on a déjà souligné combien elle pouvait, à maints égards, être sclérosante et enfermer le raisonnement de la Cour dans un carcan qui est loin d'être toujours justifié et adapté.

Il ne s'agit évidemment pas pour la Cour de cassation de renier sa tradition et de perdre son identité. Soulignons d'ailleurs que les arrêts de la Cour de cassation n'ont pas toujours eu la concision qu'on leur connaît aujourd'hui – certaines décisions du XIX^e siècle s'apparentaient à de véritables consultations². Il s'agit, différemment, que la Cour explique par une motivation circonstanciée, qui s'échappe de la seule réponse technique au moyen, le ressort de la décision. Même s'il ne saurait être question de transformer la décision en dissertation ni de verser dans une démagogie illusoire, **la motivation doit contribuer au progrès du droit par son caractère didactique en même temps qu'elle doit permettre aux destinataires de comprendre la solution.**

Au surplus, la motivation participe de ce qui semble si essentiel ici à la Commission, à savoir la nécessité de mettre en place une véritable Cour suprême.

A. Touffait et A. Tunc, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation (RTD civ. 1974, 487)

La Cour de cassation rend tous les ans six mille cinq cents arrêts en matière civile, plus quatre mille en matière criminelle (deux mille cinq cents si l'on néglige les affaires de forme). C'est une fécondité qui laisserait sans doute Malthus déconcerté et qui déconcerte, en tout cas, les juristes de *common law*. Mais cette énorme production est très largement gaspillée, car la plupart de ces arrêts n'accèdent jamais à la vie juridique externe et font au mieux l'objet d'un sommaire de quelques lignes. Or – qu'on relise le Discours préliminaire – la fonction essentielle d'une juridiction suprême n'est pas de constituer au profit de plaideurs individuels un troisième degré de juridiction limité aux points de droit. Il est de clarifier le droit et de l'adapter aux besoins de la société contemporaine. Une décision de la juridiction suprême d'une nation est destinée à être lue, étudiée, commentée ; elle doit apporter une contribution au progrès du droit, ce qui suppose qu'elle soit expliquée et suffisamment rare pour retenir l'attention de tous les juristes après avoir retenu celle de ses rédacteurs.

1. Sur l'idée que ce qui est dans le communiqué gagnerait à être exposé dans la décision elle-même, v. P. Deumier, RTD civ. 2006, 515.

2. Y. Chartier, De l'an II à l'an 2000, Remarques sur la rédaction des arrêts de la Cour de cassation, in *Mélanges Pierre Drat*, Dalloz, p. 270 ; v. également, F. Descorps Declère, Les motivations exogènes des décisions de la Cour de cassation, D. 2007, 2822.

Au reste, M. A. Lacabarats souligne ainsi qu' « une motivation développée n'est pas compatible avec un système judiciaire qui comporte environ 20.000 pourvois par an en matière civile et qu'un changement radical de style des décisions de la Cour devrait s'accompagner d'une sélection drastique des affaires méritant des développements particuliers »¹. **Le trop-plein de pourvois incite à la brièveté, là où leur faible nombre favoriserait la prolixité.** Il y a ici un cercle vicieux, qui ne deviendra vertueux qu'à condition de diminuer drastiquement le nombre de pourvois examinés par la Cour.

La motivation est en effet à l'image de la fonction que la Cour régulatrice entend privilégier. Qu'elle entende gérer des masses contentieuses, et elle inclinera naturellement à la brièveté ; qu'elle se prétende Cour suprême en charge de trancher un nombre limité de décisions, de principe, et elle penchera pour une motivation plus détaillée, explicative de ses choix. **Voilà pourquoi la Cour de cassation doit développer une motivation qui soit en harmonie avec une vision aristocratique de son rôle, au service de la création et de l'unification du droit.**

Aussi, la Commission estime que la **fonction d'unification de la Cour de cassation ne saurait être possible sans une motivation claire et explicite des décisions, qui rende compte des choix effectués par la Cour de cassation.**

C. Motivation et ésotérisme des décisions

108. Dans le même temps, les arrêts de la Cour de cassation sont souvent l'occasion de controverses sur leur sens et leur portée. Si l'on considère la qualité des auteurs qui s'affrontent, l'importance des désaccords, les conséquences que peuvent emporter les erreurs d'interprétation sur le sens de la jurisprudence applicable, de telles querelles ont quelque chose de surréaliste. **Comment comprendre qu'un système juridique puisse générer des controverses qui portent non pas sur le bien-fondé d'une solution rendue par la Cour suprême mais sur ce qu'est cette solution même ?** Au regard de l'exigence de sécurité juridique, les incertitudes sur le sens d'une solution et donc sur l'état de la jurisprudence sont un facteur important de litigiosité : les parties et leurs avocats, dans le doute sur l'issue d'un conflit, ont tout intérêt à plaider. L'incertitude de la jurisprudence favorise le contentieux et l'exercice des voies de recours.

En 2004, un vif débat a ainsi opposé deux des plus éminents spécialistes du droit des contrats, MM. J. Ghestin et D. Mazeaud sur le sens d'un arrêt de la Première Chambre civile du 16 mars 2004, qui refusait de faire droit à une demande de renégociation des modalités d'un contrat. M. D. Mazeaud devait placer l'arrêt dans la série initiée par l'arrêt *Huard* du 3 novembre 1992

1. A. Lacabarats, *Le juge de cassation en Europe : la rédaction des arrêts de la Cour de cassation en France*, préc., p. 90.

et *Chevassus-Marche* du 24 novembre 1998, estimant que la décision contribuait à préciser le domaine de l'obligation de renégocier dans les contrats devenus profondément déséquilibrés. L'analyse fut partagée par d'autres auteurs. M. J. Ghestin estima, en réponse, que le déséquilibre visé par l'arrêt n'était pas apparu en cours d'exécution du contrat mais dès sa formation, ce qui empêchait clairement de le rattacher de quelque manière à l'obligation de renégocier et d'en conclure quoi que ce soit sous cet aspect.

M. D. Mazeaud, emporté par la volonté de promouvoir une doctrine solidariste qui fasse droit à la renégociation en cas de déséquilibre contractuel, a sans doute voulu trop prêter à la décision en écrivant qu'« il est donc possible d'affirmer, aujourd'hui, que le devoir de bonne foi emporte une obligation de renégocier tout contrat devenu profondément déséquilibré à la suite d'un changement des circonstances économiques qui avaient présidé à sa conclusion ». Il n'est ni le premier ni le dernier à rapporter à sa doctrine un arrêt dont les termes pourraient sembler, par leur malléabilité, s'y prêter, souvent pour mieux faire advenir une évolution.

Peut-on se satisfaire que des auteurs de cette importance, dans une matière qui leur est si familière, ne s'accordent même pas sur ce que signifie l'arrêt qu'ils commentent ? Quels sont les effets – et les méfaits – d'un commentaire doctrinal publié qui ne correspond pas à la solution rendue par la Cour de cassation ?

**J. Ghestin, L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation
(D. 2004, 2239)**

Il suffit de lire les publications juridiques pour constater, d'une part, qu'un bon nombre de praticiens actuels ne savent pas lire correctement les arrêts de la Cour de cassation, ce qu'il est permis d'imputer à la formation universitaire et professionnelle qu'ils ont reçue, et d'autre part, que beaucoup d'universitaires eux-mêmes sont loin de maîtriser la technique d'interprétation qu'ils devraient enseigner.

[...]

Dénoncer de façon générale « l'hermétisme » des arrêts actuels de la Cour de cassation ne doit pas servir de justification facile à la difficulté que rencontrent trop de praticiens et d'universitaires, qui ont formé ceux-là, à comprendre ses arrêts, faute de savoir comment ils sont rédigés et doivent être lus.

Le propos rejoint les mises en garde déjà effectuées du même auteur dans un article dans les *Études en l'honneur de A. Ponsard* sur l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation, dans lequel il dénonçait également des hypothèses de déformation de la jurisprudence par les commentateurs, ainsi qu'une « **ignorance fâcheuse** » dans la manière d'interpréter un arrêt de la Cour de cassation. Il y soulignait que la méconnaissance de la nature de l'office du juge de cassation et des règles procédurales gouvernant le pourvoi en cassation conduit à des contresens, et se félicitait d'ailleurs, dans l'une des hypothèses dénoncées, que **la portée**

de l'arrêt ait pu être « heureusement précisée, un peu plus tard, dans le rapport officiel de la Cour de cassation »¹.

Il n'est pas douteux qu'en l'état actuel, l'interprétation des arrêts doit se faire par référence au moyen, **la Cour de cassation ayant développé, on l'a évoqué précédemment, une culture de l'enfermement dans le pourvoi.**

Toutefois, un tel enfermement a souvent pour tribut un ésotérisme des décisions qui nuit à leur intelligibilité et des conflits d'interprétation entre auteurs, qui viennent permettre aux justiciables de tenter leur chance dans des directions opposées à partir d'un même arrêt.

« Qui n'a connu un moment de perplexité à la première lecture d'un arrêt de la Cour de cassation ? s'interroge ainsi Mme P. Deumier. Comment la Cour est-elle parvenue à une telle interprétation ? Est-ce un revirement ? Une exception ? Une précision ? Que fait-il voir dans son silence sur un élément, une condition ? Un changement d'interprétation ? »².

109. Comme l'a noté un fin connaisseur de la jurisprudence en matière de responsabilité civile, « puisque l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation devient un exercice particulièrement dangereux par les temps qui courent, il serait peut-être expédient de mettre en place une interprétation officielle des arrêts de la Cour par ceux qui les ont rendus. Certains magistrats pourvoient déjà à cette manière de rescrit jurisprudentiel, qui après avoir rendu une décision, expliquent ensuite ce qu'elle signifie, et nous renseignent éventuellement au surplus sur ce qu'il faut en penser »³.

La proposition, si elle semble difficilement acceptable dès lors qu'un magistrat seul ne saurait avoir pour compétence d'expliquer une décision rendue collégialement, rend toutefois compte de la nécessité d'améliorer ce que l'on peut appeler la « pédagogie de la décision ».

Cette pédagogie gagnerait à être développée dans la décision elle-même.

Mais elle peut aussi être effectuée à l'occasion de la diffusion de la décision. À ce titre, la Commission estime qu'il convient de systématiser le recours au communiqué de presse pour les arrêts à portée normative, lesquels, selon les préconisations précédentes, doivent être le cœur de l'activité d'une Cour de cassation, Cour suprême. Le communiqué présente l'avantage de la rapidité – il évite d'avoir le cas échéant, à attendre les autres publications de la Cour⁴ – ; il permet

1. J. Ghestin, Réflexions sur l'interprétation des arrêts de la Cour de cassation, *in La Cour de cassation, l'Université et le Droit – André Ponsard, un Professeur de droit à la Cour de cassation*, Litec, 2003, p. 181.

2. P. Deumier, Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation, *RTD civ.* 2006, 510.

3. Ph. Brun, Sources sulfureuses : remarques cursives sur l'office de la doctrine, *Mélanges Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 67, spéc. p. 74, note 34.

4. En ce sens, P. Deumier, Les communiqués de la Cour de cassation : d'une source d'information à une source d'interprétation, *préc.*

une « explication de texte » complète, à destination de la communauté des juristes mais aussi, au-delà, de ceux qui ont vocation à être intéressés par la décision.

Un exemple de communiqué :
Le communiqué de la Cour de cassation sous les arrêts
d'une chambre mixte du 17 mai 2013

Par deux arrêts rendus le 17 mai 2013, la chambre mixte de la Cour de cassation apporte une réponse au problème essentiel et récurrent de l'interdépendance contractuelle, à l'origine d'un contentieux quantitativement important et d'appréciations jurisprudentielles parfois disparates.

Les deux espèces soumises portent chacune sur un ensemble de contrats comprenant un contrat de référence (dans un cas, une convention de partenariat pour des diffusions publicitaires, dans l'autre, un contrat de télésauvegarde informatique) et un contrat de location financière du matériel nécessaire à l'exécution du premier contrat. Dans chaque espèce, un cocontractant unique, pivot de l'opération, s'est engagé avec deux opérateurs distincts : le prestataire de service, d'une part, le bailleur financier, d'autre part. À chaque fois, le contrat principal a été anéanti.

Dans la première affaire, la cour d'appel de Paris, retenant l'interdépendance des contrats, a écarté la clause de divisibilité stipulée par les parties et a prononcé la résiliation du contrat de location. Dans la seconde affaire, la cour d'appel de Lyon, statuant comme cour de renvoi après une première cassation, a écarté, au contraire, l'interdépendance des conventions.

La chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a renvoyé les deux pourvois en chambre mixte.

La Cour de cassation vient préciser les éléments caractérisant l'interdépendance contractuelle, en qualifiant d'interdépendants, qualification soumise à son contrôle, les contrats concomitants ou successifs s'inscrivant dans une opération incluant une location financière.

En outre, s'inspirant de la jurisprudence de la chambre commerciale, elle juge que sont réputées non écrites les clauses de divisibilité contractuelle inconciliables avec cette interdépendance.

La chambre mixte rejette en conséquence le pourvoi formé à l'encontre de l'arrêt de la cour d'appel de Paris et casse l'arrêt de la cour d'appel de Lyon.

Par ces décisions, **la Cour de cassation remplit pleinement son rôle normatif, de création prétorienne du droit**, mais exerce aussi sa fonction régulatrice, visant à harmoniser la jurisprudence sur l'ensemble du territoire.

Ces arrêts ont été rendus sur avis conforme de M. le premier avocat général.

À cette occasion, **le communiqué doit permettre à la Cour de replacer la décision dans sa généalogie** (v. *infra*). Il a également vocation à suppléer les commentaires qui pourraient être effectués au Rapport ou au BICC, de façon

à la fois plus tardive et plus détaillée – caractéristiques qui peuvent être source de confusion¹.

Proposition n° 30 : Systématiser le recours au communiqué de presse pour les arrêts à portée normative.

D. Diversité des formations et cohérence des décisions

110. La jurisprudence n'existe que par la cohérence des décisions qui la composent. **La dissension, le désaccord voire la dispute, empêchent la jurisprudence de se former et, *a fortiori*, de pouvoir se diffuser. La cohérence est la condition même de l'unité.**

Les formations de la Cour de cassation sont orientées vers cette recherche d'unité : l'Assemblée plénière et les chambres mixtes y trouvent ainsi leur raison d'être.

Pour autant, l'une des techniques de lutte privilégiée contre l'encombrement de la Cour de cassation a consisté à alléger les formations qui la composent, à prévoir des formations restreintes, et finalement à multiplier les sections. Ainsi là où chaque Chambre depuis 1952 ne pouvait statuer qu'avec 9 membres, le chiffre a été progressivement abaissé, à 7 membres depuis un décret du 7 novembre 1979, à 5 membres avec la loi du 6 août 1981, et en formation restreinte de 3 membres lorsque la solution du pourvoi paraît s'imposer. Cette subdivision des formations crée évidemment un risque de contrariété de jurisprudences.

Dans le même temps, il n'est pas douteux que le service de documentation, des études et du rapport œuvre à la rationalisation du traitement des contentieux, par le rapprochement des procédures posant des questions identiques ou voisines, contribue à la réduction des divergences.

Les divergences, cependant, existent, sans que l'on ne parvienne, de l'extérieur, à en connaître les causes, car le mutisme de l'arrêt et le même silence de la Cour après la décision ne permettent le plus souvent pas de savoir ce que la Chambre ayant rendu l'arrêt a pu mesurer et repérer de la jurisprudence voisine.

La jurisprudence « *Point-club vidéo* » ou comment la Cour de cassation a jeté le trouble sur la cause objective dans les contrats synallagmatiques

L'arrêt « *Point-Club Vidéo* », rendu par la Première Chambre civile le 3 juillet 1996, réalise un changement considérable dans l'appréciation d'une cause objective dans les contrats synallagmatiques. Jusque-là, et de façon tout à fait classique, la cause de l'engagement de chaque partie, qui doit exister au sens de l'article 1131 du Code civil pour que le contrat soit valablement formé, s'entendait de l'obligation de l'autre partie. Dans l'affaire jugée

1. V. P. Deumier, Les notes au BICC : d'une source d'information à une source d'interprétation pouvant devenir source de confusion, RTD civ. 2007, 61.

par la Cour de cassation, celle-ci n'était ici pas douteuse. Un couple avait conclu avec une société un contrat de location de cassettes vidéo, en vue d'exploiter un vidéo-club dans un village de 1314 habitants. L'obligation qu'il avait souscrite de payer la location des cassettes avait bien pour contrepartie l'obligation de la société de mettre les cassettes à disposition. Mais le Point-Club vidéo, dans un si petit village, ne pouvait être rentable. La Cour de cassation va accepter d'en tirer les conséquences, pour reconnaître « le défaut de toute contrepartie réelle à l'obligation de payer le prix de location des cassettes ». Elle juge ainsi que « l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties était impossible » de sorte que le contrat « était dépourvu de cause ».

Il n'est pas besoin de montrer l'importance d'une solution qui conduit à prendre en compte la rentabilité de l'opération économique et donc l'utilité du contrat, pour apprécier l'existence d'une cause objective. La cause objective, instrument de contrôle de l'existence d'une contrepartie, s'apprécierait ainsi en fonction du but de l'opération économique que soutient le contrat. Nouvelle, la solution pouvait soulever des interrogations quant à sa délimitation. Quelles sont les conditions d'une telle « subjectivisation de la cause objective », pour reprendre une formule doctrinale qui marque bien la complexité de la solution ? La Cour de cassation utilise d'ailleurs ici une notion inédite en se référant à « l'économie voulue par les parties » et en évoquant le défaut de toute contrepartie « réelle » à l'engagement des époux, alors même que la mise à disposition des cassettes à leur profit n'était pas discutée. L'arrêt fait dès lors peser les risques d'une opération économique non sur celui qui l'entreprend mais sur celui qui fournit les moyens nécessaires à cette entreprise.

Mais c'est surtout la portée de cette jurisprudence qui est incertaine : l'arrêt du 3 juillet 1996 constitue-t-il un arrêt de principe, inaugurant une nouvelle approche de la cause ; ne faut-il y voir qu'un arrêt d'espèce, limité à certaines hypothèses – mais alors auxquelles ? La Cour de cassation a nourri l'incertitude. Non seulement la Première Chambre civile n'a ultérieurement pas pris de position permettant de lever les interrogations, mais la Chambre commerciale est venue brouiller les pistes.

Dans un arrêt du 27 mars 2007, cette dernière se retranche derrière l'appréciation faite par les juges d'appel pour rejeter la nullité du contrat de location de cassettes vidéo pour absence de cause. Pour autant, son arrêt ne constitue pas un désaveu de l'approche élargie consacrée en 1996. La Chambre commerciale rappelle ainsi que l'arrêt d'appel avait retenu que « l'absence de cause ne se conçoit que si l'exécution du contrat selon l'économie voulue par les parties est impossible en l'absence de contrepartie réelle ». Pour rejeter le pourvoi, elle ne condamne pas la formule employée mais s'en tient à une approche purement factuelle, soulignant le fait que la preuve, par le commerçant, de l'impossibilité de réaliser l'opération voulue, « sur des objectifs qu'il a lui-même fixés dans un contexte que sa situation de commerçant installé lui permettait de définir », n'était pas suffisamment rapportée. La Chambre commerciale pourrait ainsi avoir retenu une conception en quelque sorte intermédiaire, entre la cause objective classique et l'approche finaliste consacrée en 1996. Elle n'accepterait la prise en compte de l'économie du contrat dans l'appréciation de la cause que si le commerçant montre bien qu'il n'a pas été négligent ou incompétent dans l'appréciation des risques liés à son activité économique.

Mais un second arrêt rendu le 9 juin 2009 montre que la Chambre commerciale entend s'en tenir à une approche parfaitement classique de la cause, qui condamne

sans discussion possible la solution de 1996. Toujours dans une affaire de location de cassettes vidéo (et DVD), elle va rappeler, au visa de l'article 1131 du Code civil, d'une formule nette que « la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre », ce qui justifie la cassation de l'arrêt d'appel qui avait admis la nullité du contrat au motif qu'« en l'absence de contrepartie réelle », il « ne pouvait être exécuté selon l'économie voulue par les parties ».

Malgré l'importance d'une telle solution, la Chambre commerciale décide de ne pas publier sa décision, pas plus qu'elle n'avait publié le précédent de 2007. Elle va réitérer dans un arrêt du 18 mars 2014 dans lequel elle juge que « la cause de l'obligation constituant une condition de la formation du contrat, la cour d'appel, appréciant souverainement la volonté des parties, a considéré que celle-ci résidait dans la mise à disposition de la marque et non dans la rentabilité du contrat ; que par ce seul motif, la cour d'appel a justifié sa décision ». L'arrêt n'est pour autant pas davantage publié.

Où en est-on de la jurisprudence *Point-Club vidéo* de 1996 ? Est-elle abandonnée par l'ensemble de la Cour de cassation ; reflète-t-elle encore la position de la Première Chambre civile ? Pourquoi la Chambre commerciale ne publie pas les décisions par lesquelles elle condamne sans ambages l'approche élargie de la cause ; comment expliquer qu'aucune chambre mixte ne soit venue mettre fin au flou qui entoure l'appréciation de la cause et ses relations avec la rentabilité de l'opération économique poursuivie par le contrat ?

Il va de soi que les décisions de la Cour de cassation ne se comprennent que par rapport à celles qui les précèdent et celles qui suivront. À ce titre, on sait que la publication du Bulletin a utilement permis de resituer les arrêts dans une lignée – « *dans le même sens* », « *en sens contraire* », « *autre application du même principe* ». Mais outre que ce chaînage¹ n'est pas systématique, il **n'apparaît pas sur le site**. Ainsi, si l'on prend, parmi d'autres, une décision FS+P+B+I sur l'absence d'obligation de minimiser son dommage, l'information fait défaut :

Arrêt n° 26 du 15 janvier 2015 (13-21.180)
Cour de cassation – Première chambre civile –
ECLI:FR:CCASS:2015:C100026
Santé publique
Cassation partielle

Demandeur(s) : M. X...
Défendeur(s) : Clinique chirurgicale [...]

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X..., qui avait subi deux interventions chirurgicales pratiquées à la Clinique [...] par M. Y..., urologue, a présenté, à la suite de la seconde, en date du 4 avril [...], une hyperthermie indiquant un état infectieux, qu'ayant refusé tout traitement à compter du 7 avril, il a quitté l'établissement deux jours plus tard pour réintégrer

1. V. X. Henry, Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le Bulletin civil, BICC, 599, 1^{er} juin 2004.

son domicile, contre avis médical, que, son état s'étant aggravé, il a été admis, au mois de mai suivant, dans un autre établissement, où une septicémie par streptocoque a été diagnostiquée, avec des atteintes secondaires à l'épaule, au foie et au cœur qui ont nécessité plusieurs traitements, que M. X... a assigné en responsabilité la société Clinique chirurgicale [...] (la clinique) et M. Y... ;

Sur le second moyen, ci-après annexé :

Attendu que ce moyen n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le premier moyen pris en sa troisième branche :

Vu l'article 16-3 du code civil, ensemble les articles L. 1142-1 et L. 1111-4 du code de la santé publique ;

Attendu que le refus d'une personne, victime d'une infection nosocomiale dont un établissement de santé a été reconnu responsable en vertu du deuxième de ces textes, de se soumettre à des traitements médicaux, qui, selon le troisième, ne peuvent être pratiqués sans son consentement, ne peut entraîner la perte ou la diminution de son droit à indemnisation de l'intégralité des préjudices résultant de l'infection ;

Attendu que pour limiter la responsabilité de la clinique aux conséquences de l'infection nosocomiale contractée par M. X... si elle avait été « normalement traitée », l'arrêt relève d'abord que si, selon l'expert, le patient, dépourvu de médecin traitant, n'avait pas refusé un transfert vers un autre établissement, quitté la clinique contre avis médical et, de retour chez lui, omis de consulter un autre médecin, une antibiothérapie adaptée au germe qui aurait pu être identifié par la poursuite des examens et analyses engagés lors de son séjour à la clinique et interrompus avant d'avoir abouti, aurait permis, dans un délai de quinze à trente jours, de résorber l'infection et d'éviter l'aggravation de son état ; que l'arrêt retient ensuite, distinguant entre réduction du dommage et évitement d'une situation d'aggravation, que les complications de l'infection initiale sont la conséquence du refus par ce patient, pendant plus d'un mois et en raison de ses convictions personnelles, de traitements qui ne revêtaient pas un caractère lourd et pénible ;

Qu'en statuant ainsi, en imputant l'aggravation de l'état de M. X... à son refus des traitements proposés, alors que ceux-ci n'avaient été rendus nécessaires que parce qu'il avait contracté une infection nosocomiale engageant la responsabilité de la clinique, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres branches du premier moyen :

Met M. Y... hors de cause, sur sa demande ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il limite la condamnation de la Clinique aux souffrances endurées, au déficit fonctionnel temporaire

et à la perte de gains professionnels pour la seule période du 4 avril au 4 mai [...], l'arrêt rendu le 10 avril 2013, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Toulouse ;

Président : Mme Batut

Rapporteur : Mme Dreifuss-Netter, conseiller

Avocat général : M. Ingall-Montagnier, premier avocat général

Avocat(s) : SCP Waquet, Farge et Hazan ; SCP Richard

La décision n'est ainsi aucunement replacée dans une lignée jurisprudentielle. Sur le site, elle apparaît, sèche, sans rien qui ne la précède et ne permette d'en apprécier la filiation ou l'originalité par rapport aux décisions précédentes. Elle est orpheline.

Or, la question de la « minimisation du dommage » connaît non seulement des antécédents – pour ne pas dire des précédents –, mais elle regroupe des questions voisines ou équivalentes dans d'autres matières, qui font l'objet de décisions d'autres chambres. Outre que celles-ci comme celles-là sont tuées, celui qui entendrait partir à leur recherche serait bien en peine, car l'expression « minimisation du dommage » n'apparaissant pas dans la décision, le repérage reste entièrement à faire. Pour quelles raisons, alors même que le Rapporteur fait précisément un tel travail de rapprochement dans son Rapport, la Cour de cassation n'en fait-elle pas état dans la publication des décisions ? Pourquoi le service de documentation, des études et du rapport dont la Cour de cassation elle-même expose à juste titre qu'il œuvre à la rationalisation du traitement des contentieux, par le rapprochement des procédures posant des questions identiques ou voisines, et qu'il contribue à la réduction des divergences, ne publie-t-il pas sur le site de la Cour ces données qui permettent la comparaison, le rapprochement, bref ce qui précisément fait une jurisprudence ? Le laconisme voire le silence n'ont pas de raison d'être lorsque la Cour non seulement dispose des renseignements utiles et pertinents pour apprécier la portée d'une décision mais qu'en plus son organisation même, la mission de ses services, exprime précisément l'importance de ces rapprochements. Pour le dire autrement, **pourquoi garde-t-elle par devant elle ces informations qu'elle estime si indispensables à sa jurisprudence et qui ne sont faites que de décisions publiques ?**

Au reste, si l'on comprend que la publication des rapports et avis soit rendue difficile en raison de la nécessité de les « anonymiser » – ce qui ne porte pas seulement, loin s'en faut, sur le nom des parties mais sur tout ce qui peut conduire à les identifier –, il n'en va pas de même des éléments purement juridiques des rapports et avis, dont relève la référence aux décisions antérieures.

Proposition n° 31 : Publier le chaînage de chacune des décisions en même temps que la décision elle-même.
--

E. La politique de diffusion des décisions

111. On voit bien, chemin faisant, que la rationalité de la jurisprudence dépend pour une grande part de la manière d'assurer la diffusion des décisions. Chacun sait d'ailleurs l'importance de la diffusion des arrêts dans la formation de la jurisprudence. À ce titre, la Cour de cassation a depuis longtemps mis en place une diffusion basée sur une hiérarchisation de sa jurisprudence.

La hiérarchisation des arrêts de la Cour de cassation (P.B.R.I.)

(Extraits du site de la Cour de cassation)

Les mentions « P.B.R.I » permettent de hiérarchiser les arrêts de la Cour de cassation. Elles définissent la nature de la publication, qui est décidée par les magistrats de la chambre à l'issue du délibéré.

« P » désigne, selon le cas, les arrêts publiés au Bulletin des arrêts des chambres civiles ou au Bulletin des arrêts de la chambre criminelle.

« B » désigne les arrêts publiés au Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC).

« R » désigne les arrêts analysés au rapport annuel de la Cour de cassation.

« I » désigne les arrêts diffusés sur le site internet de la Cour de cassation.

Ces différents supports de publications peuvent se combiner, un arrêt pouvant être qualifié, par exemple, « P+B », « P+B+R » ou encore « P+B+R+I », selon l'importance que la chambre lui accorde.

Les arrêts « D » font l'objet d'une diffusion sur Jurinet, la base des arrêts de la Cour de cassation, accessible sur le site intranet de la Cour (non public). Ils sont également accessibles via le site Legifrance.gouv. fr sous la mention « inédits ».

Selon la complexité des pourvois, les formations des chambres diffèrent. Elles sont signalées par les lettres :

- FP : formation plénière de chambre,
- FS : formation de section (9 à 15 magistrats selon les chambres),
- F ou FR : formation restreinte (le président, le doyen et le conseiller rapporteur).

Sur ce fondement, les *Bulletins* des arrêts des Chambres civiles et de la Chambre criminelle rassemblent les arrêts d'Assemblée plénière, ceux de chambres mixtes, les avis de la Cour et les décisions du Tribunal des conflits, ainsi que les arrêts dont la publication est décidée par les présidents des chambres à l'issue des délibérés. Ainsi, 1 450 arrêts ont été publiés en 2013. Selon les statistiques de la Cour de cassation, les taux de publication s'établissent à 10,4 % pour l'ensemble des chambres civiles et 4 % pour la Chambre criminelle. Les décisions publiées font l'objet d'un enrichissement par le service, qui en assure le titrage et procède à des rapprochements.

De même, la Cour a recours au *Bulletin d'information de la Cour de cassation* (BICC) qui est une publication bimensuelle au contenu plus éditorial et qui a

permis la publication en 2013 de 1 348 sommaires d'arrêts et de 52 décisions statuant sur des QPC. 48 décisions étaient accompagnées de communiqués ou de notes sous arrêts. Outre les arrêts de l'Assemblée plénière et des chambres mixtes ainsi que les avis de la Cour – publiés dans leur intégralité, accompagnés du rapport du conseiller rapporteur et des observations du parquet général –, et les décisions du Tribunal des conflits, le *BICC* a publié le résumé de 150 décisions des juridictions européennes ou rendues par une juridiction nationale en matière de droit européen, ainsi que de 26 communications.

Par ailleurs, le bureau du contentieux de la Chambre sociale a rédigé 155 commentaires d'arrêts, publiés au *Mensuel du droit social*, mis en ligne sur le site Internet de la Cour de cassation.

Il faut évidemment ajouter le Rapport annuel.

112. À ces éventuelles publications, il faut ajouter celle qui s'effectue sur le site de la Cour de cassation.

À fin mars 2015, la publication des décisions sur le site de la Cour de cassation était parfaitement inégale.

Il suffit, si l'on prend en considération la série des dix derniers arrêts publiés sur le site Internet par chaque chambre, d'observer les écarts considérables quant à la période couverte entre le premier et le dernier arrêt de chaque série. Ainsi, pour la Première Chambre civile, dix arrêts publiés couvrent une période qui va de début mars 2015 – le site est donc parfaitement à jour – au 18 décembre 2014, soit une période d'environ quatre mois. Par comparaison, si le plus récent est de mars 2015 pour la Deuxième Chambre civile ou encore d'avril 2015 pour la Chambre sociale, la période couverte par les dix derniers arrêts publiés par les deux chambres remonte cette fois jusqu'au début de l'année 2012, soit une période d'environ trois ans. À l'opposé, la Chambre criminelle a un recours abondant à la publication sur le site puisque les dix derniers arrêts publiés ne couvrent qu'une période d'un mois et demi¹.

Première Chambre civile

4 mars 2015	13-17.392 FS-P+B+I	Conflit de juridictions	Cassation partielle	Arrêt n° 327 du 4 mars 2015 (13-17.392)
18 février 2015	13-28.278 FS-P+B+I	Assurance (règles générales)	Rejet	Arrêt n° 169 du 18 février 2015 (13-28.278)
28 janvier 2015	13-20.701 FS-P+B+R+I	Bail rural	Annulation partielle	Arrêt n° 97 du 28 janvier 2015 (13-20.701)

1. Chiffres au 23 avril 2014.

28 janvier 2015	13-50.059 FS-P+B+R+I	Conflit de Loi	Rejet	Arrêt n° 96 du 28 janvier 2015 (13-50.059)
28 janvier 2015	13-50.049 FS-P+B+I	Partage	Rejet	Arrêt n° 95 du 28 janvier 2015 (13-50.049)
28 janvier 2015	13-28.349 FS-P+B+I	Union européenne	Renvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne – Sursis à statuer	Arrêt n° 142 du 28 janvier 2015 (13-28.349)
28 janvier 2015	13-24.742 ; 14-11.208 FS-P+B+I	Conflit de juridictions	Cassation	Arrêt n° 203 du 28 janvier 2015 (13-24.742)
15 janvier 2015	13-21.180 FS-P+B+I	Santé publique	Cassation partielle	Arrêt n° 26 du 15 janvier 2015 (13-21.180)
18 décembre 2014	13-21.019 FS-P+B+I	Santé publique	Rejet	Arrêt n° 1491 du 18 décembre 2014 (13-21.019)
18 décembre 2014	13-24.377 FS-P+B+I	Santé publique	Rejet	Arrêt n° 1492 du 18 décembre 2014 (13-24.377)

Deuxième Chambre civile

26 mars 2015	FS-P+B+R+I	Prescription civile	Rejet	Arrêt n° 494 du 26 mars 2015 (14-11.599)
26 mars 2015	14-15.013 FS-P+B+R+I	Prescription civile	Cassation	Arrêt n° 495 du 26 mars 2015 (14-15.013)
13 juin 2013	12-22.170 FS-P+B+R+I	Santé publique	Cassation	Arrêt n° 980 du 13 juin 2013 (12-22.170)
28 mars 2013	11-18.025 FS-P+B+R+I	Indemnisation des victimes d'infraction	Rejet	Arrêt n° 474 du 28 mars 2013 (11-18.025)
28 février 2013	11-21.015 FP-P+B+R+I	Sécurité sociale, accident du travail	Cassation partielle	Arrêt n° 338 du 28 février 2013 (11-21.015)
28 juin 2012	11-15.055 FS-P+B+I	Procédure civile d'exécution	Cassation	Arrêt n° 1145 du 28 juin 2012 (11-15.055)
7 juin 2012	11-15.439 ; 11-18.085 FS-P+B+I+R	Officier public et ministériel	Rejet	Arrêt n° 966 du 7 juin 2012 (11-15.439)
7 juin 2012	11-15.112 FS-P+B+I+R	Officier public et ministériel	Rejet	Arrêt n° 969 du 7 juin 2012 (11-15.112)

7 juin 2012	11-16.107 FS-P+B+I+R	Officier public et ministériel	Rejet	Arrêt n° 968 du 7 juin 2012 (11-16.107)
7 juin 2012	11-15.440 FS-P+B+I+R	Officier public et ministériel	Rejet	Arrêt n° 970 du 7 juin 2012 (11-15.440)

Troisième Chambre civile

18 février 2015	13-25.974 FS-P+B+I	Copropriété	Rejet	Arrêt n° 215 du 18 février 2015 (13-25.974)
28 janvier 2015	13-27.397 FS-P+B+R+I	Vente immobilière	Rejet	Arrêt n° 101 du 28 janvier 2015 (13-27.397)
28 janvier 2015	14-10.013 FS-P+B+R+I	Propriété immobilière	Cassation	Arrêt n° 94 du 28 janvier 2015 (14-10.013)
14 janvier 2015	13-28.030 FS-P+B+I	Copropriété	Cassation partielle	Arrêt n° 23 du 14 janvier 2015 (13-28.030)
14 janvier 2015	13-23.490 FS-P+B+I	Bail commercial	Rejet	Arrêt n° 24 du 14 janvier 2015 (13-23.490)
10 décembre 2014	13-24.892 FS-P+B+I	Contrat d'entreprise	Rejet	Arrêt n° 1478 du 10 décembre 2014 (13-24.892)
26 novembre 2014	13-25.534 FS-P+B+I	Construction immobilière	Rejet	Arrêt n° 1404 du 26 novembre 2014 (13-25.534)
5 novembre 2014	13-21.014 ; 13-21.329 ; 13-22.192 ; 13-22.383 ; 13-23.624 ; 13-25.099 FS-P+B+R+I	Association syndicale	Irrecevabilité et Cassation partielle	Arrêt n° 1314 du 5 novembre 2014 (13-21.014)
8 octobre 2014	13-20.294 FS-P+B+I	Construction immobilière	Cassation	Arrêt n° 1166 du 8 octobre 2014 (13-20.294)
1 ^{er} octobre 2014	13-16.806 FS-P+B+I	Bail commercial	Rejet	Arrêt n° 1131 du 1 ^{er} octobre 2014 (13-16.806)

Chambre commerciale

8 avril 2015	14-10.058 F-P+B+I	Bourse	Rejet	Arrêt n° 364 du 8 avril 2015 (14-10.058)
8 avril 2015	13-28.061 F-P+B+I	Entreprise en difficulté (loi du 25 janvier 1985)	Rejet	Arrêt n° 365 du 8 avril 2015 (13-28.061)
8 avril 2015	14-10.172 F-P+B+I	Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)	Cassation	Arrêt n° 366 du 8 avril 2015 (14-10.172)
8 avril 2015	13-14.447 FS-P+B+I	Cautionnement	Rejet	Arrêt n° 377 du 8 avril 2015 (13-14.447)
16 décembre 2014	13-19.402 FP-P+B+R+I	Entreprise en difficulté	Cassation	Arrêt n° 1141 du 16 décembre 2014 (13-19.402)
4 novembre 2014	13-23.070 FS-P+B+R+I	Entreprise en difficulté	Cassation	Arrêt n° 960 du 4 novembre 2014 (13-23.070)
16 septembre 2014	13-13.880 FS-P+B+R+I	Transports maritimes	Rejet	Arrêt n° 728 du 16 septembre 2014 (13-13.880)
13 mai 2014	13-13.284 FS-P+B+R+I	Entreprise en difficulté	Rejet	Arrêt n° 491 du 13 mai 2014 (13-13.284)
11 mars 2014	11-26.915 FS-P+B+R+I	Société (Règles générales)	Cassation partielle	Arrêt n° 263 du 11 mars 2014 (11-26.915)
28 janvier 2014	13-11.509 FS-P+B+R+I	Entreprise en difficulté (loi du 26 juillet 2005)	Rejet	Arrêt n° 137 du 28 janvier 2014 (13-11.509)

Chambre sociale

9 avril 2015	13-19.855 FS-P+B+I	Contrat de travail, exécution	Renvoi préjudiciel et Sursis à statuer	Arrêt n° 630 du 9 avril 2015 (13-19.855)
27 janvier 2015	13-22.179 FS-P+B+R+I	Statut collectif du travail	Rejet	Arrêt n° 120 du 27 janvier 2015 (13-22.179)
24 avril 2013	12-10.196/12-10.219 FS-P+B+R+I	Statut collectif du travail	Cassation partielle sans renvoi	Arrêt n° 847 du 24 avril 2013 (12-10.196/12-10.219)
19 mars 2013	12-11.690 FS-P+B+R+I	Contrat de travail exécution	Rejet	Arrêt n° 537 du 19 mars 2013 (12-11.690)
19 mars 2013	11-28.845 FS-P+B+R+I	Contrat de travail, exécution	Cassation	Arrêt n° 536 du 19 mars 2013 (11-28.845)

13 février 2013	FS-P+B+R+I 12-18.098	Syndicat professionnel	Cassation	Arrêt n° 194 du 13 février 2013 (12-18.098)
15 novembre 2012	12-27.315 FS-P+B+I	Syndicat professionnel	Rejet	Arrêt n° 2675 du 15 novembre 2012 (12-27.315)
26 septembre 2012	FS-P+B+R+I 11-60.231	Elections professionnelles	Cassation	Arrêt n° 1855 du 26 septembre 2012 (11-60.231)
3 mai 2012	11-20.741 FS-P+B+R+I	Contrat de travail, rupture	Cassation	Arrêt n° 1299 du 3 mai 2012 (11-20.741)
28 mars 2012	11-61.180 FS-P+B+I	Elections professionnelles	Rejet	Arrêt n° 1074 du 28 mars 2012 (11-61.180)

Chambre criminelle

1 ^{er} avril 2015	14-87.647 F-P+B+I	Coopération pénale européenne et internationale	Rejet	Arrêt n° 1381 du 1 ^{er} avril 2015 (14-87.647)
24 mars 2015	14-84.300 F-P+B+I	Peines ; Urbanisme	Cassation	Arrêt n° 895 du 24 mars 2015 (14-84.300)
24 mars 2015	14-84.836 F-P+B+I	Peines	Cassation	Arrêt n° 898 du 24 mars 2015 (14-84.836)
24 mars 2015	13-86.327 F-P+B+I	Urbanisme	Cassation	Arrêt n° 907 du 24 mars 2015 (13-86.327)
17 mars 2015	13-87.873 F-P+B+I	Restitution ; Instruction	Rejet	Arrêt n° 737 du 17 mars 2015 (13-87.873)
17 mars 2015	13-87.358 FS-P+B+I	Presse ; Action civile	Cassation partielle sans renvoi	Arrêt n° 787 du 17 mars 2015 (13-87.358)
10 mars 2015	14-88.326 FS-P+B+I	Contrôle judiciaire	Rejet	Arrêt n° 1269 du 10 mars 2015 (14-88.326)
4 mars 2015	13-87.185 FS-P+B+I	Etranger ; Juridictions correctionnelles	Cassation partielle	Arrêt n° 597 du 4 mars 2015 (13-87.185)
25 février 2015	14-86.447 FS-P+B+I	Enquête préliminaire	Rejet	Arrêt n° 362 du 25 février 2015 (14-86.447)
17 février 2015	13-88.129 FS-P+B+I	Presse ; Prescription	Cassation	Arrêt n° 74 du 17 février 2015 (13-88.129)

113. Surtout, on peut se demander si cette stratégie de publication est parfaitement cohérente.

➤ En premier lieu, de nombreux arrêts inédits sont loin d'être sans importance. Chacun a à l'esprit, selon sa matière, des arrêts non publiés qui semblent venir déroger à la jurisprudence constante. **Il est loin d'être inhabituel que des arrêts inédits incarnent des solutions en rupture avec la jurisprudence dominante**, que ce soit celle de la chambre dont ils émanent ou celle d'une autre chambre. **Ce droit positif en quelque sorte officieux, puisque la Cour de cassation choisit de ne pas lui donner son plein retentissement et le prive de l'officialisation que représente la publication au bulletin, finit très souvent par être diffusé, souvent d'autant plus largement qu'il est dérogoire.**

L'arrêt *Soffimat* – connu par son nom, ce qui est évidemment le comble pour un arrêt non publié par la Cour de cassation – est sans nul doute celui qui a pu illustrer le plus nettement le trouble sinon le désordre que peuvent causer des arrêts inédits, lorsqu'ils ne sont pas mineurs. La doctrine l'a ainsi abondamment commenté, au point parfois d'y voir les prémises de l'abandon de la solution plus que centenaire du refus de la révision pour imprévision¹.

Mais l'exemple est loin d'être isolé. À s'en tenir au seul droit des contrats, la période récente comporte de nombreux exemples de jurisprudences constantes auxquelles des arrêts inédits semblent venir déroger : ainsi, un arrêt du 6 septembre 2011 de la Troisième Chambre civile a-t-il jugé qu'une vente pouvait être formée en dépit de la rétractation qui avait précédé la levée de l'option, alors même que la thèse du pourvoi se prévalait de la solution constante depuis 1993, en invoquant le fait que la « levée de l'option postérieure à la rétractation du promettant exclut toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir »². Aussi, peut-on s'interroger sur le point de savoir si la décision constituait « un revirement à petits pas feutrés »³. La solution devait d'ailleurs susciter la perplexité d'un auteur, s'interrogeant sur « le mystère de la publication des arrêts de la Cour de cassation »⁴, concluant que « ce n'est pas la sécurité juridique qui y gagne ».

Il faut dire qu'il pouvait invoquer également un arrêt du 15 décembre 2011, non publié, de la Première Chambre civile, qui cassait la décision des juges du fond ayant condamné un contractant pour le dommage causé à un tiers selon

1. Com., 29 juin 2010, n° 09-37369. V. ainsi : Vers la consécration de la théorie de l'imprévision ? La Cour de cassation engagée dans une politique des petits pas, LPA 24 décembre 2010, 7, note A.S. Chon. V. égal. la note de D. Mazeaud, D. 2010, 2481, qui évoque une « fissure » dans le Canal de Craponne et une solution « pour le moins audacieuse et innovante ». V. encore, parmi d'autres, S. Le Gac-Pech, JCP E 2010, 2108 ; JCP G 2010, 1056, note Th. Favario. V. P. Deumier, Un arrêt non publié peut-il faire jurisprudence ?, RTD civ. 2011, 87.

2. Civ. 3^e, 6 septembre 2011, n° 10-20362.

3. L. Perdrix, JCP G 2011, 1316

4. M. Latina, Blog Dalloz, 30 janvier 2012.

un raisonnement emprunté à l'Assemblée plénière dans son arrêt du 6 octobre 2006¹ : « en se déterminant ainsi, sans caractériser en quoi le manquement contractuel qu'elle relevait constituait une faute quasi-délictuelle à l'égard de la banque, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé [art. 1382 c. civ.] ». Là encore, l'arrêt pouvait susciter la perplexité de la doctrine : « la responsabilité du débiteur contractuel à l'égard des tiers : évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation ? » s'interroge M. D. Mazeaud dans sa note au Recueil Dalloz², en débutant ainsi son analyse : « À lire son arrêt, on peut se demander si la première chambre civile n'a pas entendu faire un petit cadeau de Noël à tous ceux qui, dans la doctrine, sont tombés à bras raccourcis sur la décision rendue en assemblée plénière le 6 octobre 2006 »³.

Il faut ajouter les interrogations que soulèvent les arrêts non publiés de la Chambre commerciale directement contraire à la jurisprudence « Point Club Vidéo » de la Première Chambre civile⁴.

➤ En deuxième lieu et surtout, **la distinction faite par la Cour de cassation entre les arrêts publiés et les arrêts inédits a perdu toute signification** depuis que le site Légifrance publie l'ensemble des décisions, sans se soucier de la lettre dont la Cour a affublé chacun de ses arrêts et sans même d'ailleurs permettre de la connaître.

« S'il existe ainsi une gradation des publications, il ne faudrait pas croire pour autant que les arrêts non publiés restent " secrets", écrit M. A. Lacabarats. Assortis de la lettre D, ils font au contraire l'objet d'une large diffusion puisqu'ils sont mis à la disposition des abonnés du fonds de concours de la Cour de cassation et alimentent le site Internet Légifrance »⁵.

Par suite, toute recherche sur Légifrance se joue de la distinction faite par la Cour de cassation. Aussi, chaque décision, à l'heure d'être citée dans des écritures, revêt la même importance. **La jurisprudence souffre d'une dé-hiérarchisation, qui constitue un mal profond contre lequel la sélection opérée par la Cour de cassation ne peut lutter.**

Plus encore, il est difficilement compréhensible que la Cour de cassation choisisse d'ignorer, sur son propre site, la très grande majorité de ses publications, comme si l'espace d'un site Internet était un espace fini, et plus petit que celui des publications papier.

Par ailleurs, la hiérarchisation par lettres n'a guère de sens dès lors que le site Légifrance publie tous les arrêts sans permettre de connaître les lettres données.

1. Civ. 1^{re}, 15 décembre 20011, n° 10-17691.

2. D. Mazeaud, D. 2012, 659.

3. Même perplexité dans le commentaire de A. Cayol (LPA 14 juin 2012, 18) qui évoque « l'espoir d'un abandon de l'identité des fautes délictuelle et contractuelle ».

4. V. *supra*.

5. A. Lacabarats, Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation, D. 2007, 889.

En réalité, ce qui a une véritable pertinence, c'est, d'une part, la nature du contrôle opéré (disciplinaire, des droits et libertés fondamentaux, normatifs), et, d'autre part, la formation qui a rendu la décision : formation restreinte, formation de section, plénière de Chambre, Chambre mixte, Assemblée plénière.

Dès lors, il faudrait que le site Internet de la Cour de cassation devienne un vecteur à part entière d'information, de nature à concurrencer le site Légifrance, en diffusant de façon fiable et hiérarchisée les décisions.

Sous cet aspect, au traditionnel PBRI, devrait se substituer :

- Une publication sur le site de la Cour de cassation de tous les arrêts rendus, à l'exception des arrêts purement disciplinaires qui, n'intéressent que les parties et n'ont – et surtout ne doivent avoir – aucun effet normatif. Leur absence de publication sur le site constituerait un signal fort de leur absence de portée normative à destination des autres justiciables ;
- Une information, pour chaque arrêt publié, de la nature du ou des contrôles opérés (N pour normatif, DLF pour contrôle de la loi aux droits et libertés fondamentaux, N-D pour contrôle normatif et disciplinaire, DLF-D pour contrôle de la loi aux droits et libertés fondamentaux et disciplinaire, N-DLF pour contrôle normatif et de la loi aux droits et libertés fondamentaux) ;
- Une hiérarchisation des arrêts publiés en fonction de la formation ayant rendu la décision (restreinte, formation de section, plénière de chambre, mixte, assemblée plénière).

Proposition n° 32 : Publier tous les arrêts rendus sur le site de la Cour de cassation, à l'exception des arrêts opérant un contrôle purement disciplinaire.

Proposition n° 33 : Supprimer les mentions données aux arrêts (PBRI) et favoriser une hiérarchisation en fonction de la nature du contrôle opéré et de la formation ayant rendu la décision.

III

Favoriser les avis de la Cour de cassation

114. « Sécuriser l'interprétation de la loi, a pu écrire le Premier Président de la Cour, M. G. Canivet, c'est encore veiller à ce que, dès leur promulgation ou leur publication, les textes soient immédiatement appliqués de manière uniforme par l'ensemble des juridictions »¹.

Dans nombre de domaines, le temps de la jurisprudence n'est plus adapté aux exigences de la sécurité juridique. L'une des priorités est ainsi d'accélérer le processus de décision. Les opérateurs économiques réclament non pas un droit mûri mais des solutions auxquelles croire pour adapter leurs comportements. Le rythme de la vie économique n'est pas celui de la jurisprudence. Le Premier Président de la Cour, M. P. Bellet l'affirmait déjà il y a plus de quarante ans : « les hommes d'aujourd'hui, submergés de textes et menacés de responsabilités de toutes sortes, ont besoin de savoir à l'avance la signification des lois... et ils sont gravement victimes de nos traditions procédurales qui les contraignent à attendre une contestation précise pour être enfin fixés sur leurs droits et leurs devoirs »².

À l'origine de ce besoin, il y a une double cause. La première est liée à l'instabilité législative. Les opérateurs doivent pouvoir maîtriser un droit sans cesse changeant. **La loi, par ses changements incessants, contribue à inciter la Cour de cassation à se rapprocher d'elle et à statuer ainsi au plus vite. Il s'agit d'atténuer les méfaits de l'instabilité législative, en levant nombre des incertitudes que toute loi nouvelle porte en elle.**

La seconde est liée à la dissémination du pouvoir d'interpréter la loi. On se trouve à l'évidence dans une période de surenchère interprétative : des ministres chargés, eux aussi, de fournir des « réponses », aux administrations promptes à délivrer des circulaires, en passant par le Conseil constitutionnel, dont les réserves d'interprétation constituent les premières directives du sens qu'il faut prêter à la loi, les interprètes de la loi sont désormais légion.

1. G. Canivet, Vision prospective de la Cour de cassation, préc.

2. P. Bellet, Justice civile et désaffection des justiciables, *in* *Projet*, n° 65, mai 1972, p. 590 et s., spéc. p. 596, cité par B. Oppetit, Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois, *D.* 1974, 107, reproduit *in Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 137 et s., spéc. p. 149.

S'adonnant à une forme inédite de compétition dans notre système juridique, des organes d'origines et de compétences diverses participent à la fixation du sens de la loi.

115. Si parler en dernier pouvait sembler le privilège de la Cour de cassation, il faut donc désormais y voir, en certaines occasions, une forme de handicap. Les vicissitudes de la procédure, le temps des recours et de la dispute, auront pu entraver l'unité de la règle de droit et retarder d'autant sa parfaite connaissance par ses destinataires. La Cour de cassation doit récupérer un pouvoir d'interprétation qui lui est nettement disputé.

On ne saurait pour autant voir dans la possibilité que la Cour de cassation statue au plus vite une panacée ni même une solution parfaitement réjouissante. Comme on l'a justement observé, « la jurisprudence de la Cour de cassation est faite de cette lente remontée du contentieux qui se nourrit des conflits et des stratégies de chacun. Elle se construit, peut-être par tâtonnement, attentive à la résistance ou à la rébellion des juges du fond. Elle tiendra compte de l'avis de la doctrine »¹.

116. La manière la plus simple pour favoriser les interventions rapides de la Cour de cassation consiste alors à encourager son expression par voie d'avis.

En favorisant les avis, on permet de réduire le contentieux en donnant la solution *ex abrupto*. Cela conduit en effet à désamorcer les litiges en proposant, en amont de toute intervention judiciaire et au moment même où la loi se met en mouvement, d'enlever diverses ambiguïtés ou incertitudes.

La procédure d'avis a vocation à permettre à la Cour de cassation de prendre une position rapide, dans les affaires qui requièrent, dès le départ, sa prise de position sur l'interprétation de la loi.

Au reste, la généralité de l'avis favorise un désengorgement des juridictions. Comme le souligne M. F. Zénati, « il ne s'agit plus d'unifier la jurisprudence, mais de la confectionner *ab initio* »².

117. Malgré un contexte favorable d'inflation des avis dans l'ensemble des matières juridiques³, la procédure d'avis issue de la loi du 15 mai 1991⁴ n'a

1. A. Mazeaud, La sécurité juridique et les décisions du juge, Dr. soc. 2006, 744, spéc. 752.

2. F. Zénati, La saisine pour avis de la Cour de cassation, D. 1992, 247.

3. V. ainsi T. Revet (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Economica, 1998.

4. Sur laquelle, v. P. Chauvin, La saisine pour avis, in *Rapport de la Cour de cassation*, 1993, La Documentation française, p. 53 ; F. Zénati, La saisine pour avis de la Cour de cassation, préc., spéc. 248 ; A.-M. Morgan de Rivery-Guillaud, La saisine pour avis de la Cour de cassation, JCP G 1992, 3576 ; G. Rouhette, Une fonction consultative pour la Cour de cassation ?, in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 343. V. en dernier lieu, C. Pelletier, Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation, in *Mélanges Philippe Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 429.

toutefois jusqu'alors pas fait ses preuves¹. Entre 1992 et 2005, la Cour de cassation a ainsi été saisie à 174 reprises, pour 95 avis seulement. **Certains millésimes traduisent même une désaffection éloquente (deux demandes d'avis en 2003, 4 en 2004)**. En 2014, seuls 12 avis ont été rendus, ce qui témoigne sans doute quand même d'un essor. À quoi il faut ajouter la spécificité des domaines concernés, telles les procédures civiles d'exécution, la procédure civile, ou encore la protection des consommateurs et le surendettement².

Il en ressort ainsi que les juges du fond ne ressentent guère le besoin d'utiliser cette procédure, et ce malgré quelques appels explicites de hauts magistrats³.

118. Face à cette désaffection, la Cour de cassation a pu mettre en place une procédure d'avis dits « spontanés », car déclenchés de sa propre initiative. Cette procédure s'est mise en place de façon informelle sous l'égide du service de documentation et d'études de la Cour.

Ainsi, à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et de son décret d'application n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, le service de documentation et d'études s'est chargé de répondre à diverses questions soulevées par les nouvelles dispositions. Près de 30 réponses ont été fournies⁴, sur de nombreux problèmes : entrée en vigueur du texte, pouvoirs du juge dans le cadre de la nouvelle procédure, mise en place de l'action nouvelle et de l'obligation aux dettes sociales, intervention de l'AGS, portée du privilège attribué aux nouveaux capitaux, effet de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde sur une saisie conservatoire du stock, pouvoirs du Président du Tribunal de grande instance, prescription de l'action visant à la mise en œuvre des sanctions prévues par la loi, agencement des procédures de vente aux enchères et de vente de gré à gré, etc.

L'initiative n'est pas restée isolée : ce jeu des questions-réponses a à nouveau été mis en place pour faciliter l'application du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 relatif à la procédure civile, à certaines procédures d'exécution et à la procédure de changement de nom⁵.

1. Alors que l'on avait pu, à l'époque, redouter que la Cour soit « assaillie » de demandes d'interprétation et que « le système ne vienne à être paralysé comme au plus beau temps du funeste référé législatif » : F. Zénati, La saisine pour avis de la Cour de cassation, préc., spéc. 248. Aj, C. Pelletier, Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation, préc.

2. C. Pelletier, Quinze ans après : l'efficacité des avis de la Cour de cassation, préc.

3. V. J. Buffet, préc. : « J'espère avoir démontré que la Cour de cassation est attachée à cette procédure d'avis [...]. Il ne faut donc pas hésiter à y recourir [...], et je pense que les Chefs de cour, les premiers présidents peuvent avoir à cet égard un rôle très utile, car ils sont à même de faire passer le message... ».

4. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/actualite_jurisprudence_21/chambre_commerciale_financiere_economique_574/loi_sauvegarde_entreprises_8802.html

5. http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/actualite_jurisprudence_21/2005_1678_8701.html. V. ég. JCP G 2006, act. 347, 443.

Dans cette revendication d'une nouvelle forme d'expression, la Cour de cassation exprime en effet le besoin de sortir du cadre habituel qui enserre son pouvoir. Ces « éléments de réponse » n'ont évidemment aucune valeur contraignante : ils n'engagent pas plus les juges auxquels ils sont destinés que la Cour de cassation elle-même.

La Cour n'a pas usé du terme d'avis pour préférer évoquer des « réponses aux magistrats professionnels et juges consulaires en charge du contentieux de la sauvegarde des entreprises ». Ce n'est d'ailleurs pas la Cour de cassation qui s'engageait, mais son seul service de documentation et d'études. La procédure nouvelle se présentait comme un simple « dispositif de veille juridique » de nature administrative et de portée limitée. Le service de documentation et d'études a ainsi lui-même souligné qu'il répondait aux « premières difficultés d'application des nouveaux textes ».

En s'arrogeant le pouvoir d'émettre une opinion sans devoir attendre d'être saisie par une demande formulée dans le cadre d'un litige, la Cour de cassation manifestait nettement son souhait de s'exprimer hors de tout cadre contentieux, de façon plus souple et plus rapide que dans le cadre de son office naturel.

Là encore, il s'agit de régler les difficultés sans attendre que le contentieux suive les étapes longues de la procédure judiciaire et des voies de recours. Le Premier Président de la Cour, M. G. Canivet, l'a d'ailleurs exprimé en présentant les réponses rendues par le service de documentation et d'études : « contribuer, dans cet esprit, à la pleine effectivité de la loi, c'est faire émerger les premières difficultés d'interprétation, et si possible les résoudre, pour que les opérateurs puissent s'inscrire dans une dynamique d'appropriation du régime juridique en cause. Cette appropriation suppose qu'ils le comprennent, qu'ils en mesurent les avantages et les inconvénients, la portée, les conséquences ».

119. Cette forme d'avis ne saurait toutefois se substituer aux avis de l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire. L'élaboration du droit prétorien en bureaux et non en salles d'audience n'est pas légitime. L'interprétation de la loi ne doit pas être détachée du contentieux. Les « réponses » sont orphelines de tout échange d'arguments, sans plaideurs ni contradicteurs¹.

1. Rapport. F. Zénati, à propos des supposées vertus de l'interprétation abstraite sur laquelle reposent les avis. L'auteur (préc., 248) s'explique ainsi : « le droit du juge se nourrit de procès et de débats, sans lesquels il ne peut y avoir de prudence. Le juge n'est pas prudent de manière innée : c'est la mécanique processuelle et les garanties de forme qui le contraignent à une délibération prudente et lui permettent de rendre une décision juste, et, par suite, généralisable. La jurisprudence suprême ne sort pas toute armée du cerveau des magistrats de la Cour de cassation et du Conseil d'État ». V. les riches analyses de G. Rouhette, Une fonction consultative pour la Cour de cassation ?, *in Mélanges Breton-Derrida*, préc., p. 343, spéc. n° 5, p. 347, où l'auteur évoque, à propos du développement des avis consultatifs, « l'abaissement de la Cour en tant que juridiction » et « la déqualification d'une attribution juridictionnelle essentielle ».

Les réponses du service de documentation, des études et du rapport, parce qu'elles sont délivrées hors de tout litige, sans contradiction, ne sont justifiées que si la jurisprudence existe déjà. Le SDER doit pouvoir assister les juges du fond qui souhaitent connaître l'état de la jurisprudence et non se substituer à la décision de la Cour.

120. En revanche, il faut favoriser un développement de l'avis par les formations de jugement.

Sans doute faut-il, pour cela, vaincre les résistances, qu'elles soient internes à la Cour de cassation ou viennent des juridictions du fond. Pour cela, la Cour de cassation doit avoir une démarche active, auprès des cours d'appel, afin de montrer l'importance et les effets vertueux de la procédure d'avis.

En outre, parmi les caractéristiques actuelles qui en marquent et peut-être en expliquent la désaffection, il faut souligner le fait que la procédure ne peut pas être sollicitée par les parties devant les juridictions, n'a vocation qu'à porter sur des questions purement abstraites. En outre, la procédure devant la Cour de cassation est faiblement institutionnalisée, par comparaison avec la procédure tout aussi spécifique dont fait l'objet la QPC.

La Commission estime ainsi qu'il convient de promouvoir la procédure d'avis de **l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire**.

Pour cela, outre la promotion que permet le discours des hauts magistrats, la demande d'avis doit pouvoir être formulée par les parties, quand bien même c'est la juridiction qui choisit ou non de transmettre.

De même, la procédure doit être davantage institutionnalisée. À ce titre, la procédure de QPC fournit un modèle qui peut être transposé à l'avis (art. 126-8 et s. C. proc. civ.).

En outre, la Commission rappelle qu'elle considère que la Cour de cassation doit pouvoir rendre des avis circonstanciés en matière de droits et libertés fondamentaux (*v. supra*). Pour cela, il convient d'ajouter à l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire :

« Avant de statuer sur une question de conformité de la loi aux droits et libertés fondamentaux consacrés par un Traité international, présentant une difficulté sérieuse, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis circonstancié de la Cour de cassation ».

Enfin, elle estime que si la procédure d'avis requiert une question de droit nouvelle, qui se pose dans de nombreux litiges et présente une difficulté sérieuse, pour autant la question transmise doit pouvoir être circonstanciée et ainsi transmise avec les faits que les juges du fond estiment attachés à la difficulté soulevée.

« 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 **circonstancié** de la Cour de cassation ».

Proposition n° 34 : Favoriser le développement des avis et pour cela :

- Institutionnaliser davantage la procédure sur le modèle de la procédure de QPC ;
- Permettre aux parties de solliciter l'avis de la Cour de cassation ;
- Etendre la procédure d'avis aux questions de conformité de la loi aux droits et libertés fondamentaux consacrés par un Traité international ;
- Permettre que la question posée soit circonstanciée.

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT FISCAL

121. Parmi les domaines frappés par l'insécurité juridique, chacun sait que le droit fiscal arrive au premier rang. Le taux d'imposition, et plus généralement la pression fiscale, ne sont pas les seuls facteurs d'attractivité d'un système juridique. Il s'y ajoute de façon essentielle le climat de sécurité qui le caractérise.

En matière fiscale, la sécurité juridique renvoie à différentes exigences. Elle consiste évidemment à garantir aux contribuables le montant des impositions mises à leur charge, de telle manière qu'ils puissent prévoir et compter sur cette donnée essentielle¹. Mais elle renvoie aussi à la nécessité pour les contribuables d'être informés de façon certaine et sans équivoque des conséquences fiscales de leurs actions². **La sécurité fiscale est un droit au « non-bouleversement »**³.

122. Diverses manifestations de l'insécurité fiscale renvoient à une approche qualitative de la norme. Complexité, caractère abscons⁴, défauts et lacunes sont les traits d'une norme fiscale défailante. Le Conseil des impôts, lui-même, a souligné la difficile lisibilité des articles du Code général des impôts. À ce titre, l'usage névrotique des renvois entre dispositions en constitue l'une des causes principales⁵. La réécriture du Code général des impôts est, dit-on, une nécessité⁶.

Mais c'est surtout l'instabilité des dispositifs qui constitue la source la plus importante d'angoisse face au droit fiscal. La rotation permanente des textes, les changements imprévus de la réglementation fiscale, la précarité des effets d'annonces sont autant de raisons de perdre confiance dans la législation fiscale. À cette instabilité s'ajoute souvent une rétroactivité qui finit de ruiner les prévisions des contribuables et les plonge définitivement dans un état d'incertitude face au droit. Le Rapport Fouquet dénonçait déjà ces travers de notre droit fiscal⁷. **L'instabilité se nourrit de la mauvaise qualité des textes – qui appelle alors des corrections selon un mécanisme d'effets pervers – autant que des changements incessants d' « orientation » de la politique fiscale, quand il ne conviendrait pas davantage de parler de « pilotage à vue » de cette politique.** Elle obère la visibilité, le calcul et les anticipations qui sont indispensables au

1. F. Douet, Les Paradoxes de la sécurité juridique en matière fiscale, Dr. fam. 2003, chron. 19, n° 2.

2. OCDE, *Droits et obligations des contribuables. Description de la situation légale dans les pays de l'OCDE*, 1990, p. 14.

3. G. Noël, JurisClasseur Procédures fiscales, Fasc. 216-30 : Relations entre l'administration fiscale et les contribuables, 2012 (dernière mise à jour : 1^{er} février 2014), n° 1.

4. M.-C. Bergeres, Un principe à valeur constitutionnelle paradoxalement ignoré du droit fiscal : l'intelligibilité de la loi, Dr. fisc. 2003, 24.

5. Conseil des impôts, préc., p. 60.

6. V. en dernier lieu D. Labetoulle, Refondre le Code général des impôts, Rev. jur. de l'économie publique 2011, rep. 4.

7. Rapport O. Fouquet, préc. p. 5.

bon développement des activités économiques¹. La rétroactivité vient y ajouter une forme de « contre-pied » de la réglementation, une manière de suspendre les choix et les décisions : « Lorsque le législateur modifie rétroactivement le traitement fiscal des situations passées, ou lorsqu'il rapporte un avantage fiscal avant l'échéance initialement prévue, il bouleverse en effet les bases de calculs micro-économiques sur lesquels sont fondées les décisions d'investissement, d'emploi ou de production »².

123. Le renforcement de la sécurité juridique en matière fiscale est devenu un impératif. L'amélioration de la relation du contribuable avec l'administration vis-à-vis de l'impôt est même indispensable face à l'augmentation croissante de la pression fiscale. Le contribuable ne peut supporter un taux d'imposition sans cesse en hausse dans un univers d'insécurité juridique lui aussi en expansion. En outre, le développement de la fiscalité incitative implique par nature la stabilité, sans laquelle les contribuables ne sauraient adhérer aux dispositifs envisagés³. À quoi il faut ajouter, de façon accrue, le fait que la concurrence fiscale entre systèmes juridiques est devenue telle que les travers de notre législation fiscale sont aujourd'hui l'une des causes du déclin de notre économie. Il en est résulté une véritable prise de conscience des pouvoirs publics. Mme M.-C. Lepetit, alors Directrice de la Législation Fiscale, soulignait ainsi que « les différents États sont attentifs aux politiques fiscales mises en place par chacun [...]. Nous sommes quotidiennement confrontés à la concurrence fiscale [...] et devons maintenir un système fiscal compétitif qui ne disqualifie pas en particulier les entreprises et les investissements »⁴. De même, Mme Ch. Lagarde, alors qu'elle était ministre de l'Économie, pouvait justement déclarer que « la sécurité juridique en matière fiscale est un objectif majeur pour le Gouvernement [...]. C'est une question d'efficacité des politiques publiques et c'est aussi un enjeu majeur pour l'attractivité de notre pays et pour la compétitivité de notre économie »⁵. Récemment encore, à l'occasion de la mise en place du Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi, fut rappelée la nécessité de stabiliser l'environnement fiscal des entreprises et dénoncées « la complexité et l'instabilité des normes qui

1. Le Conseil des impôts relevait ainsi que « la stabilité de l'environnement législatif et réglementaire est un élément important de la visibilité à moyen terme de tous les agents économiques et donc, du bon développement de leurs activités » (Conseil des impôts, préc., p. 68).

2. Rapport B. Gibert, préc., p. 65.

3. Il convient toutefois de noter que la dimension « politique » de la fiscalité peut également être source d'insécurité juridique : « Initialement neutre, le droit fiscal est devenu un instrument de politique économique et sociale. Dans la mesure où ces situations évoluent sans cesse, corrélativement le droit fiscal évolue de la même façon » (F. Douet, préc., n° 14).

4. M.-C. Lepetit, *Fiscalité : le regard de l'administration fiscale*, Nouvelles Fiscales 2008, n° 1000, 40 ans de fiscalité, 8.

5. MINEFE, communiqué du 16 avril 2010, Dr. fisc. 2010, n° 16, act. 136.

s'appliquent aux entreprises » avec pour conséquence d'engendrer des coûts, des délais et de l'incertitude préjudiciables à l'investissement¹.

124. La question est devenue un enjeu majeur. De nombreux travaux et rapports se succèdent depuis une dizaine d'années afin de dénoncer l'insécurité fiscale et y porter remède

Fruits d'initiatives privées² ou réalisés sous l'égide des pouvoirs publics³, ils sont tous d'accord sur les formes variées que l'insécurité revêt et la nécessité de la combattre⁴.

125. La réflexion menée a sans doute permis des améliorations : la « résurgence » du rescrit⁵, dans le prolongement des articles L. 80 A et L. 80 B du Livre des procédures fiscales, le développement du « rescrit interprétatif » assorti de la publication, par l'administration fiscale et après anonymisation, des réponses qu'elle a pu fournir à d'autres contribuables, en sont l'illustration. De même, dans la suite du Rapport Fouquet qui devait déplorer l'inexistence d'une documentation à jour depuis 2002 et proposer de « reconstituer une documentation administrative consolidée opposable [et] publiée sur internet »⁶, le projet « PERGAM » s'est fixé « pour ambition d'actualiser et de refondre en totalité

1. Pacte national pour la croissance, la compétitivité et l'emploi, novembre 2012, Levier 7, p. 5.

2. A. d'Hautefeuille, *Améliorer la sécurité juridique et fiscale des entreprises*, Rapports et études de la CCI de Paris Ile-de-France, 2009 ; Rapport O. Fouquet, préc. ; C. Bouvier, G. Carrez, O. Fouquet et B. Gibert, *Instructions fiscales : propositions pour améliorer la sécurité juridique en matière fiscale*, préc. ; DGFIP, *Rapport sur les conditions de mise en œuvre des procédures du rescrit fiscal, de promotion du dispositif et de publication des avis de rescrit – Année 2010*, 2010 ; G. Mestrallet, M. Taly et J. Samson, *La réforme de la gouvernance fiscale*, LGDJ, 2005 ; J. Buisson (dir.), *La sécurité fiscale*, L'Harmattan, 2011.

3. V. not. M. Charzat, P. Hanotaux et C. Wendling, *Rapport au Premier ministre sur l'attractivité du territoire français*, La Documentation française, 2001 ; Conseil des Impôts, préc. ; Rapport B. Gibert, préc. ; Cour des comptes, *Les relations de l'administration fiscale avec les particuliers et les entreprises*, préc.. Au-delà des rapports, v. les constats et préconisations des études sur l'attractivité et la compétitivité de la France. Ainsi, le Baromètre AmCham-Bain 2014 relatif au moral des investisseurs américains en France recommande d'assurer une plus grande stabilité et prévisibilité de l'environnement fiscal : « l'environnement fiscal reste perçu aujourd'hui comme trop complexe et instable, donc incompatible avec la mécanique d'investissement. Il convient notamment d'institutionnaliser le principe de non-rétroactivité fiscale et de sanctuariser des dispositifs fiscaux favorables à l'attractivité de la France tels que le Crédit d'impôt recherche » (p. 16).

4. Au-delà de ces travaux traitant de la seule sécurité fiscale, il importe de noter que ceux qui entendent envisager la sécurité juridique de manière générale réservent systématiquement des développements à la matière fiscale. V. ainsi les rapports précités du Conseil d'État consacrés à la sécurité juridique ou la récente étude relative au rescrit (Conseil d'État, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, La Documentation française, 2014). V. plus généralement la bibliographie à la suite de G. Noël, préc.

5. B. Oppetit, *La résurgence du rescrit*, D. 1991, 105.

6. Rapport O. Fouquet, préc., p. 19 (Proposition 8).

la documentation fiscale afin de la rendre plus accessible, plus lisible, et assurer une mise à jour en temps réel via une base documentaire accessible en ligne par l'ensemble des contribuables »¹. Mettant à la disposition des contribuables et des agents de l'administration une base documentaire consolidée, il réalise « une contribution très directe à l'amélioration de la sécurité juridique en matière fiscale »². Comme on le sait, il a laissé la place, fin 2012, au « BOFiP-Impôts », la nouvelle base documentaire en ligne de l'administration fiscale (³<http://bofip.impots.gouv.fr>)⁴. La prise de conscience évoquée précédemment a sans nul doute conduit à des progrès.

126. Pour autant, les manifestations de l'insécurité fiscale qui caractérisent le système juridique français subsistent. Le droit fiscal reste un « droit à la dérive »⁵. Le législateur ne s'emploie pas suffisamment – c'est un euphémisme – à lutter contre l'insécurité fiscale : outre le fait que la refonte du Code général des impôts préconisée par tous est toujours reportée, l'adoption de dispositifs fiscaux rétroactifs perdure. Lorsqu'ils ne sont pas juridiquement rétroactifs, leur improvisation au dernier moment, au milieu de la discussion parlementaire, sans aucune concertation préalable, prend le plus souvent le contribuable par surprise. L'administration fiscale elle-même n'est pas toujours exemplaire. À quoi s'ajoute le fait que les juridictions civiles et administratives contribuent à leur tour, en différentes hypothèses, au climat d'insécurité juridique, ne serait-ce que par les délais que le contentieux fiscal requiert.

En définitive, outre le fait que certains dispositifs visant à lutter contre l'insécurité juridique sont à parfaire, plusieurs chantiers restent à l'abandon alors qu'ils sont, de l'avis de tous, déterminants. Ainsi, le rescrit, s'il a fait l'objet d'une véritable diversification – on dénombre aujourd'hui quatorze procédures de cette nature⁶ – ne connaît pas un succès homogène. D'autres projets restent, par ailleurs, en suspens. Il est par exemple indispensable d'améliorer la lisibilité et la qualité de la norme fiscale, « enfants pauvres » des évolutions jusqu'alors constatées. En effet, s'il est raisonnable de travailler à l'amélioration de la gestion de l'impôt *lato sensu*, il est déterminant d'améliorer la forme de la loi fiscale afin, justement, de faciliter les relations entre l'administration fiscale et les contribuables.

Aussi, la Commission entend-elle insister sur les points saillants qui lui semblent devoir faire l'objet d'améliorations. À ce titre, elle propose de concentrer les règles à portée fiscale au sein des seules lois de finances (I), d'abroger l'article 40

1. J.-P. Lieb, La sécurité à travers les prises de position et la documentation de l'administration, RFFP 2010, 69.

2. *Id.*

3. O. Négrin, Refonte intégrale de la documentation de base de l'administration fiscale, Procédures 2012, comm. 341.

4. *Id.*

5. F. Douet, préc., n° 16.

6. G. Noël, préc., n° 50.

de la Constitution (II), de systématiser le recours à la concertation publique lors de l'élaboration des dispositifs fiscaux (III), de réguler substantiellement la rétroactivité des règles fiscales (IV), de développer le mécanisme du rescrit (V), de réduire les délais du contentieux en matière fiscale (VI) et d'encadrer toute nouvelle interprétation administrative de la norme fiscale (VII).

I

Concentrer les règles à portée fiscale au sein des seules lois de finances

127. La situation actuelle diverge substantiellement de cet idéal de concentration puisque les lois ordinaires et de financement de la sécurité sociale peuvent contenir des dispositions fiscales. En d'autres termes, les lois de finances n'ont pas l'apanage des règles à portée fiscale.

Une telle situation présente plusieurs inconvénients qui concourent tous à l'instabilité et à la complexité du droit fiscal. La dispersion rend plus difficile le suivi des discussions en matière fiscale. L'absence de concentration des débats entrave à son tour la participation effective des contribuables et acteurs publics à la production des lois fiscales. Plus généralement, elle complique substantiellement l'appréciation de la cohérence des différents dispositifs fiscaux. En outre, la dissémination oblige les contribuables et agents de l'administration à faire preuve d'une attention continue pour suivre l'évolution des règles et consolider leur propre situation. En d'autres termes, la situation actuelle nécessite la mobilisation permanente de moyens humains et financiers.

À l'inverse, **la concentration des règles fiscales au sein des lois de finances est facteur d'efficacité économique**. En effet, comme les rapports *Doing Business* de la Banque mondiale le laissent entendre, l'efficacité d'un système fiscal est, parmi d'autres paramètres, fonction du nombre d'heures consacrées par les entreprises à remplir leurs obligations fiscales¹. En permettant aux acteurs de se concentrer sur une période déterminée et connue à l'avance, la concentration réduit le temps consacré à l'identification des obligations fiscales et permet également un suivi plus efficace des débats relatifs à l'adoption de telles règles. Les normes fiscales gagneraient ainsi en stabilité et en compréhension.

128. Un tel constat n'est pas nouveau. Le Rapport Fouquet indiquait déjà que « la dispersion des textes dans des projets de loi divers ne facilite pas l'élaboration d'une politique fiscale cohérente »². Pour y remédier, il envisageait plusieurs propositions :

1. Ainsi, pour le rapport 2014, une société implantée en France consacrera 132 heures annuellement à remplir ses obligations fiscales, contre 93 en Finlande, 80 en Irlande, 123 aux Pays-Bas et 110 en Grande-Bretagne.

2. Rapport O. Fouquet, préc., p. 12.

« Proposition 3 : Les dispositions fiscales des lois ordinaires cesseraient de s'appliquer au 1^{er} janvier suivant en l'absence de validation par la loi de finances.

Proposition 3 bis : Les dispositions fiscales n'entreraient en vigueur qu'après validation par la plus proche loi de finances (initiale ou rectificative).

Proposition 3 ter : Les lois de finances auraient le monopole des dispositions fiscales ».

La première proposition (« Proposition 3 ») fut jugée la plus raisonnable dans la mesure où elle conjugue l'objectif de concentration avec celui de flexibilité, puisqu'elle permet de ne pas censurer systématiquement la présence d'une règle fiscale au sein d'une loi ordinaire. Le Rapport Fouquet devait ainsi proposer l'inscription, dans la LOLF, d'un article disposant que « les dispositions législatives, instituant ou modifiant en cours d'année des impôts ou taxes dont le produit est affecté au budget de l'État et qui ne figurent pas dans une loi de finances rectificative, sont validées par la première loi de finances qui suit. À défaut, elles cessent d'être applicables au premier janvier de l'année suivante »¹.

De même, le Rapport *Réaliser l'objectif constitutionnel d'équilibre des finances publiques*² préparé sous l'égide de M. M. Camdessus relevait qu'une « des faiblesses majeures de notre législation financière réside dans l'insuffisante discipline des processus d'adoption des mesures fiscales et des mesures affectant les recettes de la sécurité sociale, en raison de la dispersion des sources d'initiative en ce domaine »³. Il estimait que cette dispersion mettait à mal en permanence les articles d'équilibre initialement adoptés. Il proposait en conséquence, pour combler cette lacune, de confier, « par une disposition constitutionnelle, une compétence exclusive aux lois financières, c'est-à-dire aux lois de finances (LF) et aux lois de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour l'adoption de toutes les dispositions relatives aux prélèvements obligatoires »⁴. En pratique, le Rapport Camdessus préconisait une modification de l'article 34 de la Constitution, comme suit :

- suppression de la mention « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures » au 5^e alinéa ;
- insertion d'un alinéa nouveau ainsi rédigé : « Dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique, les lois de finances et les lois de financement de la sécurité sociale fixent les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ».

1. *Id.*

2. M. Camdessus, *Réaliser l'objectif constitutionnel d'équilibre des finances publiques*, La Documentation française, 2010.

3. *Id.*, p. 19.

4. *Id.*

L'idée a fait florès. Lors de son allocution concluant la 2^e session de la Conférence du déficit en mai 2010¹, M. N. Sarkozy, alors Président de la République, devait ainsi proposer une réforme constitutionnelle² pour permettre, notamment, « de confier à la loi de finances la compétence exclusive sur les dispositions fiscales »³. Avant toute réforme constitutionnelle, une circulaire du Premier ministre relative à l'édiction de mesures fiscales et de mesures affectant les recettes de la sécurité sociale⁴ tenta de concrétiser ces attentes. Souhaitant « mettre un terme à la dispersion des dispositions régissant ces prélèvements entre lois de finances, lois de financement de la sécurité sociale et lois ordinaires » qui est « génératrice d'instabilité et de complexité pour les acteurs économiques », la circulaire invitait les membres du Gouvernement à « ne plus insérer de dispositions fiscales ou qui affectent les recettes de la sécurité sociale dans les projets de lois ordinaires [par eux] préparés ».

129. Pour autant, **en dépit de ces différentes préconisations qui convergent toutes vers un même objectif de concentration des dispositifs fiscaux, la situation n'a pas évolué.** Aussi, il apparaît indispensable à la Commission que les règles fiscales soient concentrées au sein des seules lois de finances. Une telle mesure, si elle a vocation à concerner en premier lieu les lois ordinaires, doit nécessairement s'appliquer aux lois de financement de la Sécurité sociale (LFSS) qui tendent à contenir de très nombreuses règles à portée fiscale. Aussi, l'objectif de cohérence en matière fiscale dicte qu'elles soient également vidées de telles règles.

La question est donc de savoir comment réaliser un tel objectif. S'il importe d'envisager un dispositif aussi efficace que réaliste, **il faut ici privilégier un mécanisme qui empêche le législateur de succomber à la « tentation fiscale » tout au long de l'année.**

Deux voies peuvent être empruntées. La première est celle préconisée par le Rapport Fouquet qui, dans sa « Proposition 3 » précitée, adopte une position relativement « flexible » en ne censurant pas systématiquement les règles fiscales prévues dans des lois ordinaires. La seconde est celle du Rapport Camdessus qui, plus « strict », ne laisse pas de place à une validation ultérieure des règles fiscales contenues dans des lois ordinaires.

Le Rapport Fouquet avait jugé l'hypothèse d'un monopole strict difficile à imposer pour des raisons pratiques car il ne paraissait guère réaliste de brider l'initiative du législateur⁵.

1. N. Sarkozy, Conclusion de la 2^e session de la Conférence sur le déficit, allocution du 20 mai 2010.

2. E. Royer, Une réforme constitutionnelle pour l'équilibre des finances publiques ?, AJDA 2010, 1050 ; S. Brondel, Equilibre des finances publiques : vers la Constitutionnalisation d'une loi-cadre quinquennale ?, Dalloz actualité, 6 juillet 2010.

3. N. Sarkozy, préc.

4. Circulaire du 4 juin 2010 relative à l'édiction de mesures fiscales et de mesures affectant les recettes de la sécurité sociale (NOR : PRMX1015484C).

5. Rapport O. Fouquet, préc., p. 12.

La Commission considère au contraire nécessaire de mettre en place un « monopole strict » des lois de finances. La solution contraire, à savoir la mise en place d'un « monopole flexible », ferait sans nul doute persister l'éclatement du débat fiscal à l'encontre de l'objectif recherché. L'éventuelle consultation publique au moment de la validation de la règle fiscale par la loi de finances ne pourrait en effet remplir véritablement son rôle dès lors que la règle fiscale sera déjà applicable. De même, le gain en termes de cohérence risquerait d'être limité dès lors que l'adoption des règles fiscales pourrait demeurer éclatée. Enfin, la dissémination subsisterait en sorte que les acteurs économiques devraient toujours consacrer les mêmes moyens à la compréhension des dispositifs fiscaux.

Si une telle mesure peut être regardée comme une limitation de l'initiative parlementaire, elle doit être mise en perspective avec la **Proposition n° 37** de la Commission tendant à l'abrogation de l'article 40 de la Constitution¹.

130. Pour permettre cette évolution, il est nécessaire, comme le mentionnait déjà le Rapport Camdessus, de procéder à une révision de l'article 34 de la Constitution. Il est même possible de reprendre en partie la formulation du Rapport Camdessus en insérant au sein de l'article 34 précité, un nouvel alinéa comme suit : « Dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique, *les lois de finances* fixent les règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ».

131. La démarche de concentration préconisée par la Commission ne peut porter sur la seule production législative. **Il est indispensable que l'administration adhère également, dans son ensemble, à cette exigence de concentration qui, seule, permettra d'obtenir un droit fiscal cohérent et donc durable.** Or, à l'heure actuelle, le droit fiscal est le plus parfait exemple d'éclatement administratif qui engendre un « droit bureaucratique » dont on a déjà fait la critique. Ainsi, du côté de l'administration, la Direction de la législation fiscale est loin d'avoir le monopole de la rédaction des dispositions fiscales qui figurent dans les projets de loi : de très nombreux bureaux – de Bercy ou d'autres ministères² – interviennent, dans leurs micro-domaines, sans que cela soit intégré dans une vision d'ensemble claire et cohérente.

Le maintien de cet éclatement entamerait substantiellement l'intérêt de la concentration des règles fiscales au sein des seules lois de finances. La Commission estime donc nécessaire qu'une démarche de concentration intervienne également au sein de l'administration, afin qu'un interlocuteur unique soit identifié

1. À cette revalorisation de l'initiative parlementaire, il faut ajouter le fait que puisque le « monopole strict » proposé ne renvoie pas aux seules lois de finances initiales mais également aux lois de finances rectificatives qui ponctuent l'année (en 2014, comme en 2013, on compte une loi de finances rectificatives contre trois pour 2012, quatre pour 2011 ou 2010), le Parlement pourra légiférer à plusieurs reprises en matière fiscale au cours de l'année.

2. Tous les ministères ont vocation à édicter des règles à portée fiscale : fiscalité du cinéma, fiscalité de l'environnement etc.

du côté de l'administration – comme ce sera le cas du côté du Parlement. En pratique, la Direction de la législation fiscale pourrait assurer ce rôle, ce qui l'amènera à envisager l'ensemble des propositions de dispositions émanant des différents ministères afin d'assurer la cohérence globale du système fiscal.

Proposition n° 35 : Procéder à une réforme constitutionnelle afin que les règles fiscales soient l'apanage des lois de finances.

Proposition n° 36 : Engager une démarche de concentration au sein de l'administration sous l'égide de la Direction de la législation fiscale.

II

Abroger l'article 40 de la Constitution

132. S'il est nécessaire de concentrer les règles fiscales au sein des seules lois de finances afin de leur conférer une certaine cohérence, cette mesure ne doit pas conduire à la disparition pure et simple de l'initiative parlementaire en matière budgétaire. Celle-ci est d'ailleurs déjà substantiellement entamée par l'article 40 de la Constitution, l'un des symboles du parlementarisme rationalisé, qui prévoit que « Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique ». Cette disposition pose en effet une interdiction relative de diminuer *les* ressources publiques et une interdiction absolue de créer ou d'augmenter *une* charge publique¹. Ainsi, alors qu'un parlementaire peut proposer la diminution d'une recette publique à la condition de proposer corrélativement l'augmentation d'une autre recette², il est strictement prohibé de proposer la création ou l'aggravation d'une charge publique existante, peu importe la compensation qui pourrait résulter d'une augmentation des recettes ou encore de la diminution d'une autre charge.

Ce principe d'irrecevabilité financière qui s'applique aux propositions et amendements formulés par les députés et sénateurs prévient toute initiative parlementaire en matière budgétaire ou, lorsque cette dernière s'exerce, fait peu de cas des propositions manifestement incompatibles avec la trajectoire des finances publiques. Ainsi, lors de l'examen du projet de loi sur la Modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, c'est une centaine d'amendements qui n'a pas passé le test de la recevabilité financière, ce qui n'a pas manqué de susciter les critiques de certains parlementaires³.

1. On retrouve peu ou prou ce principe dans le Règlement de la Chambre des députés de 1920, à l'article 17 de la Constitution de 1946 ou *via* la règle des *maxima* contenue dans bon nombre de lois budgétaires de la IV^e République.

2. Cette compensation est communément désignée sous le terme de « gage ». Ce gage est en pratique largement fictif puisque lorsque l'amendement ou la proposition de loi est adopté, le Gouvernement lève le gage dans la plupart des hypothèses. En conséquence, seule la baisse des recettes voit le jour.

3. V. le Communiqué de Presse rédigé par M.-F. Bechtel, C. da Silva, P. Doucet, P. Mennucci et S. Travert du 16 juillet 2013 qui réclamait que le Président de la

Il n'est donc guère surprenant que les initiatives visant à remettre en cause l'article 40 de la Constitution fleurissent. Le Comité Balladur avait ainsi proposé une modification de cette disposition afin qu'elle soit rédigée en ces termes : « Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit une aggravation des charges publiques »¹. La modification soulignée conduisait à autoriser, pour les dépenses budgétaires, le principe de compensation, ce qui aurait permis aux parlementaires de proposer l'aggravation d'une charge publique existante dans la mesure où une autre serait diminuée. Cette proposition, revalorisant l'initiative parlementaire en matière fiscale, ne fut pas adoptée lors de la réforme constitutionnelle de 2008. Pourtant, dans une tribune ayant fait date, les présidents des Commissions des Finances de l'Assemblée nationale et du Sénat, MM. D. Migaud et J. Arthuis, avaient lancé un message clair au constituant : « Supprimons l'article 40 »². Les deux parlementaires avaient alors mis en lumière les effets pervers de l'application de l'article 40 de la Constitution : outre son efficacité douteuse – la dette publique n'est guère contrôlée par l'application de l'article 40 puisque seulement 4 % à 8 % des amendements parlementaires sont déclarés recevables, il transforme les députés et sénateurs en spécialistes de l'arithmétique : ils sont systématiquement à la recherche de compensations lorsqu'ils entendent modifier une recette publique et sont pieds et poings liés lorsqu'ils souhaitent créer une nouvelle dépense publique. C'est cette démission forcée que MM. D. Migaud et J. Arthuis stigmatisaient en notant que « loin de responsabiliser les parlementaires en les rendant attentifs à la dépense publique, l'article 40 les a tenus en marge de leurs obligations »³, observant ainsi « qu'on ne peut aujourd'hui sans hypocrisie parler de revalorisation des droits du Parlement tout en conservant intact l'article 40 de la Constitution »⁴.

Faisant écho aux attentes exprimées par les parlementaires des deux Chambres, une proposition de loi constitutionnelle enregistrée à la Présidence du Sénat le 29 mai 2012 prévoyait, dans un article unique, que « L'article 40 de la Constitution est abrogé »⁵. Alors même que l'exposé des motifs mentionnait que cette

commission des Finances s'explique devant l'ensemble des députés quant aux méthodes qu'il applique pour procéder au contrôle de la recevabilité financière.

1. Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, préc., p. 43 (on souligne).

2. D. Migaud et J. Arthuis, Réforme de la Constitution : supprimons l'article 40, *Le Monde*, 16 mai 2008.

3. *Id.*

4. *Id.*

5. Proposition de loi constitutionnelle n° 569 portant abrogation de l'article 40 de la Constitution, enregistrée à la Présidence du Sénat le 29 mai 2012, présentée par Mmes Nicole Borvo-Cohen-Seat, Marie-France Beaufils, Éliane Assassi, MM. Christian Favier, Éric Bocquet, Thierry Foucaud, Michel Billout, Mmes Laurence Cohen, Cécile Cukierman,

mesure relèverait du « service minimum démocratique »¹, la proposition ne fut jamais examinée.

133. Le présent rapport préconisant la concentration des règles fiscales au sein des seules lois de finances, **l'abrogation de l'article 40 de la Constitution, plus qu'un service minimum démocratique, apparaît comme un impératif démocratique.** Dans la mesure où l'élaboration des lois de finances échappe substantiellement aux parlementaires, ne pas leur faciliter l'usage de leur droit d'amendement en matière budgétaire remettrait en cause l'équilibre des institutions. Par conséquent, la Commission préconise que la révision constitutionnelle instaurant un monopole strict des lois de finances en matière fiscale abroge également l'article 40 de la Constitution².

La suppression de l'article 40 de la Constitution doit toutefois être contrebalancée par la mise en place d'un certain contrôle interne³. Il paraît ainsi opportun de créer une Commission de recevabilité des amendements en matière budgétaire, composée de parlementaires représentant la majorité et l'opposition. Concrètement, les parlementaires porteurs de textes devront présenter devant la Commission une évaluation des conséquences financières des amendements proposés et le Gouvernement sera tenu de présenter une évaluation chiffrée s'il entend s'opposer à un amendement, à défaut, ce dernier sera automatiquement recevable.

Proposition n° 37 : Abroger l'article 40 de la Constitution afin de sauvegarder l'initiative parlementaire en matière budgétaire.

Proposition n° 38 : Créer une Commission de recevabilité des amendements parlementaires en matière budgétaire, composée d'un nombre restreint de parlementaires, devant laquelle :

- Les parlementaires porteurs d'amendements devront fournir une évaluation des conséquences financières de leurs amendements ; et
- Le Gouvernement, pour s'opposer à la recevabilité d'un amendement, devra fournir une évaluation chiffrée.

Annie David, Michelle Demessine, Évelyne Didier, M. Guy Fische, Mme Brigitte Gonthier-Maurin, MM. Robert Hue, Gérard Le Cam, Michel Le Scouarnec, Mmes Isabelle Pasquet, Mireille Schurch, MM. Paul Vergès et Dominique Watrin.

1. *Id.*, p. 4.

2. La solution préconisée par le Comité Balladur, qui favorisait davantage l'initiative parlementaire en autorisant l'aggravation d'une charge publique en cas de compensation, ne fut pas retenue car elle aurait pu conduire les parlementaires à imaginer des montages budgétaires complexes et pas nécessairement efficaces.

3. J.-F. Kerléo, Plaidoyer en faveur d'une réforme de l'article 40 de la Constitution, RFDC 2014, n° 99, 507, spéc. 523 s.

III

Systematiser le recours à la concertation publique lors de l'élaboration des dispositifs fiscaux

134. L'ouverture du processus d'élaboration de la norme fiscale aux contribuables, entreprises comme particuliers, fait partie des propositions récurrentes formulées ces dernières années.

Le Conseil des Impôts, après avoir relevé que la faible association des contribuables à l'élaboration des règles fiscales pouvait être considérée « comme la cause ou la conséquence de la faiblesse du débat public sur les sujets fiscaux dans notre pays »¹, préconisait ainsi une meilleure organisation de leur consultation en s'inspirant notamment des systèmes anglais et américain. Ces derniers bénéficient en effet du concours d'organismes indépendants chargés de produire des analyses sur les questions fiscales². De manière encore plus déterminante, le Rapport Fouquet envisageait de développer la concertation publique à travers l'engagement « du Gouvernement de procéder à une consultation ouverte, débutant trois mois avant son dépôt au Parlement, sur tout texte fiscal figurant dans une loi de finances, assortie de la présentation d'une étude d'impact »³. De même, il préconisait « d'inscrire dans la LOLF que les dispositions de nature fiscale qui n'auraient pas été annoncées au plus tard trois mois avant le dépôt au Parlement de la loi de finances les contenant (c'est-à-dire en pratique début juin) ne seraient applicables qu'à compter de l'année suivante, sauf motif d'intérêt général suffisant, urgence ou contrainte budgétaire »⁴.

135.-. La concertation publique a des effets bénéfiques sur la législation fiscale. Elle constitue ainsi une aide précieuse pour ceux qui préparent les textes fiscaux car elle permet « d'identifier avant l'adoption de la loi les éventuelles difficultés d'application et les conséquences aujourd'hui non prévues d'un projet

1. Conseil des Impôts, préc., p. 97.

2. Le rapport préconisait en définitive de « renforcer dans notre pays les moyens d'étude et de réflexion en matière de fiscalité » (p. 98).

3. Rapport O. Fouquet, préc., p. 16 (Proposition 5).

4. *Id.*

de loi »¹. Elle assure également aux contribuables une meilleure compréhension de la loi fiscale dans la mesure où ils y ont été associés le plus tôt possible.

À l'inverse, l'absence de concertation publique conduit à l'adoption de dispositifs dont la mise en œuvre peut se révéler défectueuse.

La modification du régime du report déficitaire en avant

Aux termes de l'article 209-1 du Code général des impôts, lorsqu'un exercice est déficitaire, le déficit est déduit du bénéfice fiscal du prochain exercice.

Ce régime a récemment connu un certain durcissement sans qu'une concertation publique efficace n'ait précédé cette évolution. Malgré l'organisation de réunions techniques par la Direction de la législation fiscale, les protagonistes de cet embryon de consultation ont regretté son urgence.

De fait, certaines propositions ont été rejetées alors qu'elles auraient nécessairement permis d'éviter les dysfonctionnements aujourd'hui reprochés au dispositif fiscal. En effet, le nouveau régime, issu de l'article 24 de la Loi de finances pour 2013 prévoit que la part variable du report déficitaire en avant est abaissée de 60 % à 50 % du bénéfice excédant 1 million d'euros. Or, ce durcissement entraîne des situations économiquement anormales : une société effectue une provision de 10 millions d'euros, laquelle engendre un déficit fiscal de 10 millions d'euros ; si cette provision est reprise lors de l'exercice suivant, elle s'analyse comme un bénéfice fiscal sur lequel le déficit ne s'impute alors que pour une partie alors que la société n'a pas dégagé de profit économique.

Il est certain que la conduite d'une véritable concertation publique aurait permis de détecter ces dysfonctionnements techniques. Concrètement, des dispositions dérogatoires auraient pu être intégrées afin que la modification du report déficitaire ne s'applique pas en cas de provision.

Si certains dispositifs ont pu être adoptés sans qu'une concertation ne soit intervenue, d'autres firent l'objet d'une concertation publique effective. À ce titre, le rapport de la Commission de réforme de la taxe professionnelle présidée par M. O. Fouquet, qui a permis « de mener à bien la réforme de l'automne 2009 »², est souvent cité en exemple. Comme le montre la liste des principales contributions remises à la Commission, dix entreprises majeures (Vivendi Universal, Air Liquide, Carrefour, Veolia Environnement, Accor, etc.), plusieurs collectivités territoriales (Communauté urbaine de Bordeaux, Communauté d'agglomération de Grenoble Alpes Métropole, Communauté urbaine de Lille Métropole, etc.), diverses organisations socio-professionnelles (Confédération générale du travail, Ordre des experts-comptables, Paris Europlace, Fédération française des sociétés d'assurance, etc.), des experts et, enfin, des administrations (Direction générale des impôts, Agence française pour les investissements internationaux) ont pu

1. *Id.*

2. J.-P. Lieb, préc., 57.

présenter leurs contributions en vue d'une réforme de la taxe professionnelle. Néanmoins, la concertation publique précédant l'adoption d'un dispositif fiscal ne doit pas nécessairement faire l'objet d'une publication particulière, le dialogue entre l'administration fiscale et les contribuables pouvant être moins formel. La transposition de l'arrêt *Papillon* de la CJUE est un exemple de concertation informelle menée par les pouvoirs publics.

La transposition de l'arrêt *Papillon* de la CJUE

Dans l'arrêt *Papillon*, la Cour de justice de l'Union devait déclarer l'ancien article 223 A du Code général des impôts incompatible avec la liberté d'établissement en ce qu'il exige, pour qu'une sous-filiale puisse être incluse dans un groupe fiscal, que sa société mère soit établie en France. L'administration fiscale organisa alors une consultation de place complète et efficace : production d'une note initiale par l'administration expliquant les orientations de principe retenues, échanges informels sur les points techniques soulevés, réunions organisées par la Direction de la Législation Fiscale (DLF) et, enfin, participation de représentants de l'administration fiscale à de nombreuses conférences afin d'effectuer un travail de pédagogie autour du dispositif proposé. L'article 33 de la loi de finances rectificatives pour 2009, modifiant l'article 223 A précité, pour que celui-ci soit compatible avec la liberté d'établissement telle que présentée par la CJUE dans sa décision *Papillon*, en est le résultat.

Ces échanges ont permis d'aboutir à des textes répondant à la fois au souci de l'administration d'éviter les doubles déductions fiscales ou des abus potentiels et celui des entreprises d'éviter des textes anti-abus « balai » sanctionnant des situations justifiées économiquement, c'est-à-dire ne créant pas des situations de double déduction.

136. Aussi réelle soit-elle¹, cette concertation publique demeure informelle et non systématique. Elle présente, en conséquence, plusieurs inconvénients. Tout d'abord, elle exclut un nombre considérable de contribuables. Les particuliers, bien que représentés en principe par les parlementaires se trouvent ainsi évincés. La situation est évidemment anormale dans la mesure où leur consultation est effective dans d'autres secteurs d'activité², mais aussi infondée lorsqu'ils sont les premiers concernés par l'élaboration d'une norme qu'ils auront à appliquer. De même, les entreprises et organismes professionnels qui ne sont pas structurés pour influencer sur le débat parlementaire sont le plus souvent évincés de la concertation informelle³. Dès lors, le législateur se trouve privé du concours d'acteurs

1. Le Rapport Fouquet indique qu'un « sondage réalisé en 2007 auprès de grandes entreprises [fait apparaître que] 33 % des chefs d'entreprise (contre seulement 17 % en 2000) estimaient avoir connaissance des changements de la loi fiscale en cours dans leur domaine d'activité avant l'annonce publique » (Sondage réalisé par Ernst & Young sur la gouvernance budgétaire et fiscale).

2. Pour une comparaison avec le crédit et le secteur bancaire en général, v. Conseil des impôts, préc., p.54.

3. Conseil des Impôts, préc., p. 53.

pouvant repérer les éventuels défauts des dispositifs proposés. Au surplus, une concertation partielle est souvent une concertation partielle. Elle contribue au développement du lobbying fiscal qui, privilégiant certains intérêts, engendre une complexification de la matière et « l'émiettement du droit fiscal »¹.

137. Dès lors, parce que la concertation permet une meilleure adaptation des entreprises et particuliers aux nouvelles normes fiscales, une mise en œuvre efficace des dispositifs adoptés et une rédaction plus aisée des instructions fiscales, il est indispensable d'aboutir à une concertation plus générale et transparente.

138. Cette volonté d'ouverture fut déjà formulée au sujet de ces instructions fiscales.

L'ouverture à la concertation publique de l'élaboration des instructions fiscales

Les instructions fiscales sont indispensables à la sécurité juridique. Elles contribuent à une application prévisible et homogène des dispositions votées en fournissant aux agents de l'administration fiscale et aux contribuables d'utiles précisions sur l'interprétation des textes fiscaux².

Toutefois, on reprochait aux instructions le manque de transparence de leur procédure d'élaboration. Comme le notait un rapport relatif aux instructions fiscales, « l'administration n'annonce pas quelles seront les dispositions [légales] qui feront l'objet de commentaires³ » et « le processus d'élaboration des instructions conserve une certaine opacité⁴ ». De même, les délais parfois excessifs entre l'entrée en vigueur de la loi et la publication de l'instruction étaient critiqués. Ce retard, causé par le nombre croissant de dispositions à commenter et le manque de qualité de la norme initiale, était évidemment préjudiciable pour les contribuables et les agents de l'administration.

En conséquence, le rapport précité devait recommander la communication en amont « des dispositions qui seront et ne seront pas commentées⁵ » et l'organisation de consultations publiques portant sur les projets d'instructions. S'il admettait que cette concertation impliquerait « pour les services un lourd travail de traitement et de prise en compte des contributions, avec un risque de frustration résultant de l'absence de réponse individuelle⁶ », le rapport retenait surtout que cet effort permettrait de limiter les risques de retouches ultérieures de l'instruction.

Au lendemain de sa publication, le ministère des Finances annonçait la mise en œuvre immédiate de ses principales recommandations. Outre la « publication immédiate de la liste des articles de la loi de finances pour 2010 et de la troisième loi de finances rectificative pour 2009 qui feront l'objet d'un commentaire, ainsi que du calendrier prévisionnel de publication des instructions correspondantes », le communiqué

1. A. Tunc, Le droit en miettes, Archives de philosophie du Droit 1977, t. 22, 31.

2. M.-C. Lepetit, Instructions fiscales : plus de transparence pour plus de sécurité, préc.

3. C. Bouvier, G. Carrez, O. Fouquet et B. Gibert, préc., p. 8.

4. *Id.*

5. *Id.*, p. 10.

6. *Id.*, p. 11.

annonçait « la mise à la consultation publique de l'instruction relative à l'imposition forfaitaire sur les entreprises de réseaux ».¹

De nombreux projets d'instructions font ainsi l'objet d'une consultation publique sur le site internet de l'administration fiscale (www.impots.gouv.fr).

Toutefois, la consultation n'apparaît pas systématique et semble réservée aux sujets les plus délicats. En outre, on ne dispose pas à l'heure actuelle de données précises quant à son impact sur l'élaboration des instructions.

Il demeure que ces évolutions ont amélioré la qualité des instructions fiscales et ont un effet psychologique non négligeable. On a ainsi justement souligné que « s'il paraît utopique d'imaginer le contribuable profane participer activement à la consultation (...) la démarche devrait contribuer à l'amélioration des relations entre les services fiscaux et les contribuables ».²

L'organisation d'une concertation publique lors de l'élaboration des lois fiscales gagnerait à s'inspirer de l'exemple précédemment cité. Plus encore, la concertation ne paraît plus optionnelle quand certaines réformes sont envisagées. La fronde menée par les entrepreneurs ayant pris le nom de « pigeons » en fin d'année 2012 illustre particulièrement la nécessité de porter publiquement les dispositifs fiscaux envisagés. Lors de l'automne 2012, le Gouvernement a voulu soumettre au barème de l'impôt sur le revenu la plus-value dégagée par les entrepreneurs qui cédaient leurs entreprises, ce qui revenait à imposer à hauteur de 60,5 % la plus-value réalisée. **L'absence de concertation en amont a conduit à une fronde très médiatisée d'entrepreneurs. Face à l'ampleur de la mobilisation, le Gouvernement a fait marche arrière pour lancer une concertation étroite avec les acteurs économiques à l'occasion des Assises de l'entrepreneuriat, qui a débouché sur de nouvelles dispositions beaucoup mieux acceptées.**

La Commission préconise donc la mise en place d'une consultation publique formelle et systématique en matière fiscale, laquelle vise ici, par hypothèse, les seules lois de finances qui doivent concentrer la législation fiscale.

Proposition n° 39 : Soumettre à la consultation publique les projets de lois de finances.

139. Comme le préconisait le Rapport Fouquet³, la consultation débiterait trois mois avant le dépôt au Parlement du projet de loi de finances. Ce délai permettrait la tenue d'un véritable dialogue entre, d'un côté, les acteurs publics et économiques et, de l'autre, ceux qui sont à l'initiative des dispositifs fiscaux.

Les modalités pratiques de cette consultation pourraient se rapprocher de celles des instructions fiscales. **Les projets de dispositifs fiscaux seraient ainsi**

1. *Id.*

2. G. Noël, préc.

3. Rapport O. Fouquet, préc., p. 16.

publiés sur le site « www.impots.gouv.fr » en étant accompagnés d'une notice informative précisant le délai pour répondre, le destinataire de la réponse et éventuellement un questionnaire précis afin d'orienter les remarques des contribuables. En d'autres termes, il sera nécessaire d'avoir recours, comme outre-Manche, à des « *Green papers* », afin de stimuler les discussions sur un point précis, ou à des « *White papers* » qui contiennent, eux, des propositions formelles de règles fiscales pour lesquelles l'administration entend recevoir des avis et commentaires.

L'organisation de la consultation publique nécessitera la mobilisation de moyens humains et financiers¹. Toutefois, la Commission insiste sur le fait que les moyens « perdus » en consultation publique préalable seront largement « gagnés » en application : une loi fiscale de meilleure qualité permet une préparation plus rapide des instructions fiscales et limite le risque de contentieux ultérieurs, lesquels représentent un coût pour les finances publiques.

Quant à l'efficacité de la consultation publique préconisée, l'expérience des instructions fiscales laisse entendre que son apport est « probablement assez modeste »². Néanmoins, un tel constat ne doit pas nécessairement être transposé à la question des lois fiscales, lesquelles attirent davantage l'attention des contribuables que les instructions fiscales. En outre, **la mise en place d'un « monopole strict » des lois de finances en matière fiscale³ permettant la concentration du débat fiscal permettra davantage aux contribuables, surtout ceux initialement exclus de ce débat, d'y participer efficacement.** Enfin, l'efficacité des consultations publiques étant fonction de la culture participative des contribuables, la formalisation de ces consultations entraînera nécessairement le développement de cette culture.

140. La formalisation de la concertation publique en matière fiscale nécessite toutefois des modifications structurelles. Une entité *ad hoc* doit organiser le débat en matière fiscale. Concernant le rescrit, le Rapport Gibert, avait mis en lumière les avantages que pourrait procurer la création d'une cellule *ad hoc* au sein de la DGFIP⁴ : diffusion de bilans quantitatifs et qualitatifs, organisation administrative des procédures, contrôle interne de la qualité et de l'homogénéité, communication auprès d'acteurs potentiellement intéressés par le dispositif mis en place, etc. Si la proposition visait les seuls rescrits, elle est également transposable à la concertation publique. **La Commission estime donc primordiale la création d'une cellule, rattachée à la Direction de la législation fiscale, se consacrant au pilotage de la concertation publique en matière fiscale.** Cette « cellule concertation publique » aurait donc pour fonction de diffuser

1. Comme évoqué *supra*, le rapport relatif aux instructions fiscales relevait déjà que l'organisation d'une consultation publique « impliquerait pour les services un lourd travail de traitement et de prise en compte des contributions » (p. 11).

2. G. Noël, préc., n° 24.

3. V. *supra*, **Proposition n° 35.**

4. Rapport B. Gibert, préc., p. 22 s.

sur « www.impots.gouv.fr » les projets de dispositifs fiscaux légaux, de recevoir et traiter les réponses des contribuables et, parallèlement, de développer une véritable activité de communication afin de stimuler la culture participative des contribuables¹. Cette dernière mission est indispensable puisqu'elle permettra aux contribuables de mesurer l'efficacité des consultations réalisées et, le cas échéant, les incitera à participer davantage.

Proposition n° 40 : Créer une cellule dédiée au pilotage de la concertation publique en matière fiscale.

141. Afin d'inciter les contribuables à participer à l'élaboration des lois en matière fiscale, le projet du dispositif légal doit être accompagné du projet d'instruction fiscale. Ainsi, les contribuables pourront être conjointement consultés au sujet du texte fiscal et de son instruction, cette mesure permettant également d'assurer une certaine continuité entre le texte légal et l'instruction. De même, on aboutirait à une publication rapide, voire immédiate, de l'instruction fiscale.

Logiquement, la gestion de la consultation publique en matière d'instruction fiscale doit également être confiée à la « cellule concertation publique » dont la création est proposée par la Commission. Si cette seconde mission risque encore un peu plus d'alourdir sa charge de travail, elle rendra encore plus effective la phase d'application du texte fiscal.

Proposition n° 41 : Ouvrir à la consultation publique les projets d'instructions relatives à une loi fiscale au même moment où cette loi est soumise à la consultation publique et en confier l'organisation à la « cellule concertation publique ».

1. Outre l'établissement d'un rapport d'activité annuel faisant notamment apparaître le nombre de projets soumis à la consultation, le nombre de réponses reçues et le nombre de dispositions modifiées à la suite de ces réponses, la cellule pourrait organiser des rencontres plus ou moins formelles portant sur la procédure de consultation afin d'améliorer cette dernière.

IV

Réguler la rétroactivité des règles fiscales

142. La rétroactivité en matière fiscale peut prendre diverses formes. En tout premier lieu, la notion renvoie à ce que l'on a pu dénommer la « rétrospectivité » des lois de finances car ces dernières, bien que non rétroactives en principe, peuvent être ressenties comme telles en ce qu'elles régissent l'année déjà écoulée. Le fait générateur de l'impôt étant, en principe, en ce qui concerne l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés, le 31 décembre de l'année d'imposition et la loi de finances disposant pour cette même année, une disposition fiscale peut être applicable à une situation née antérieurement. Cette rétroactivité de fait, également appelée « petite rétroactivité »¹, est préjudiciable pour le contribuable qui pensait, toute l'année durant, être soumis au régime antérieur. On y voit un « tour de passe-passe législatif »².

En second lieu, il convient d'évoquer l'hypothèse de la rétroactivité économique³. Ici encore, sans être juridiquement rétroactives, certaines mesures peuvent venir modifier le régime fiscal de situations déjà nées. Par exemple, l'abrogation d'un régime fiscal favorable qui n'avait pas encore atteint son échéance n'est pas juridiquement rétroactive, certes, mais remet en cause les calculs sur lesquels les contribuables ont fondé leurs décisions économiques.

En dernier lieu, la rétroactivité des dispositions fiscales peut être, cette fois-ci, juridique⁴. Des objectifs ponctuels peuvent, sous un strict contrôle du Conseil constitutionnel, appeler l'adoption d'un dispositif juridique rétroactif : atténuation des effets du délai séparant l'annonce d'une mesure et son adoption effective, corrections d'éventuelles malfaçons du texte initial ou encore validation d'impositions passées dont la légalité est remise en cause devant les juridictions⁵.

1. O. Fouquet, La rétroactivité des lois fiscales, *Rev. admin.* 1994, 140.

2. F. Douet, *préc.*, n° 8.

3. Rapport B. Gibert, *préc.*, p. 74 s.

4. Comme le rappelle le rapport Gibert, « la loi fiscale rétroactive se caractérise (...) par le fait qu'elle dispose non seulement pour l'avenir, mais également pour le passé : elle s'applique à des faits générateurs d'imposition qui sont déjà intervenus quand elle est adoptée » (p. 66).

5. La validation permet alors d'éviter la situation où l'illégalité d'une imposition donnée conduirait à des décharges massives.

143. Selon la forme qu'elle prend, **la rétroactivité des dispositions fiscales est critiquée dès lors qu'elle méconnaît les anticipations des contribuables, entame substantiellement la sécurité à laquelle ils aspirent et, partant, porte atteinte à l'initiative économique**¹. De très nombreux rapports consacrés à la sécurité fiscale sont venus en dénoncer les manifestations et les méfaits. Le Conseil des Impôts, dans son ^{xx}e rapport au Président de la République, estimait que la stabilité de la norme était « la revendication la plus courante en matière de sécurité fiscale »² et qualifiait cette exigence de « légitime » car « la stabilité de l'environnement législatif et réglementaire est un élément important de la visibilité à moyen terme de tous les agents économiques et donc du bon développement de leurs activités »³. De même, le Rapport Gibert mettait vivement en cause la rétroactivité de certaines règles fiscales en relevant que la « non rétroactivité de la norme fiscale constitue un élément fondamental de la sécurité juridique »⁴ et que « la France a une réputation particulièrement mauvaise en ce qui concerne la rétroactivité de la loi fiscale : la quasi-totalité des interlocuteurs de la mission représentant les entreprises a mis ce point en exergue et souligné l'importance qui s'attache à y remédier »⁵. Enfin, le Rapport Fouquet a pu dresser un constat similaire en mentionnant le fait que, si la plupart des dispositifs rétroactifs sont favorables aux contribuables, la rétroactivité fiscale demeure critiquée. En effet, outre le fait que les rares dispositifs défavorables marquent substantiellement les contribuables, **la probabilité même qu'une règle rétroactive existe semble influencer la perception des acteurs économiques**.

La doctrine, elle aussi, n'a pas manqué de critiquer la rétroactivité des dispositifs fiscaux. Maurice Cozian écrivait ainsi, au sujet de la petite rétroactivité, que son existence revenait à dire aux contribuables : « Jouez d'abord, on vous donnera les règles du jeu à la fin de la partie ! »⁶. De la même manière, M. J. Turot a pu en rapporter les conséquences, soulignant qu'on ne peut « s'étonner que des entreprises, françaises comme étrangères, évitent d'effectuer certaines opérations en France lorsque leurs conseils leur expliquent que le traitement fiscal de ces opérations risque de n'être connu qu'*a posteriori*, ou de changer en cours d'opération »⁷.

1. À ce titre, le Rapport Fouquet rappelait que l'instabilité de la norme arrive largement en tête des préoccupations des dirigeants d'entreprise : elle est citée par 64 % d'entre eux et par 72 % des fiscalistes (p. 7).

2. Conseil des Impôts, préc., p. 68.

3. *Id.*

4. Rapport B. Gibert, préc., p. 65.

5. *Id.* Le Rapport cite également les propos du Président O. Fouquet qui écrivait que « les avocats ou conseils spécialisés en droit fiscal sont unanimes à dénoncer les conditions d'application dans le temps des lois fiscales françaises : aux yeux de leurs clients étrangers, la rétroactivité des lois fiscales donne à la France, cet "État de droit" des discours officiels, l'image d'une République bananière » (O. Fouquet, préc.).

6. M. Cozian, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38^e éd., 2013, p. 18.

7. J. Turot, *Moins de laine ou plus de moutons ?*, Dr. fisc. 1996, n° 3, chron. 4 ; V. déjà, du même auteur, *Les lois fiscales rétroactives*, RJF 1990, 655.

144. Les propositions visant à limiter et encadrer la rétroactivité des mesures fiscales figurent dans de nombreux rapports.

Le rapport du Conseil des Impôts a ainsi estimé qu'il « semblerait plus naturel d'inverser le principe qui prévaut aujourd'hui : les lois de finances ne s'appliqueraient qu'aux exercices commencés après leur entrée en vigueur, sauf disposition expresse »¹. À ce titre, il a préconisé la création d'un code de conduite que le Parlement et le Gouvernement devraient respecter. De même, il a recommandé la modification de l'article 34 de la Constitution afin « de préciser que les règles relatives à l'assiette et au taux des impositions ne peuvent être rétroactives, sauf dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique »².

Le Rapport Gibert, dans une analyse détaillée, a estimé que « la suppression de la "petite rétroactivité" n'est pas envisageable »³ dans la mesure où les initiatives fiscales se trouveraient systématiquement décalées d'une année. Une telle suppression « affaiblirait considérablement la réactivité de la politique fiscale »⁴. De même, l'idée de restreindre la prohibition de la petite rétroactivité à certaines hypothèses précises (règles d'assiette et non de taux ; règles d'imposition du résultat exceptionnel et non du résultat courant) n'a pas été retenue par les auteurs du rapport du fait de sa complexité. En revanche, il a proposé de restreindre davantage la rétroactivité économique⁵ en trouvant un « équilibre entre éviter les perturbations indues des opérations économiques et ne pas pouvoir faire évoluer la fiscalité »⁶. Le rapport proposait ainsi d'interdire la remise en cause des dispositifs fiscaux incitatifs limités dans le temps, la durée de ces dispositifs devant être raisonnable (trois à cinq ans). Quant à la mise en œuvre d'une telle prohibition, les auteurs du rapport préconisaient deux voies possibles : l'engagement politique solennel, qui souffre d'un manque de sanction juridique en cas d'éventuelle violation ou le texte qui, bien que contraignant, pourrait conduire au maintien d'un dispositif dont le coût se révèle être, *a posteriori*, disproportionné. Enfin, quant à la rétroactivité juridique⁷, le rapport entendait restreindre l'utilisation des lois fiscales rétroactives, une telle évolution constituant « certainement un signal très fort en direction des entreprises étrangères susceptibles d'investir en France, qui se verraient ainsi offrir des gages très appréciables de renforcement de leur sécurité juridique au regard de la loi fiscale »⁸. Partant, il devait proposer de limiter la rétroactivité des règles fiscales aux hypothèses où elle se fonde sur un intérêt général « suffisant », voire « impérieux »⁹.

1. Conseil des Impôts, préc., p. 117.

2. *Id.*

3. Rapport B. Gibert, préc., p. 77.

4. *Id.*

5. *Id.*, p. 80 s.

6. *Id.*, p. 81.

7. *Id.*, p. 78 s.

8. *Id.*, p. 79.

9. Quant à la forme de cette mesure, ici encore le rapport hésite entre l'engagement solennel du Gouvernement et le texte contraignant.

Le Rapport Fouquet, à sa suite, a voulu limiter la rétroactivité des dispositifs fiscaux¹. Relevant que la révision constitutionnelle de 2008 n'avait pas intégré la proposition du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République qui prévoyait d'ajouter à l'article 34 de la Constitution l'alinéa suivant : « Sauf motif déterminant d'intérêt général, la loi ne dispose que pour l'avenir »², le Rapport Fouquet a entendu aller plus loin. En effet, le principe de non-rétroactivité ne permettant pas de réguler la rétroactivité de fait, le rapport a proposé d'introduire dans le préambule de la Constitution le principe de sécurité juridique³ ou encore le principe de non-rétroactivité pour les dispositifs défavorables ne poursuivant pas un but d'intérêt général suffisant⁴.

Récemment encore, parmi les cinquante premières mesures de simplification pour les entreprises présentées par MM. Th. Mandon et G. Poitrial, figure l'application d'un principe de non-rétroactivité fiscale pour les entreprises⁵.

145. Faisant écho à certaines de ces propositions, les jurisprudences du Conseil constitutionnel, du Conseil d'État et, à leur suite, celle des juges du fond sont progressivement venues encadrer grande et, dans une bien moindre mesure, petite rétroactivité.

• **Le contrôle du Conseil constitutionnel se manifeste dans plusieurs directions :**

– Tout d'abord, si le dispositif fiscal examiné par le Conseil constitutionnel a une portée répressive, il doit nécessairement se conformer aux exigences relatives à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, lequel exclut la rétroactivité en matière pénale. Comme le rappelle le Conseil, « conformément au principe de non-rétroactivité des lois répressives posé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, elle ne saurait permettre aux autorités compétentes d'infliger des sanctions à des contribuables à raison d'agissements antérieurs à la publication des nouvelles dispositions qui ne tombaient pas également sous le coup de la loi ancienne »⁶. Ainsi, le législateur ne peut ni créer, ni aggraver une sanction fiscale de manière rétroactive.

– De même, la protection de l'autorité de la chose jugée des décisions de justice s'oppose à la validité d'un dispositif rétroactif. Pour le Conseil constitutionnel,

1. Rapport O. Fouquet, préc., p. 13 s.

2. Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, préc. p. 86 (Proposition n° 73).

3. Proposition n° 4.

4. Proposition n° 4 *bis*. Les auteurs du rapport s'interrogeaient toutefois sur la « justification constitutionnelle de la limitation du principe de non-rétroactivité aux seules lois fiscales » (p. 15).

5. Conseil de la simplification pour les entreprises, *Les 50 premières mesures de simplification pour les entreprises*, avril 2014 (Proposition n° 4).

6. Cons. const., 29 décembre 1986, n° 86-223 DC ; Cons. const., 29 décembre 1988, n° 88-250 DC ou encore Cons. const., 29 décembre 1989, n° 89-268 DC.

« l'application rétroactive de la loi fiscale ne saurait préjudicier aux contribuables dont les droits ont été reconnus par une décision de justice passée en force de chose jugée »¹. Ainsi, le contribuable obtenant une décharge d'imposition ne peut pas voir sa situation remise en cause lorsque la décision emportant décharge est définitive.

– Enfin, le Conseil constitutionnel distingue la petite rétroactivité fiscale, qu'il juge conforme à la Constitution sauf exceptions, de la rétroactivité fiscale, qu'il juge contraire à la Constitution sauf exceptions. En effet, comme il l'a jugé dans sa décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012, la « petite rétroactivité » fiscale ne porte atteinte, en elle-même, à aucune exigence constitutionnelle².

À ce titre, le Conseil constitutionnel souligne que :

o Le législateur ne peut porter aux situations légalement acquises une atteinte qui ne serait pas justifiée par un motif d'intérêt général suffisant, un tel motif ne pouvant qu'exceptionnellement être financier.

En matière de lois de validation, une récente décision du Conseil constitutionnel du 14 février 2014³ renforce d'ailleurs le contrôle en exigeant « un motif impérieux d'intérêt général », qui permet l'alignement de sa jurisprudence avec celle de la CEDH et des juridictions internes qui ont repris le critère.

o En outre, le Conseil constitutionnel protège désormais les attentes légitimes des justiciables – et donc aussi des contribuables – en reconnaissant, depuis une décision du 19 décembre 2013, une protection constitutionnelle « **des effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations** ». **La formule a vocation à permettre un contrôle de la petite rétroactivité et traduit, plus généralement, un contrôle de plus en plus strict du législateur de la part du Conseil constitutionnel.**

La protection constitutionnelle des situations légalement acquises :

Cons. const. 19 déc. 2013, n° 2013-682 DC

Évolutive, la jurisprudence du Conseil constitutionnel tend invariablement vers une meilleure protection des attentes des contribuables. Outre le contrôle qu'il exerce depuis un certain temps à l'égard des dispositifs juridiquement rétroactifs, le Conseil œuvre aujourd'hui contre certains dispositifs engendrant une « petite rétroactivité » sans qu'une censure intervienne mécaniquement.⁴

À l'occasion de sa décision du 19 décembre 2013 relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, le Conseil constitutionnel a pu réaffirmer la tendance précédemment évoquée en **reconnaissant une protection constitutionnelle des**

1. Cons. const., 24 juillet 1991, n° 91-298 DC.

2. Cons. const., 29 décembre 2012, n° 2012-662 DC, cons. 103 s.

3. Cons. const., 14 fév. 2014, n° 2013-366 QPC, AJDA 2014, 1204, note J. Roux.

4. Dans sa décision du 29 décembre 2012 (n° 2012-662 DC) relative à la loi de finances pour 2013, le Conseil validait ainsi des dispositions qui prévoyaient une petite rétroactivité fiscale (cons. 108).

« situations légalement acquises » et « des effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations »¹.

La loi soumise au contrôle du Conseil entendait modifier le niveau des prélèvements applicables aux produits de contrats d'assurance-vie. Plus particulièrement, le Parlement souhaitait remplacer l'application de taux « historiques » par l'application des taux en vigueur au moment du dénouement du contrat, taux qui sont évidemment plus élevés.

Au regard des caractéristiques initiales du dispositif modifié, le Conseil estima que « les contribuables ayant respecté cette durée de conservation pouvaient légitimement attendre l'application d'un régime particulier d'imposition lié au respect de cette durée légale »². La modification des taux historiques constituant une atteinte aux attentes légitimes des contribuables, sa validité dépendait de l'existence d'un motif d'intérêt général suffisant.

En l'espèce, comme le relève le commentaire de la décision, « seul pouvait être retenu un motif d'intérêt général de rendement financier³ ». Or, rares sont les hypothèses où un motif purement financier est susceptible de justifier une atteinte à des attentes légitimes. Le Conseil l'a rappelé récemment en censurant une majoration des revenus de capitaux mobiliers perçus en 2012 ayant déjà fait l'objet d'une contribution libératoire.⁴

En l'espèce, le Conseil a estimé que la modification du niveau des prélèvements applicables aux produits de contrats d'assurance-vie ne pouvait être suffisamment justifiée par l'objectif purement financier poursuivi par le législateur. Dès lors, ne justifiant pas d'un intérêt général suffisant, le législateur ne pouvait « ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause **les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations** ».

Cette avancée a été favorablement accueillie : elle est, a-t-on dit, « particulièrement bienvenue du point de vue des entreprises – et notamment des entreprises étrangères envisageant d'investir en France – qui trouveront là une certaine garantie de stabilité de l'état du droit fiscal »⁵.

Il n'est dès lors pas surprenant de la voir reprise dans une récente décision du Conseil constitutionnel en date du 5 décembre 2014⁶, qui souligne expressément que le législateur « ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni

1. *Id.*, cons. 14.

2. *Id.*, cons. 17.

3. Commentaire de Cons. const., 19 déc. 2013, n° 2013-682 DC, p. 15.

4. Cons. const., 29 déc. 2012, n° 2012-662 DC. Le Conseil avait alors considéré « que la volonté du législateur d'assurer en 2013 des recettes supplémentaires liées à la réforme des modalités d'imposition des revenus de capitaux mobiliers ne constitue pas un motif d'intérêt général suffisant pour mettre en cause rétroactivement une imposition à laquelle le législateur avait attribué un caractère libératoire et qui était déjà acquittée » (cons. 44).

5. M. Collet, Chronique annuelle 2013 de droit fiscal, *Rev. jur. de l'économie publique* 2014, n° 718, chron. 2.

6. Cons. const., 5 déc. 2014, n° 2014-435 QPC.

porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations ».

En l'espèce, la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 avait institué une contribution exceptionnelle sur les hauts revenus, une telle contribution étant applicable à compter de l'imposition des revenus de l'année 2011. Le Conseil constitutionnel a relevé que les contribuables ayant perçu en 2011 des revenus soumis à prélèvement libératoire pouvaient légitimement attendre d'être libérés de l'impôt au titre de ces revenus. En appliquant la nouvelle contribution aux revenus ayant fait l'objet de prélèvements libératoires, les dispositions contestées remettaient donc en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus par les contribuables. Partant, le Conseil a jugé que les dispositions contestées ne pouvaient, sans porter une atteinte injustifiée à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789, être interprétées comme permettant d'inclure dans l'assiette de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus due au titre des revenus de l'année 2011 les revenus de capitaux mobiliers soumis aux prélèvements libératoires de l'impôt sur le revenu.

Décision du Conseil constitutionnel
(Cons. const., 5 déc. 2014, n° 2014-435 QPC)

Vu la Constitution ;

Vu l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 modifiée portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Vu le code général des impôts ;

Vu la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012, notamment son article 2 ;

Vu le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Vu les observations produites par le requérant, enregistrées les 7 octobre et 8 novembre 2014 ;

Vu les observations produites par le Premier ministre, enregistrées le 24 octobre 2014 ;

Vu les pièces produites et jointes au dossier ; M. Xavier Pottier, désigné par le Premier ministre, ayant été entendu à l'audience publique du 25 novembre 2014 ;

Le rapporteur ayant été entendu ;

1. Considérant que le paragraphe 1 de l'article 2 de la loi du 28 décembre 2011 de finances pour 2012 susvisée a ajouté au code général des impôts une section intitulée « Contribution exceptionnelle sur les hauts revenus » ; que l'unique article 223 sexies de cette section institue à la charge des contribuables passibles de l'impôt sur le revenu une contribution exceptionnelle sur les hauts revenus ; qu'aux termes du paragraphe III de l'article 2 de la loi du 28 décembre 2011 : « A. – Le 1 est applicable à compter de l'imposition des revenus de l'année 2011 et jusqu'à l'imposition des revenus de l'année au titre de laquelle le déficit public des administrations publiques est nul. Ce déficit est constaté dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 3 du règlement (CE) n° 479/2009 du Conseil, du 25 mai 2009, relatif à l'application du protocole sur

la procédure concernant les déficits excessifs annexé au traité instituant la Communauté européenne. »

« B. – Le II s'applique aux plus-values réalisées au titre des cessions intervenues à compter du 1^{er} janvier 2011 » ;

2. Considérant que, selon le requérant, en assujettissant à la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus des revenus qui ont supporté, antérieurement à la publication de la loi du 28 décembre 2011, un prélèvement libératoire au titre de l'imposition des revenus, les dispositions du paragraphe III de l'article 2 de cette loi méconnaissent la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ; qu'en outre, ces dispositions méconnaîtraient le principe d'égalité ;

3. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les mots : « à compter de l'imposition des revenus de l'année 2011 et » figurant à la première phrase du A du paragraphe III de l'article 2 de la loi du 28 décembre 2011 ;

4. Considérant qu'aux termes de l'article 16 de la Déclaration de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution » ;

5. Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu'en particulier, **il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations** ;

6. Considérant que le paragraphe I de l'article 2 de la loi du 28 décembre 2011 a pour objet d'instituer une contribution exceptionnelle sur les hauts revenus « à la charge des contribuables passibles de l'impôt sur le revenu » ; que cette contribution a pour assiette le montant des revenus et plus-values retenus pour l'établissement de l'impôt sur le revenu, sans qu'il soit fait application des règles de quotient définies à l'article 163-0 A du code général des impôts, majoré conformément au 1^o du paragraphe IV de l'article 1417 du code général des impôts ; qu'elle est calculée en appliquant un taux de « 3 % à la fraction de revenu fiscal de référence supérieure à 250 000 € et inférieure ou égale à 500 000 € pour les contribuables célibataires, veufs, séparés ou divorcés et à la fraction de revenu fiscal de référence supérieure à 500 000 € et inférieure ou égale à 1 000 000 € pour les contribuables soumis à imposition commune » et un taux de « 4 % à la fraction de revenu fiscal de référence supérieure à 500 000 € pour les contribuables célibataires, veufs, séparés ou divorcés et à la fraction de revenu fiscal de référence supérieure à 1 000 000 € pour les contribuables soumis à imposition commune » ; que cette contribution est « déclarée, contrôlée et recouvrée selon les mêmes règles et sous les mêmes garanties et sanctions qu'en matière d'impôt sur le revenu » ;

7. Considérant qu'en prévoyant que le paragraphe I de l'article 2 de la loi du 28 décembre 2011 « est applicable à compter de l'imposition des revenus de l'année 2011 », le A du paragraphe III du même article a pour objet d'inclure dans l'assiette de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus tant les revenus entrant dans l'assiette de l'impôt sur le revenu que les autres revenus entrant dans la définition du revenu fiscal de référence, et notamment les revenus de capitaux mobiliers pour

lesquels les prélèvements libératoires de l'impôt sur le revenu prévus au paragraphe I de l'article 117 *quater* et au paragraphe I de l'article 125 A du code général des impôts dans leur rédaction applicable en 2011 ont été opérés au cours de cette année 2011 ;

8. Considérant qu'en incluant dans l'assiette de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus les revenus perçus en 2011 et n'ayant pas fait l'objet d'un prélèvement libératoire de l'impôt sur le revenu, le législateur n'a pas méconnu la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ;

9. Considérant, toutefois, que la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus a également été rendue applicable par les dispositions contestées aux revenus perçus en 2011 soumis aux prélèvements libératoires prévus au paragraphe I de l'article 117 *quater* et au paragraphe I de l'article 125 A du code général des impôts ; que les contribuables ayant perçu en 2011 des revenus soumis à ces prélèvements libératoires pouvaient légitimement attendre de l'application de ce régime légal d'imposition d'être, sous réserve de l'acquittement des autres impôts alors existants, libérés de l'impôt au titre de ces revenus ; qu'en appliquant cette nouvelle contribution aux revenus ayant fait l'objet de ces prélèvements libératoires de l'impôt sur le revenu, le législateur a remis en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus par les contribuables de l'application du régime des prélèvements libératoires ;

10. Considérant que **la volonté du législateur d'augmenter les recettes fiscales ne constitue pas un motif d'intérêt général suffisant pour mettre en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus d'une imposition à laquelle le législateur avait conféré un caractère libératoire pour l'année 2011** ; que, dès lors, les mots : « à compter de l'imposition des revenus de l'année 2011 et » figurant à la première phrase du A du paragraphe III de l'article 2 de la loi du 28 décembre 2011 ne sauraient, sans porter une atteinte injustifiée à la garantie des droits proclamée par l'article 16 de la Déclaration de 1789, être interprétés comme permettant d'inclure dans l'assiette de la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus due au titre des revenus de l'année 2011 les revenus de capitaux mobiliers soumis aux prélèvements libératoires de l'impôt sur le revenu prévus au paragraphe I de l'article 117 *quater* et au paragraphe I de l'article 125 A du code général des impôts ; que, sous cette réserve, les dispositions contestées ne méconnaissent pas les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ;

11. Considérant que les dispositions contestées, qui ne sont contraires ni au principe d'égalité ni à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution,

D É C I D E :

Article 1^{er}. Sous la réserve énoncée au considérant 10, les mots : « à compter de l'imposition des revenus de l'année 2011 et » figurant à la première phrase du A du paragraphe III de l'article 2 de la loi 28 décembre 2011 de finances pour 2012 sont conformes à la Constitution.

Article 2– La présente décision sera publiée au *Journal officiel de la République française* et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Délibéré par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 4 décembre 2014, où siégeaient : M. Jean-Louis DEBRÉ, Président, Mmes Claire BAZY MALAURIE, Nicole BELLOUBET, MM. Guy CANIVET, Michel CHARASSE et Mme Nicole MAESTRACCI.

• **Le Conseil d'État veille au respect des attentes légitimes des contribuables :**

Le Conseil d'État a jugé que l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme pouvait exclure l'application d'une disposition rétroactive dans certaines hypothèses.

Le contrôle du Conseil d'État en matière de petite rétroactivité
(CE, plén. Fisc., 9 mai 2012, n° 308996, *min. c/ Sté EPI*¹)

Selon le Conseil d'État, le droit au respect des biens garanti par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme peut contraindre le législateur à maintenir jusqu'à son terme un dispositif fiscal institué pour une durée déterminée.

En l'espèce, une société entendait bénéficier du crédit d'impôt pour création d'emplois institué à l'article 220 *octies* du CGI par l'article 81 de la loi de finances pour 1998, cette dernière prévoyant que le crédit d'impôt s'appliquerait aux variations d'effectifs constatées au cours des années 1998 à 2000. Toutefois, l'article 23 de la loi de finances pour 2000 est venu circonscrire l'application du crédit aux emplois créés en 1998, supprimant ainsi le dispositif pour les années 1999 et 2000. La société, qui avait embauché 30 salariés supplémentaires au cours de l'année 1999, engagea donc un contentieux devant le juge d'impôt.

A priori, le refus de l'administration fiscale de permettre à la société de bénéficier du crédit d'impôt était parfaitement valable puisque la règle, bien que modifiée après la décision prise par la société de créer des emplois, l'avait été avant la clôture de l'exercice 1999 de telle sorte que la loi de finances pour 2000 pouvait déterminer le régime applicable à la société pour l'exercice de l'année 1999.

Les juges du fond, abondant dans le sens de la société, avaient estimé que le crédit d'impôt avait la nature d'une créance constitutive d'un bien au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel, seul un motif d'intérêt général suffisant étant à même de justifier l'atteinte à ce droit.

Le Conseil d'État est venu confirmer cette analyse. Particulièrement, il considéra que dans la mesure où « le législateur avait fixé dès l'institution du crédit d'impôt la période de trois ans durant laquelle il était possible d'escompter en bénéficiaire » et qu'il était « prévu de solder les crédits et débits d'impôt en résultant sur l'ensemble de la période de trois ans et non au terme de chaque année », il était nécessaire de conclure que le « dispositif de crédit d'impôt était de nature à laisser espérer son application sur l'ensemble de la période prévue, contrairement à d'autres mesures fiscales adoptées sans limitation de durée ».

Comme on a pu l'écrire, la décision emporte trois enseignements². Tout d'abord, les contribuables ne peuvent pas revendiquer l'existence d'une espérance légitime au

1. CE, plén. Fisc., 9 mai 2012, n° 308996, *min. c/ Sté EPI*, Lebon, RJF 2012, 786, concl. J. Boucher p. 595 ; Dr. fisc. 2012, n° 26, comm. 355, note S. Vailhen ; AJDA 2012, 974 et 1392, chron. X. Domino et A. Bretonneau ; JCP E 2013, n° 38, 1510, note F. Douet.

2. S. Austry, La « petite rétroactivité » est-elle compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme ?, 18 juin 2012, (<http://www.cms-bfl.com/La-petite-retroactivite-est->

maintien d'un avantage lorsque la disposition modifiant cet avantage dispose pour l'avenir. À l'inverse, la modification en fin d'année de dispositions applicables au cours de cette année est susceptible de porter atteinte au droit au respect des biens au sens de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel. Enfin, la protection résultant de cet article ne vise qu'un dispositif incitatif dont le législateur a garanti la stabilité en limitant dans le temps sa validité.

• **Les juges du fond semblent se rallier au raisonnement des Cours suprêmes :**

Le raisonnement tenu par les Cours suprêmes se propage dans les décisions des juges du fond. Ainsi, de façon éloquente, le Tribunal administratif de Montreuil, territorialement compétent pour la plupart des litiges relatifs aux grandes entreprises en matière fiscale, vient récemment d'écarter une disposition rétroactive contrevenant aux stipulations de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel de la CEDH.

**La sanction de règles rétroactives par les juges du fond :
l'exemple du « bénéfice mondial consolidé »**

À l'occasion de la suppression de la niche fiscale baptisée « bénéfice mondial consolidé » (BMC), les juges du fond ont suivi le chemin tracé par les décisions du Conseil d'État¹. En l'espèce, une société avait obtenu de l'administration fiscale un agrément expirant fin 2011 lui permettant de bénéficier du BMC. Par la suite, le Parlement supprima immédiatement et de manière générale le régime du BMC, une telle suppression intervenant le 6 septembre 2011.

Retenant que « l'agrément délivré le 13 mars 2009 (...) pour une durée allant jusqu'à 31 décembre 2011 était de nature à laisser espérer son application sur l'ensemble de cette période, contrairement à d'autres mesures fiscales dont le bénéfice est prévu sans limitation de durée », le Tribunal administratif de Montreuil estima que la société « pouvait légitimement espérer avoir droit à ce régime jusqu'au terme de son agrément correspondant à la clôture de son exercice, le bénéfice de ce régime pouvant être regardé comme suffisamment certain et établi avant sa suppression ».

L'objectif purement budgétaire poursuivi par le législateur ne pouvant justifier l'atteinte à l'espérance légitime de la société, telle que protégée par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel de la CEDH, celle-ci était fondée à demander la restitution d'une somme de 365 937 641 euros.

146. Ces évolutions ne conduisent pas à une condamnation générale de la petite rétroactivité que certains appellent de leurs vœux. À ce titre, un certain nombre de récentes propositions entendent consacrer plus explicitement

elle-compatible-avec-la-Convention-europeenne-des-droits-de-l'homme--18-06-2012) [consultation le 02/12/14].

1. TA Montreuil, 6 oct. 2014, n° 1305900 et 1307719, *SA Vivendi*.

le principe de non-rétroactivité. Dès 2012, une proposition de loi organique était déposée afin d'encadrer la rétroactivité des lois fiscales¹. « Dans la perspective du renforcement de l'attractivité du territoire français », la proposition de loi prévoyait que « les lois relatives à l'assiette et aux taux des impositions ne s'appliquent que pour l'avenir » (art. 1^{er}), la rétroactivité étant admise lorsque l'intérêt général l'exige ou lorsque les dispositions en cause diminuent l'assiette ou le taux d'impôts indirects. Néanmoins, cette proposition de loi organique était restée lettre morte. Très récemment encore, une proposition de loi constitutionnelle entendait modifier l'article 34 de la Constitution afin qu'il prévoie que « les règles relatives à l'assiette et au taux ne sont pas rétroactives »².

**Proposition de loi constitutionnelle n° 2321 du 23 octobre 2014
tendant à encadrer la rétroactivité des lois fiscales**

Exposé des motifs

La non-rétroactivité des lois est un des fondements de la confiance qui doit unir les citoyens à l'État. Garantie en matière de droit pénal, ce principe n'a toujours pas de garantie constitutionnelle.

Pourtant, dans un monde ouvert où circulent librement les capitaux, les biens et les personnes, il est indispensable, pour conserver et attirer les créateurs de richesse, de garantir une certaine stabilité politique et fiscale.

L'article 2 du code civil prévoit d'ailleurs que « la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif ». Ce principe n'a hélas pas, pour le moment, de valeur constitutionnelle. Le législateur peut donc y déroger. La jurisprudence du Conseil constitutionnel prévoit quelques limites au regard de la loi fiscale mais elle est trop restreinte pour abolir toute insécurité juridique.

Les paramètres fiscaux conditionnent largement les décisions d'investissement, influent sur la rentabilité et peuvent jouer sur l'équilibre financier des entreprises. Aujourd'hui, l'insécurité juridique est devenue une donnée consubstantielle dans la gestion de l'entreprise qui freine les investissements et les prises de risque, pourtant indispensables à la création de richesse. La norme fiscale se trouve être l'une des données les plus difficiles à appréhender.

Dans la perspective d'améliorer l'attractivité de notre pays et de simplifier la gestion des entreprises déjà présentes sur notre territoire, cette non-rétroactivité fiscale, à valeur constitutionnelle, serait un gage très appréciable dans l'instauration d'un climat de confiance entre les entreprises et l'État.

Au-delà, cette non-rétroactivité constituerait aussi une garantie légitime pour le contribuable afin de lui permettre d'effectuer ses choix économiques en pleine connaissance de cause et sans être exposé au risque d'un changement rétroactif des règles du jeu.

1. Proposition de loi organique n° 568 tendant à encadrer la rétroactivité des lois fiscales, 19 décembre 2012.

2. Proposition de loi constitutionnelle n° 2321 tendant à encadrer la rétroactivité des lois fiscales, 23 octobre 2014.

La rétroactivité fiscale mine la confiance des acteurs économiques et décourage les investissements. Elle doit être étroitement exercée. Revenir au principe classique d'effectivité d'un texte à compter de sa publication en est le préalable afin d'assurer la crédibilité et l'efficacité de notre politique fiscale.

À ce dispositif, une proposition de loi organique viendrait délimiter les cas où le recours à une loi rétroactive est admis, soit parce que l'intérêt général le justifie, soit parce que cette disposition allège le niveau des prélèvements obligatoires.

Face à la crise économique que traverse le pays, il est indispensable de mettre en place un cadre juridique plus favorable aux entreprises et aux investisseurs. Ce dispositif n'aurait aucun coût *a priori*, il imposerait simplement à l'État le respect de la parole donnée et serait à coup sûr facteur de croissance.

Proposition de loi constitutionnelle
Article unique

Après la première phrase du cinquième alinéa de l'article 34 de la Constitution, il est inséré une phrase ainsi rédigée :

« – les règles relatives à l'assiette et au taux ne sont pas rétroactives ; » (*le reste sans changement*)

Outre cette initiative parlementaire, le pouvoir exécutif a également marqué son intérêt pour la question de la non-rétroactivité de la loi fiscale. Annoncée lors de l'Université d'été 2014 du Medef, la signature d'une Charte mettant en place le principe de non-rétroactivité est intervenue le 1^{er} décembre 2014. Encadrant la rétroactivité juridique des dispositions fiscales comme le fait le Conseil constitutionnel, la Charte entend également exclure les dispositifs dotés d'une petite rétroactivité défavorables aux contribuables.

**Charte sur la nouvelle gouvernance fiscale du ministère des Finances
et des comptes publics**

Dans la suite des assises de la fiscalité des entreprises qui se sont tenues au printemps 2014, le Gouvernement s'est engagé à conduire une politique ambitieuse d'amélioration des conditions dans lesquelles les règles fiscales s'appliquent aux entreprises, tant dans leur contenu que dans leur processus d'élaboration.

Ce processus se concrétise dans une double démarche de rationalisation des définitions auxquelles le droit fiscal fait appel et de sécurisation de l'environnement fiscal des entreprises. Ces objectifs qui participent à l'amélioration de la compétitivité, s'articulent avec ceux du pacte de responsabilité.

L'objet de la présente Charte est de fixer ces nouvelles règles.

(...)

II. Accroissement de la sécurité juridique par un encadrement de l'entrée en vigueur de la loi fiscale

En matière fiscale, le droit applicable est celui qui est en vigueur au moment du fait générateur de l'impôt, c'est-à-dire le moment où la dette d'impôt du contribuable est effectivement constituée. Mais, compte tenu des spécificités de certains impôts, une loi même non rétroactive peut s'appliquer à des situations intervenues avant son vote : cette situation est qualifiée de rétroactivité.

A. La rétroactivité des lois fiscales est strictement encadrée

En matière fiscale, les projets d'articles législatifs ou amendements gouvernementaux, ne devront plus s'appliquer aux faits générateurs antérieurs à la publication de la loi au journal officiel.

Trois exceptions à ce principe seront toutefois préservées :

1. Les dispositions interprétatives

Les dispositions législatives de nature interprétative ne modifient pas le droit en vigueur, mais se bornent à en clarifier certains aspects afin d'éviter des difficultés dans leur application par l'administration, le juge et les citoyens. De par leur contribution à la clarté du droit fiscal, les projets d'articles législatifs ou amendements gouvernementaux pourront continuer à comporter des dispositions interprétatives.

2. Les mesures législatives dites « de validation »

Dans certains cas, une réforme législative nécessite d'être rétroactive afin d'éviter qu'une mauvaise application de la loi précédemment en vigueur n'aboutisse pour sa réparation à une désorganisation des services de l'État ou un encombrement de la justice. De telles dispositions, appelées « lois de validation », sont très strictement encadrées par les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme.

En effet, pour être considérées comme constitutionnelles, les lois de validation doivent respecter la chose jugée et être particulièrement justifiées par l'intérêt général de l'État ou des collectivités concernées, l'intérêt financier ne constituant pas à lui seul un motif d'intérêt général suffisant.

Pour se conformer à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ces lois doivent respecter les contentieux engagés avant que leur contenu ne soit rendu public.

Des projets de lois ou d'amendements de validation pourront continuer à être déposés dans le respect de ce strict encadrement.

3. Les dispositions susceptibles d'entraîner des comportements d'optimisation postérieurement à leur publicité

L'annonce de certaines mesures fiscales est susceptible d'entraîner des comportements d'optimisation de la part des contribuables, ces derniers prenant des décisions entre l'annonce de la mesure et le vote de la loi afin de bénéficier du régime antérieur.

Compte tenu des effets néfastes découlant d'un décalage entre l'annonce de telles mesures et l'adoption de la loi les mettant en œuvre, les projets d'articles fiscaux comportant des dispositions susceptibles d'entraîner des comportements d'optimisation pourront continuer à entrer en vigueur à la date du conseil des ministres au cours duquel elles sont annoncées.

Par parallélisme, lorsque de telles dispositions figurent dans un amendement gouvernemental, son entrée en vigueur pourra être anticipée à la date de son dépôt par le Gouvernement.

B. Les lois fiscales ne pourront plus être rétroactives

Pour l'impôt sur le revenu, la règle de droit qui s'applique est celle qui est en vigueur au 31 décembre de l'année. Elle concerne donc les revenus constitués tout au long de

cette année. Pour l'impôt sur les sociétés, la règle qui s'applique est celle qui est en vigueur à la clôture de l'exercice.

Compte tenu des faits générateurs particuliers de ces deux impôts, une disposition législative peut, sans être rétroactive, être adoptée jusqu'à la fin d'une année civile et s'appliquer, à l'impôt sur le revenu, aux revenus perçus depuis la clôture de l'exercice précédent dans le cas d'une entreprise clôturant son exercice au 31 décembre.

Cette règle étant source d'insécurité pour les entreprises, dans la mesure où elles n'ont pas la certitude du traitement fiscal réservé à une opération au moment où celle-ci est effectuée, les projets d'articles législatifs ou amendements gouvernementaux ne devront plus s'appliquer qu'aux exercices ouverts à compter de la publication de celle-ci, sauf mesures favorables au contribuable.

S'il constitue indiscutablement une avancée politique, cet engagement gouvernemental ne présente qu'un intérêt limité. D'une part, certaines des affirmations de la Charte sont d'abord contestables : contrairement à ce que laisse entendre la Charte, les dispositions prétendument interprétatives sont considérées comme rétroactives par le juge depuis un certain temps¹. D'autre part, le Conseil constitutionnel ne saurait l'utiliser afin de sanctionner une disposition contrevenant à la Charte.

147. Aussi, la Commission entend formuler des propositions visant à réguler la rétroactivité en matière fiscale. Pour améliorer ici la sécurité juridique, il est indispensable d'introduire de manière beaucoup plus systématique des mesures transitoires permettant de stabiliser l'application de la loi fiscale (A) et de mieux encadrer par des règles de nature supra-législatives l'application de la rétroactivité (B). Enfin, il convient de prévoir un régime particulier aux « revenus exceptionnels » (C).

A. Systématiser le recours aux mesures transitoires

148. Ni l'administration fiscale, ni le Parlement n'apportent suffisamment d'attention aux mesures transitoires lorsqu'ils modifient les dispositions de la loi fiscale. En particulier, lorsqu'ils remettent en cause un régime favorable, les auteurs des modifications législatives partent souvent du principe que la situation *ex ante* étant par principe disqualifiée du fait de sa remise en cause, il est normal de faire totalement disparaître l'avantage fiscal sans prêter attention aux situations en cours.

Or, l'instabilité de la norme fiscale serait beaucoup moins préjudiciable à la sécurité juridique des acteurs économiques si la loi fiscale prenait davantage en

1. CE, 30 juin 1982, n° 27274, 27275 et 33818 ; Cass. Ass. Plén., 23 janvier 2004, Bull. A.P., n°2.

considération les situations en cours. Les solutions techniques pour préserver ces dernières sont connues mais insuffisamment appliquées :

- « clauses de grand-père » permettant de maintenir le régime fiscal existant aux situations en cours soit de manière définitive¹ ou pour une durée déterminée² ;
- applications limitées aux opérations (et non aux faits générateurs d'imposition) intervenues à compter d'une certaine date³ ;
- applications différées des modifications du régime fiscal de manière à laisser aux acteurs économiques la possibilité de s'adapter à ces modifications⁴.

Certes, la Charte de non-rétroactivité semble s'inspirer de cette préoccupation, mais elle reste bien souvent en deçà des attentes des acteurs économiques : c'est ainsi que, s'il est précisé que les dispositions peuvent entrer en vigueur à la date de la décision du Conseil des ministres, il aurait été nécessaire, pour justifier cette recommandation, de faire état tout autant de la préoccupation de stabilité des situations fiscales que de celle de la lutte contre l'optimisation fiscale. Cette précision est importante car **se référer à une date précise n'a pas du tout la même portée suivant l'opération qui sert de référence à cette date** : c'est ainsi que les modifications en matière de fiscalité des plus-values immobilières s'appliquent généralement aux promesses de vente signées à compter de la date d'annonce de la mesure et non aux actes de vente. Il est indispensable de préserver les opérations déjà décidées à la date d'annonce de la mesure, ce qu'omet souvent de faire le législateur.

Il convient donc de manière systématique d'introduire des mécanismes d'entrée en vigueur spécifiques ayant pour objet de préserver la stabilité des situations en cours. **Le Conseil d'État pourrait ainsi refuser d'examiner les mesures fiscales figurant dans un projet de loi lorsqu'elles comportent, dans leur évaluation préalable, une analyse insuffisante de leur application dans le temps ne permettant pas de préserver la stabilité des situations en cours.**

1. Par exemple la modification du régime fiscal des contrats d'assurance-vie par l'article 21 de la loi de finances pour 1998, qui a d'ailleurs inspiré la solution rendue par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013.

2. Par exemple la modification du régime de l'article 209 B par l'article 107 de la loi de finances pour 1993 (qui a donné lieu à une intéressante application par le Conseil d'État : CE, Plén. fisc., 4 juillet 2014 n° 357264 et 359924, *Sté Bolloré*).

3. Limitation par l'article 18 de la loi de finances rectificative pour 2012 du 30 décembre 2012 d'une mesure anti-abus aux apports réalisés à compter du 14 novembre 2012 – v. Cons. const., 29 décembre 2012, n° 2012-661 DC.

4. Par exemple réforme de l'avoir fiscal et du précompte par l'article 93 de la loi de finances pour 2004 du 30 décembre 2003 qui ne s'est appliquée qu'à compter du 1^{er} janvier 2005 – ce qui a conduit le Conseil d'État à juger cette disposition conforme à l'article 1^{er} du Premier protocole de la CEDH (CE, 2 juin 2010, n° 318 014, *Fondation de France*)

Proposition n° 42 : Introduire systématiquement des mécanismes d'entrée en vigueur spécifiques pour chaque nouvelle mesure fiscale avec pour objectif de préserver la stabilité des situations en cours.

149. Un simple engagement du Gouvernement à prévoir de telles mesures d'entrée en vigueur n'est toutefois pas suffisant car, bien souvent, les mesures fiscales les plus déstabilisantes pour les agents économiques résultent d'amendements, souvent d'origine parlementaire : ces amendements, adoptés dans la précipitation d'un débat surtout marqué par l'affrontement politique, ne reposent sur aucune évaluation préalable sérieuse quant à leur application dans le temps.

À cet égard, **l'indication figurant dans la Charte de non-rétroactivité suivant laquelle la date d'application des amendements du Gouvernement serait anticipée à leur dépôt n'est absolument pas satisfaisante.** En effet, si une grande publicité est assurée à l'annonce du projet de loi de finances et s'il est donc acceptable que les dispositions trouvent à s'appliquer à compter de la date du Conseil des ministres afin d'empêcher des comportements d'anticipation nuisibles à l'intérêt général, la plupart des agents économiques sont en revanche incapables d'être informés en temps voulu des différentes étapes du débat parlementaire. **Faire rétroagir l'application d'une mesure fiscale introduite par voie d'amendement à la date du dépôt de cet amendement aboutit donc à créer une très forte insécurité juridique pour les agents économiques,** sans tenir aucun compte des conditions complexes et évolutives dans lequel se déroule le débat parlementaire¹.

À titre de règle de principe, il conviendrait à tout le moins que les mesures en question ne s'appliquent qu'à compter de la date définitive d'adoption du texte par le Parlement, qui est l'unique date à laquelle il est accordé une publicité comparable à celle reçue par le texte lors de son adoption en Conseil des ministres. Il conviendrait de modifier les règlements de l'Assemblée

1. C'est ainsi par exemple que l'article 18 de la loi n° 2012-958 du 16 août 2012 de finances rectificative pour 2012, qui modifie le régime fiscal des cessions de titres de participations dans certaines situations, n'avait plus rien à voir avec le texte figurant dans le projet de loi initial adopté en Conseil des ministres le 4 juillet 2012 : sa modification a été opérée par un amendement du rapporteur général du 12 juillet 2012, lui-même substantiellement modifié par plusieurs sous-amendements du Gouvernement du 19 juillet. Adopté finalement en première lecture par l'Assemblée nationale le 19 juillet, le texte précise qu'il s'applique aux « cessions de titres reçus en contrepartie d'apports réalisés à compter du 19 juillet 2012 ». Les opérateurs économiques qui avaient déjà entamés des opérations aboutissant à l'acquisition ou la souscription de titres qui n'ont été effectivement réalisés sur le plan juridique qu'à compter du 19 juillet ont ainsi vu les conditions fiscales de réalisation de ces opérations bouleversées par cette modification brutale des règles fiscales qui ne figuraient pas la loi de finances initiale (une QPC contestant cette disposition vient d'être transmise au Conseil d'État où elle a été enregistrée sous le n° 387 824).

nationale et du Sénat pour subordonner la recevabilité des amendements à la condition suivant laquelle ces modifications ne trouveraient effet que pour les opérations réalisées à compter du vote définitif du texte.

Proposition n° 43 : Subordonner la recevabilité des amendements en matière fiscale à la condition qu'ils ne s'appliquent qu'aux opérations réalisées à compter du vote définitif du texte.

B. Mieux encadrer l'application des rétroactivités juridique et économique

150. Si, comme cela a déjà été indiqué, il n'est pas souhaitable d'interdire totalement la rétroactivité juridique des dispositions fiscales, qui est souvent favorable au contribuable et parfois nécessaire pour des raisons d'intérêt général désormais soigneusement contrôlées par le Conseil constitutionnel, au regard de l'article 16 de la Déclaration de 1789, ou par le juge de l'impôt, au regard de l'article 1^{er} du Premier protocole de la CEDH, il est en revanche nécessaire de l'encadrer plus strictement que ne le fait la Charte de non rétroactivité.

Cet encadrement plus strict doit conduire d'une part à assimiler les dispositions interprétatives à des dispositions rétroactives lorsque, précisément, elles modifient l'interprétation qu'il convient de retenir des dispositions fiscales en cause¹ et, d'autre part, à reprendre dans un dispositif juridiquement contraignant les différents engagements énoncés dans la Charte, de façon à ce que ces engagements soient également applicables aux dispositions fiscales d'origine parlementaire.

Proposition n° 44 : Reprendre et étendre dans une loi organique les engagements énoncés dans la Charte de non rétroactivité.

C. Réguler la petite rétroactivité relative aux « revenus exceptionnels » et aux plus-values

151. Le problème de la petite rétroactivité ne se poserait pas s'il n'y avait pas de décalage entre l'année budgétaire (recettes/dépenses) et l'année sur laquelle sont réalisés les revenus qui vont financer cette recette.

Étant rappelé que ce décalage est une anomalie, il convient de voir négativement toutes les conséquences dommageables qui peuvent en résulter pour le

1. Dans le cas contraire, ces dispositions ne présentent aucun caractère rétroactif, puisqu'elles sont purement confirmatives.

contribuable, à commencer par la petite rétroactivité. Si elle doit cependant être acceptée, ce doit être dans des bornes strictes.

Dans ce contexte, il faut rappeler que :

- l'essentiel de la recette budgétaire se fait sur les impôts indirects, la part des impôts directs étant relativement faible.
- sur l'impôt direct, l'essentiel de la recette provient de revenus récurrents, sur lesquels la petite rétroactivité n'a quasiment pas d'effet dommageable (sinon qui ne soit également subi), le contribuable ayant intégré depuis longtemps que ces revenus récurrents sur lesquels il n'a quasiment pas de prise (salaires, BIC/BNC/BA, revenus fonciers, revenus mobiliers), subiront l'impôt dans des conditions peut-être différentes mais faiblement, de celles applicables les années précédentes. Sur ces revenus récurrents, les modifications intervenues d'une année à l'autre ne créeront donc vraisemblablement pas de rupture d'égalité devant l'impôt, « tout le monde étant à la même enseigne ».

La situation n'est pas du tout la même lorsque le contribuable réalise des revenus exceptionnels, dont les caractéristiques seront généralement d'être peu renouvelables, de montants importants et résultant d'activités exercées ou de risques assumés depuis de nombreuses années.

De surcroît la réalisation de ces revenus exceptionnels sur lesquels le contribuable a généralement la main, intègre un arbitrage de sa part, qui prend le plus souvent en compte le coût fiscal de l'opération tel qu'il ressort des règles connues à la date de mise en œuvre de l'opération. Dans ces cas, **la petite rétroactivité est très dommageable puisqu'elle peut modifier radicalement la fiscalité de l'opération et son résultat net.**

Ainsi, l'augmentation de la contribution fiscale de ceux qui en sont victimes provoque une première difficulté au regard de l'égalité devant l'impôt. La rupture d'égalité n'est certainement pas justifiée par une perte de recettes (qui n'est pas un motif d'intérêt général suffisant et qui est sans doute négligeable au niveau du budget de l'État) alors qu'il n'y a aucune urgence à faire entrer en vigueur les modifications des dispositifs fiscaux qui s'y appliquent.

La seconde difficulté constitutionnelle tient au respect de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. On sait que, sans consacrer formellement un principe de sécurité juridique, le Conseil constitutionnel a reconnu, en l'absence de motif d'intérêt général suffisant, une protection constitutionnelle non seulement des « situations légalement acquises » mais aussi des « effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations ».

Le législateur devrait systématiquement éviter la petite rétroactivité pour les opérations exceptionnelles, ou à tout le moins chaque fois qu'il identifie des risques dommageables pour certains contribuables (l'étude d'impact devrait y servir). Il s'agit de prendre en compte la situation du contribuable

qui prend une décision ponctuelle de disposition de son patrimoine engendrant une plus-value exceptionnelle qui découle directement et uniquement de cette décision. **Ce contribuable peut légitimement s'attendre à être imposé conformément à la loi fiscale en application à la date de cette opération.**

Mais comme, en ces domaines, l'histoire a montré que la sagesse n'était pas la première qualité du législateur, une évolution apparaît nécessaire.

Le Conseil constitutionnel devrait appliquer sa jurisprudence à ces situations exceptionnelles, soit lors du contrôle de la loi et notamment de la loi de finances, soit par QPC. Il doit s'agir pour lui de censurer des modifications au 30 décembre, de règles fiscales déterminantes pour la réalisation d'une opération. **Imagine-t-on la fiscalité des donations varier en fin d'année et s'appliquer à toutes les donations de l'année ? Imagine-t-on la fiscalité des transactions immobilières varier en fin d'année et conduire les notaires à se retourner vers leurs clients pour leur demander des ajustements des droits ?** Ces deux hypothèses sont aussi fantaisistes qu'inconstitutionnelles. **Il en va de même de la fiscalité des plus-values qui ne peut varier après la date de la réalisation de celles-ci.** La jurisprudence du Conseil constitutionnel protège les effets qui peuvent légitimement être attendus de l'application de la loi. Il en va par nature ainsi de la loi fiscale pour des opérations uniques, comme des donations, des transactions immobilières ou des plus-values. Celles-ci se caractérisent par une date certaine et un acte de disposition. Leur fiscalité ne saurait être modifiée au 30 décembre et s'appliquer à toutes les opérations réalisées pendant l'année écoulée.

Proposition n° 45 : Appliquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la protection des situations légalement acquises et des effets qui peuvent être attendus des décisions prises par le contribuable, et proscrire toute modification rétrospective de la fiscalité pour les opérations ne correspondant pas à des revenus récurrents d'une activité professionnelle.

Proposition n° 45 bis : Appliquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la protection des situations légalement acquises et des effets qui peuvent être attendus des décisions prises par le contribuable pour empêcher que la fiscalité des plus-values puisse varier après la date de leur réalisation.

V

Développer le mécanisme du rescrit en matière fiscale

152. La complexité des dispositifs fiscaux constitue, on le sait, un frein à l'initiative économique. Comme le Conseil d'État l'a récemment relevé, « le porteur de projet est aujourd'hui confronté à des difficultés importantes pour identifier l'ensemble des normes qui lui sont applicables, comprendre quelles en sont les implications sur sa situation personnelle, prévoir les évolutions possibles des règles, évaluer la faisabilité de son projet »¹. Un tel constat ne surprend guère au regard du nombre d'articles que contient le Code général des impôts ou encore le nombre de modifications dont il fait l'objet chaque année. Le graphique et le tableau reproduits ci-dessous permettent de réaliser que les préconisations de précédents rapports qui appelaient de leurs vœux une plus grande stabilité des normes fiscales n'ont pas été suivies : **outre le fait que le Code général des impôts est toujours extrêmement volumineux, entamant ainsi la compréhension de la matière par les contribuables, le nombre de modifications qu'on lui apporte chaque année rend éphémère toute connaissance de la matière.**

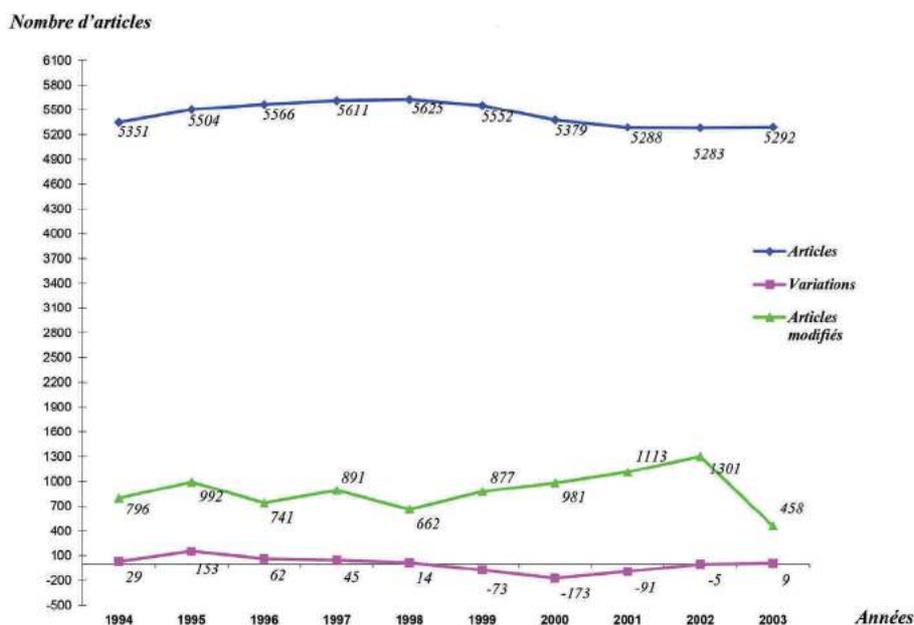
Articles du Code général des impôts (1994-2014)

Années	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Articles	5351	5504	5566	5611	5625	5552	5379	5288	5283	5292
Variations	29	153	62	45	14	- 73	- 173	- 91	- 5	9
Articles modifiés	796	992	741	891	662	877	981	1113	1301	458

Années	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Articles	5331	5298	5262	5319	5325	5375	5452	5513	5530	5477
Variations	39	- 33	- 36	57	6	50	77	61	17	- 53
Articles modifiés	790	1351	1279	1079	1133	738	1193	1282	886	1105

1. Conseil d'État, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, préc., p. 7.

Articles du code général des impôts ~ Période de 1994 à 2014 ~



Ces difficultés de compréhension du droit fiscal atteignent nécessairement la capacité de développement économique de contribuables qui mobilisent des moyens humains et financiers pour essayer de comprendre le régime qui leur est applicable. Pour lutter contre cette allocation improductive des moyens, une revalorisation de la qualité de la norme est indispensable. Le temps perdu dans le labyrinthe du droit fiscal doit être singulièrement réduit au profit d'une activité économique substantielle.

153. Pour faciliter la compréhension des dispositifs fiscaux, outre l'amélioration indispensable de la qualité des règles fiscales, il faut instituer un dialogue entre l'administration fiscale et les contribuables. Un tel dialogue leur permettrait de faire lever les éventuelles incertitudes sur le sens de la réglementation. La voie privilégiée est celle du rescrit.

Le rescrit, on le sait, s'analyse comme « une prise de position formelle de l'administration fiscale sur l'interprétation d'un texte fiscal ou sur l'appréciation d'une situation de fait au regard d'un texte fiscal »¹. Le Conseil d'État, dans une importante étude consacrée à ce mécanisme, l'a défini « comme une prise de position formelle de l'administration, qui lui est opposable, sur l'application d'une norme à une situation de fait décrite loyalement dans la demande

1. Cour des comptes, *Les relations de l'administration fiscale avec les particuliers et les entreprises*, 2012, p. 92.

présentée par une personne et qui ne requiert aucune décision administrative ultérieure »¹.

Les avantages du rescrit sont évidents tant pour le contribuable que pour l'administration fiscale. Pour le premier, le rescrit présente l'avantage d'être « une consultation juridique sûre et gratuite »². Pour la seconde, le mécanisme contribue à l'amélioration des relations qu'elle entretient avec les contribuables. On l'a clairement reconnu : le rescrit « est un moyen de nouer, en amont des missions traditionnelles de la DGFIP, une relation renouvelée avec les usagers qui sollicitent une prise de position formelle sur leur situation personnelle ; de dépasser une approche, parfois théorique ou désincarnée, en prenant mieux en compte la réalité et la diversité des situations de ses interlocuteurs »³. De même, l'administration, « en répondant aux sollicitations des particuliers et, surtout, des entreprises, peut espérer influencer leur choix de gestion afin de favoriser la bonne application des textes fiscaux, et alléger d'autant son travail de contrôle *a posteriori* »⁴.

154. Le rescrit a connu un développement constant depuis la « réforme Aicardi » du droit des procédures fiscales intervenue en 1987⁵. Aux termes de cette loi, et dans le prolongement de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales (LPF), l'article L. 80 B du LPF prévoit qu'il ne pourra être procédé à aucun rehaussement d'impositions antérieures « lorsque l'administration a formellement pris position sur l'appréciation d'une situation de fait au regard d'un texte fiscal » (1°). À ce rescrit « général », vient s'ajouter le rescrit « anti-abus de droit » également instauré par la loi du 8 juillet 1987. Prévu à l'article L. 64 B du LPF, il permet au contribuable de vérifier, auprès de l'administration fiscale, la licéité d'un montage fiscal qu'il envisage.

Par la suite s'est ajoutée une multitude de rescrits spéciaux – on compterait aujourd'hui quatorze procédures assimilables au mécanisme du rescrit⁶. Cette expansion a rendu les procédures compliquées du fait de l'hétérogénéité

1. Conseil d'État, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, préc., p. 20.

2. M. Collet, *Droit fiscal*, PUF, 4^e éd., 2013, n° 332, p. 185.

3. J.-P. Lieb et R. Heurtier, Propos introductifs à la sécurité juridique en matière fiscale, in J. Buisson (dir.), *La sécurité fiscale*, préc., p. 29.

4. M. Collet, Le développement du rescrit, in N. Guillet (dir.), *Les transformations de l'administration fiscale*, L'Harmattan, 2011, p. 95, note 1.

5. Loi n° 87-502 du 8 juillet 1987 Modifiant les procédures fiscales et douanières. Sur la question, v. not. G. Noël, L'opposabilité des prises de position de l'administration fiscale sur la situation des contribuables, in G. Noël (dir.), *L'amélioration des rapports entre l'administration fiscale et les contribuables*, Actes du colloque de la Société Française de droit fiscal, p. 67 s.

6. V. J. Lamarque, O. Négrin et L. Ayrault, *Droit fiscal général*, LexisNexis, 3^e éd., 2014, n° 952. Ces procédures portent sur divers sujets : application des régimes d'amortissements dérogatoires et d'allègements d'impôts en faveur des entreprises nouvelles (art. L. 80 B (2°) du LPF), éligibilité des dépenses au crédit d'impôt recherche (art. L. 80 B (3°) du LPF), application du régime dérogatoire propre aux jeunes entreprises innovantes (art. L. 80 B (4°) du LPF) etc.

des régimes applicables. Elle s'est également accompagnée de rescrits spéciaux dépourvus de base légale.

155. Diverses propositions ont dès lors entendu permettre de perfectionner ce mécanisme déterminant pour la compétitivité du système fiscal français¹. Les rapports Gibert et Fouquet ont ainsi insisté sur le fait que les rescrits devaient être pilotés et coordonnés par une « cellule » spéciale². L'établissement de bilans quantitatifs et qualitatifs, la mise en place d'un contrôle interne de la qualité des réponses fournies par l'administration et le développement d'une politique générale pourraient s'en trouver favorisés.

Les rapports ont permis de montrer les traits que ces rescrits devraient idéalement revêtir. Ainsi faudrait-il les rendre publics car l'absence de publicité, justifiée par le secret fiscal et le caractère nécessairement individuel des réponses fournies, entrave la transparence de la procédure et la portée de l'avis donné. La publicité contribue d'ailleurs à la mobilisation de l'administration fiscale.

Au-delà, il a été montré combien le rescrit souffre d'ineffectivité toutes les fois que l'administration n'est pas contrainte de répondre aux demandes des contribuables³, par manque de moyens ou par volonté de ne pas se lier pour l'avenir. Quel est alors l'intérêt de consacrer des moyens financiers à la préparation d'une demande à laquelle l'administration pourrait ne pas donner suite ?

Enfin, les rescrits défavorables aux contribuables doivent pouvoir faire l'objet de recours. Le Rapport Fouquet rappelait ainsi qu'il « apparaît de plus en plus difficile de subordonner le dénouement d'un éventuel désaccord entre l'administration et le demandeur à la poursuite d'un contentieux d'assiette. La sécurité juridique recherchée se concilie mal avec l'incertitude qui en résulte. Or, la jurisprudence du Conseil d'État fait aujourd'hui obstacle à la recevabilité d'un recours formé contre les rescrits défavorables, puisqu'elle considère ces rescrits comme non détachables de la procédure d'imposition et regarde donc comme irrecevables les recours pour excès de pouvoir formés contre de tels actes⁴.

156. Nombre des propositions ont été entendues à l'occasion de deux lois intervenues en 2008⁵ : la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite de modernisation de l'économie et la troisième loi de finances rectificative pour 2008 n° 2008-1443 du 30 décembre 2008.

La loi de modernisation de l'économie a ainsi harmonisé les délais de réponse pour la plupart des rescrits. Surtout, elle a créé un droit au rescrit général en complé-

1. Le rapport Gibert rappelait que « l'Agence française des investissements internationaux (AFII) sensibilise les entreprises étrangères sur les possibilités de rescrit ouvertes par le droit fiscal français et les conseille sur celles susceptibles de leurs convenir » (p. 16).

2. Rapport B. Gibert, préc., p. 22 s. ; Rapport O. Fouquet, préc., Proposition 13, p. 24 s.

3. Le rapport Gibert relevait ainsi que « l'administration, qui n'a pas à justifier des raisons pour lesquelles elle ne souhaite pas instruire une demande de rescrit, dispose donc dans ce domaine d'un pouvoir entièrement discrétionnaire » (p. 18).

4. CE, 26 mars 2008, n° 278858, *Association Pro-Musica*.

5. V. not. Ch. Ménard, Le rescrit : l'année 2008 restera-t-elle dans les mémoires ?, *Dr. fisc.* 2009, n° 7, chron. 183.

tant l'article L. 80 B 1° du LPF selon lequel l'administration fiscale doit répondre à la demande de rescrit « dans un délai de trois mois lorsqu'elle est saisie d'une demande écrite, précise et complète par un redevable de bonne foi ». Toutefois **l'absence de réponse à une demande de rescrit général « n'est pas sanctionnée par la reconnaissance d'un accord tacite au profit du contribuable »**¹. Comme une instruction fiscale le prévoit², et comme le laissaient augurer les travaux parlementaires³, seule une réponse expresse de l'administration fiscale l'engage⁴.

La troisième loi de finances rectificative pour 2008, pour sa part, a organisé une procédure administrative de second examen. Si le Rapport Fouquet souhaitait la mise en place d'un tel recours⁵, il préconisait la voie juridictionnelle en proposant d'« instituer un recours contre les rescrits sur le modèle du référé précontractuel »⁶. C'est finalement la voie administrative que la loi de 2008 a décidé d'emprunter. Prévue à l'article L. 80 CB du LPF⁷, la procédure de recours se déroule devant un collège composé de fonctionnaires d'encadrement supérieur se prononçant selon les mêmes règles et délais que ceux applicables à la première demande de rescrit.

Outre ces interventions législatives, une cellule dédiée au rescrit a vu le jour, même si la gestion des rescrits reste encore fortement déconcentrée⁸. De même, l'administration fiscale a mis en place une véritable politique de publicité du rescrit auprès des contribuables. En 2013, le site « www.impots.gouv.fr » comportait 480 prises de position formelles publiées, lesquelles sont anonymes⁹. À cette augmentation du nombre de rescrits publiés, fait écho le développement des consultations de l'espace « rescrit » du site Internet « www.impots.gouv.fr » : + 28 % par rapport à 2012¹⁰.

157. Les statistiques présentées par la Direction générale des finances publiques attestent l'efficacité de ces mesures¹¹. Comme l'indique la DGFIP, « après une forte

1. G. Noël, préc., n° 60.

2. Instr. 9 septembre 2010, BOI 13-L-11-10, § 94.

3. G. Noël, préc., n° 61.

4. La formalisation de ce délai de trois mois n'est toutefois pas dénuée de tout intérêt. En effet, le contribuable ayant formulé une demande de rescrit général restée sans réponse pendant trois mois pourra former un recours afin que sa demande soit réexaminée.

5. Proposition 14 *bis* : Instituer un recours administratif contre les rescrits devant un collège (Rapport O. Fouquet, préc., p. 27).

6. Rapport O. Fouquet, préc., p. 26 s. (Proposition 14).

7. Pour une analyse détaillée, v. not. O. Négrin, *JurisClasseur Procédures Fiscales*, Fasc. 190 : Opposabilité des appréciations administratives portant sur des situations de fait. – Procédure de second examen des demandes de rescrit ou d'accord tacite (date de mise à jour : 1^{er} février 2013).

8. Il convient de relever, au sein de la cellule rescrit, l'apparition d'une « Structure d'accueil des non-résidents » (SANR) qui, comme son intitulé l'indique, est en charge du conseil aux non-résidents fiscaux.

9. V. le Rapport de la DGFIP sur l'activité en matière de rescrit pour l'année 2013, p. 10.

10. *Id.*

11. *Id.*

augmentation du nombre de rescrits à compter de 2007, l'activité de rescrit se stabilise désormais à un niveau élevé, avec 20 256 rescrits traités en 2013 (contre 21 237 en 2012) »¹. Les responsables de la DGFIP soulignent que « le développement du rescrit [s'inscrit] d'ores et déjà comme une composante essentielle et reconnue de l'amélioration de la relation de confiance entre le contribuable et l'administration fiscale »².

158. Toutefois le succès récent du rescrit n'est pas sans ombre. Outre l'hétérogénéité du succès précédemment évoqué, les modalités pratiques du rescrit ne sont pas en adéquation avec les exigences du monde économique.

Comme l'a récemment, et de nouveau, relevé le Conseil d'État, certains dispositifs n'ont pas atteint leurs objectifs³. Seulement 235 demandes de rescrit « crédit impôt-recherche » étaient ainsi enregistrées en 2012 alors qu'environ 1 800 contribuables se déclaraient soumis à un tel régime dans la même année⁴, un tel écart s'expliquant par le formalisme inadapté de la demande de rescrit, laquelle exigeait jusqu'en 2013 de décrire avec précision les travaux projetés et les problèmes que l'entreprise pensait pouvoir rencontrer alors que les travaux de recherche sont, par nature, évolutifs. De même, le rescrit « valeur » connaît un succès restreint. Permettant aux dirigeants de certaines entreprises de consulter l'administration fiscale sur la valeur d'une entreprise, la durée d'instruction de ce rescrit est jugée trop longue et donc incompatible avec les exigences du monde économique. Enfin, avec 30 à 50 demandes formulées par an, le rescrit « abus de droit » est délaissé par les contribuables qui ont recours à des montages fiscaux complexes alors qu'il apparaît particulièrement adapté aux situations porteuses d'insécurité juridique. En vérité, la crainte des contribuables de provoquer un contrôle fiscal à la suite de la procédure de rescrit entame l'attractivité de ce dernier et illustre les limites actuelles de l'administration de service, les contribuables n'opérant pas encore la distinction entre les services et le contrôle de l'administration.

Face au nécessaire perfectionnement du rescrit, la Commission entend formuler diverses propositions. Elles **visent à réduire les délais de traitement des rescrits, à instituer un recours sur le modèle du référé précontractuel et à élargir le champ du rescrit au contrôle fiscal en créant un « rescrit-contrôle »**.

159. Comme l'a rappelé la Cour des comptes dans son rapport thématique de 2012, « le délai de réponse laissé à l'administration, même réduit à trois mois dans de nombreux cas, est peu compatible avec la vie des affaires »⁵. S'il est vrai que la loi de modernisation de l'économie a réduit le délai de traitement de quatre à trois mois pour de nombreux rescrits, afin de répondre aux attentes du monde économique, un tel objectif n'est pas rempli à l'heure actuelle. Pourtant,

1. *Id.*, p. 3.

2. J.-P. Lieb et R. Heurtier, préc., p. 29.

3. Conseil d'État, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, préc., p. 42 s.

4. *Id.*

5. Cour des comptes, préc., p. 95.

comme l'indique le rapport d'activité de la DGFIP en matière de rescrit, les délais prescrits par le Livre des procédures fiscales semblent être respectés dans la plupart des cas.

Type de Rescrit (services déconcentrés)	Dispositions légales du LPF	Délai moyen de traitement (en jours)
Rescrit général		
Tout impôt	L. 80 B-1°	66,06
OSBL (lucrativité)	L. 80 B-1°	99,42
Rescrits spécifiques :		
Amortissements exceptionnels	L. 80 B-2°	95,51
Entreprises nouvelles	L. 80 B-2°	62,70
CIR	L. 80 B-3°	98,81
JEI	L. 80 B-4°	91,27
Pôle de compétitivité	L. 80 B-5°	90,90
Qualification de la nature des revenus (BIC/BNC)	L. 80 B-8°	57,17
Qualification de la nature des revenus (IR/IS)	L. 80 B-8°	67,62
Mécénat (OIG)	L. 80 C	135,93

Source : applications ERICA et ILIAD-CONTENTIEUX – délai calculé entre la date de réception par le service ou, s'il y a lieu, la date de réponse du contribuable à la demande de renseignements complémentaires et la date de réponse en direction.

Toutefois le point de départ du délai n'est pas la demande initiale formulée par le contribuable mais la réception de la dernière information demandée par l'administration. Or, le formalisme de certaines procédures, jugé « beaucoup trop lourd et incompatible avec la vie des affaires »¹, nécessite souvent l'envoi de nouvelles informations de telle sorte que les délais pour obtenir la réponse dépassent inmanquablement les prescriptions du Livre des procédures fiscales.

Alors que le monde économique se caractérise de plus en plus par sa rapidité, il importe que les outils contribuant le plus à la sécurité juridique correspondent davantage à cette exigence. À ce titre, plusieurs voies peuvent être empruntées.

Une réponse plus rapide de la part de l'administration ayant pour corollaire la mobilisation de moyens humains et financiers importants, une première solution serait de financer cette mobilisation par les contribuables demandeurs de rescrits. En effet, on sait que certains systèmes juridiques ont déjà choisi cette option : le contribuable allemand qui formule une demande de rescrit (« *Verbindlinche*

1. Cour des comptes, préc., p. 95.

Auskunft ») doit ainsi acquitter une somme proportionnelle au gain qu'il espère réaliser à la suite de l'information délivrée par l'administration¹.

D'aucuns soutiennent que la transposition au sein du système fiscal français de l'exemple allemand serait envisageable. Au regard de la sécurité juridique qu'offre le rescrit, d'une part, et l'accélération des délais de traitement qu'une telle mesure pourrait engendrer, d'autre part, les contribuables, surtout les entreprises, seraient prêts à s'acquitter d'une certaine somme. En d'autres termes, si le rescrit constitue, aujourd'hui une « consultation juridique sûre et gratuite »², il serait peu probable qu'il connaisse un certain ralentissement s'il devient une consultation juridique *sûre, rapide* même *payante*. En outre, le caractère payant du rescrit contribuerait à l'amélioration des relations entre l'administration fiscale et les contribuables en accentuant l'aspect « service » de cette relation.

Néanmoins, une telle modification du mécanisme actuel risque de ne pas emporter l'adhésion de tous. Les travaux menés par la Commission ont ainsi fait apparaître que **le caractère payant du rescrit pourrait décourager une partie des contribuables, notamment ceux dont les moyens peuvent être limités, tels que les particuliers, les PME et TPE, d'utiliser ce mécanisme**. De même, on peut craindre que l'administration fiscale concentre son attention et ses moyens sur les demandes de rescrit les plus rémunératrices et, par conséquent, délaisse les demandes plus raisonnables. De la même manière que l'on imagine mal les juges judiciaire et administratif conditionner leurs décisions ou leur choix de traiter les affaires à l'intérêt financier qu'elles représentent, on voit difficilement l'administration fiscale opérer un choix parmi les demandes de rescrits qui lui sont adressées.

Par ailleurs, la mise en place d'un régime mixte visant à rendre payant le rescrit seulement pour les entreprises et/ou seulement pour les demandes nécessitant des recherches importantes paraît également inopportune. Les demandes de rescrit étant déjà handicapées par un véritable formalisme, il serait regrettable d'ajouter encore davantage de raffinements aux démarches que doivent suivre les contribuables en amont. Plus encore, la détermination du caractère payant ou gratuit du rescrit pourrait alors prendre du temps, ce qui est paradoxal pour une mesure visant à réduire les délais de réponse de l'administration.

La mobilisation accrue de moyens humains et financiers qu'engendrerait la réduction des délais de réponse de l'administration ne pouvant pas raisonnablement peser sur les contribuables, **c'est à l'administration fiscale d'investir**

1. Conseil d'État, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, préc., p. 163 s. Par exemple, lorsque l'information permet au contribuable de dégager un gain de 250 000 euros, il devra verser à l'administration fiscale 1 756 euros, soit environ 0,7 % du gain réalisé. Cet exemple chiffré est tiré de l'affaire à l'occasion de laquelle le contribuable avait fait valoir l'inconstitutionnalité du caractère payant du rescrit. Le tribunal des finances de Basse-Saxe le débouta de sa demande dans la mesure où la sécurité juridique apportée par l'information fournie justifiait l'onérosité du rescrit.

2. M. Collet, *Droit fiscal*, préc., p. 185.

davantage de moyens dans ce mécanisme source de sécurité juridique. Un tel effort budgétaire ne serait pas vain car en améliorant l'attractivité du rescrit, mécanisme permettant de prévenir la survenance de litiges, l'administration fiscale pourrait consacrer moins de moyens au suivi du contentieux fiscal, notamment si elle met par ailleurs l'accent sur la publicité des réponses devenues anonymes.

La Commission préconise ainsi, sans que le rescrit ne devienne payant, de réduire de moitié les délais alloués à l'heure actuelle à l'administration fiscale pour répondre aux demandes de rescrit formulées par les contribuables. Ainsi, pour une demande de rescrit générale, l'administration devra répondre en un mois et demi, contre trois mois aujourd'hui.

Proposition n° 46 : Réduire de moitié les délais de réponse de l'administration fiscale en matière de rescrit.

160. Outre la réduction des délais, **il importe de favoriser les recours dirigés contre les réponses fournies par l'administration fiscale.** Si une procédure administrative de recours existe depuis 2008, celle-ci demeure peu utilisée et n'apparaît pas suffisante pour tirer toutes les conséquences de l'objectif poursuivi par le développement de la procédure de rescrit, qui est de garantir la sécurité juridique du contribuable en évitant l'incertitude liée au traitement fiscal d'une opération.

Il conviendrait donc d'**instaurer comme le proposait le Rapport Fouquet, une procédure contentieuse spécifique permettant la contestation par la voie d'un référé devant le tribunal compétent, en s'inspirant du dispositif existant devant les juridictions administratives en matière de référé précontractuel.**

Proposition n° 47 : Instaurer un recours contre les rescrits sur le modèle du référé précontractuel.

161. Au-delà des modalités pratiques du rescrit, son champ d'application doit être élargi. **Il convient que le mécanisme trouve à s'appliquer à l'occasion d'un contrôle fiscal. Il est en effet très préjudiciable que le contribuable ne puisse opposer à l'administration fiscale une prise de position formelle sur des points vérifiés et non redressés par ses agents lors d'un contrôle antérieur.**

L'absence de « rescrit-contrôle » a déjà été critiquée par le Rapport Gibert selon lequel « une demande forte des entreprises est que les points qui n'ont pas fait l'objet d'observations de la part d'un vérificateur lors d'un contrôle fiscal ne puissent être remis en cause lors d'un contrôle ultérieur »¹. Il est en effet incompréhensible qu'un contribuable soit sanctionné sur le fondement d'une pratique

1. Rapport B. Gibert, préc., p. 27.

contrôlée et validée antérieurement par un vérificateur¹. De même, l'inexistence du rescrit-contrôle peut apparaître incohérente au regard de ce qui existe en matière de contrôle URSSAF².

Afin de répondre aux attentes des contribuables, le Rapport Gibert préconisait « que l'article L. 80 B [du LPF] soit complété afin d'apporter aux entreprises ayant fait l'objet d'une vérification une garantie contre une remise en cause de points examinés de manière suffisamment détaillée pendant la première vérification et n'ayant pas fait l'objet en définitive de rectification »³.

162. Si cet appel fut entendu par les pouvoirs publics, la réponse apportée fut décevante. **Le « rescrit-contrôle » simplement organisé par une instruction administrative du 20 juillet 2005⁴, en dehors de tout mécanisme légal, présente de nombreux inconvénients.**

D'abord, organisé par une simple instruction administrative, ce rescrit-contrôle n'est pas à même de susciter la confiance des contribuables, puisqu'ils ne pourront pas obtenir la sanction, devant le juge de l'impôt, de règles composant l'instruction. Ensuite, l'efficacité du dispositif est entamée par son champ d'application restreint, l'instruction limitant en principe la prise de position à un seul point vérifié et non pas à plusieurs (§ 13). Enfin, les modalités de mise en œuvre sont à l'entière discrétion de l'administration fiscale⁵. En somme, l'idée de dialogue qui est censée irriguer le rescrit-contrôle est loin d'être consacrée par

1. Nul doute que ce sujet « “envenimait” tout particulièrement les relations des contribuables et de l'administration fiscale » (G. Noël, *JurisClasseur Procédures fiscales*, Fasc. 339 : Garanties postérieures à la vérification de comptabilité, n° 301 (mis à jour : 15 mars 2014)).

2. En cette matière, « L'absence d'observations vaut accord tacite concernant les pratiques ayant donné lieu à vérification, dès lors que l'organisme de recouvrement a eu les moyens de se prononcer en toute connaissance de cause. Le redressement ne peut porter sur des éléments qui, ayant fait l'objet d'un précédent contrôle dans la même entreprise ou le même établissement, n'ont pas donné lieu à observations de la part de cet organisme » (Art. R. 243-59 du Code de la sécurité sociale, *in fine*). Les rapports Gibert et Fouquet n'ont pas manqué de relever cette discontinuité entre les deux types de contrôle tout en admettant que ces contrôles sont différents, « la complexité [du contrôle fiscal étant] sans commune mesure avec celle du contrôle en matière de cotisations sociales ». À cette différence entre les contrôles fiscal et URSSAF, il est nécessaire d'ajouter que le rescrit ne pouvait être juridiquement accueilli dans la mesure où l'absence de rectification ou encore les mentions du rapport de vérification en cas d'absence de redressement ne constituaient pas une prise de position formelle opposable à l'administration fiscale.

3. Rapport B. Gibert, préc., p. 28.

4. Instr. 20 juill. 2005 : BOI 13 L-3-05 ; Dr. fis. 2005, n° 36, instr. 13382 ; JCP E 2005, n° 35, comm. 1256.

5. Ainsi, l'instruction exige que soient menées, en amont, des « investigations suffisantes » (§ 6 et 14), concept « mou » qui rend imprévisible le recours au rescrit-contrôle. Par ailleurs, elle prévoit que « le vérificateur apprécie le ou les points sur lesquels il peut engager l'Administration » (§ 14). Or, dans la mesure où le vérificateur « apprécie seul

le mécanisme instauré par l'instruction de 2005. Ce constat fut exprimé par le Rapport Fouquet qui voyait dans ce mécanisme un « « rescrit contrôle » *a minima* (...) trop compliqué, exigeant trop d'initiative de la part du contribuable pour contribuer à lui seul à instituer des relations plus confiantes entre le vérificateur et les contribuables »¹.

163. Le regard négatif porté sur le « rescrit-contrôle » actuellement organisé appelle nécessairement une réforme de la matière. La mise en place d'un dispositif légal effectif est « une mesure incontournable si l'on souhaite (...) transformer profondément les rapports entre les vérificateurs et les contribuables »². À ce titre, le Rapport Fouquet proposait « [d']inscrire dans le LPF le principe d'un compte-rendu du vérificateur à destination de l'entreprise sur les points ayant fait l'objet d'une vérification approfondie (sans se limiter aux points faisant l'objet d'un redressement) »³. En pratique, la fin de la procédure de vérification se termineraiit par la remise au contribuable d'un rapport mentionnant les points suffisamment examinés, un tel rapport étant alors opposable à l'administration à l'occasion des vérifications ultérieures.

164. Précédant toute inscription d'un tel mécanisme dans le Livre des procédures fiscales, la Direction générale des finances publiques (DGFIP) a organisé, à titre expérimental, dans une vingtaine de ses services, un dispositif intitulé « garantie fiscale ». Inspiré par le Rapport Fouquet, ce dispositif permettait à certaines entreprises d'obtenir un document mentionnant les points examinés de manière approfondie par le vérificateur et pour lesquels il n'est pas proposé une rectification. L'administration est alors liée par cette prise de position formelle « tant que la situation de fait, la législation ou la doctrine administrative n'est pas modifiée »⁴.

Malgré la volonté affichée de mettre en place un véritable « rescrit-contrôle », la garantie fiscale fut mal perçue par les vérificateurs qui n'adhèrent pas à la mission de service de l'administration. Concevant leur mission comme une mission d'analyse, de détection et, le cas échéant, de sanction, ils ne souhaitent pas devenir des « pourvoyeurs de rescrits »⁵. Les conséquences d'une telle réticence ne se sont pas fait attendre : le dispositif expérimental de la « garantie fiscale » a été quasiment abandonné par l'administration fiscale.

les points à examiner dans la comptabilité » (§ 7), il est certain que la délivrance du rescrit-contrôle demeure dans les mains du vérificateur.

1. Rapport O. Fouquet, préc., p. 36.

2. Rapport O. Fouquet, préc., p. 35.

3. *Id.* Proposition n° 22.

4. V. J.-L. Gautier, La sécurité juridique dans l'exercice du contrôle fiscal, RF fin. publ. 2010, n° 112, 88.

5. J.-L. Gautier, Intervention sur Le dialogue précontentieux, Bilan et perspectives, in M. Cozian, P. Dibout et J.-L. Pierre (dir.), *Droits et garanties du contribuable – Évolution et perspectives vingt ans après le rapport Aicardi*, Litec, 2008, p. 12.

165. Constatant que les entreprises attendaient avec toujours plus d'impatience la mise en place du « rescrit-contrôle » et que les initiatives internes à l'administration fiscale s'étaient révélées inefficaces, la Commission entend proposer l'organisation d'un véritable « rescrit-contrôle ». Comme le préconisait le Rapport Fouquet, **le vérificateur dresserait une liste des points examinés de manière approfondie pour prendre position, de tels points ne pouvant être remis en cause par l'administration fiscale à l'occasion d'un contrôle ultérieur.** Au-delà de cette « initiative » administrative, **il est indispensable que le contribuable puisse également adresser à l'administration fiscale des questions sur certains points évoqués lors du contrôle, et non pas à son terme, les réponses fournies étant alors également opposables à l'administration.**

166. Une difficulté pourrait remettre en question l'efficacité du dispositif proposé. En effet, il est à craindre que les vérificateurs n'adhèrent pas au nouveau « rescrit-contrôle » pour les raisons qui ont déjà été évoquées. Il convient par conséquent de ne pas réitérer l'erreur de l'instruction de 2005 en ne consacrant pas ce dispositif au sein du Livre des procédures fiscales. La modification l'article L. 80 A du LPF afin que la liste des points examinés par le vérificateur soit assimilable à une prise de position formelle de l'administration s'imposerait donc.

Proposition n° 48 : Établir un véritable « rescrit-contrôle » consacré à l'article L. 80 A du LPF.

VI

Réduire les délais du contentieux en matière fiscale

167. Si la lenteur de la justice n'est pas l'apanage de la matière fiscale, il demeure que celle-ci freine particulièrement l'initiative économique des contribuables, particuliers comme entreprises. Le problème est d'ailleurs périodiquement dénoncé. Le Rapport Fouquet stigmatisait déjà les délais de la procédure fiscale devant les juridictions administratives, lesquels « sont dissuasifs, notamment en ce qui concerne le premier degré (...), ce qui amène souvent le contribuable à “préférer une mauvaise transaction à un bon procès” »¹. Le tableau figurant dans le Rapport faisait apparaître des statistiques édifiantes pour l'année 2007 : le délai moyen constaté pour obtenir le jugement des affaires fiscales était de trois ans, un mois et douze jours² ; l'arrêt d'appel n'intervenait, quant à lui, que deux ans, trois mois et trois jours en moyenne après le recours.

La situation a heureusement évolué. Aujourd'hui, il faut généralement attendre 18 mois pour obtenir un jugement devant le Tribunal administratif de Montreuil, compétent en de nombreuses occasions pour les litiges relatifs aux grandes entreprises, et environ le même délai devant la Cour administrative d'appel de Versailles. La décision du Conseil d'État intervient, elle, en général deux ans après le recours, portant à environ 5 ans la durée totale du contentieux.

168. Si cette évolution doit être saluée, la quête d'une justice plus rapide en matière fiscale ne peut être abandonnée. En effet, outre l'incertitude engendrée, tout contentieux implique la mobilisation de moyens humains et financiers qui ne seront pas autrement employés.

169. La Commission entend formuler diverses propositions visant à accélérer l'obtention des décisions par les contribuables. Si cet objectif pourrait être atteint par l'accroissement des moyens dont disposent les juridictions³, l'état

1. Rapport O. Fouquet, préc., p. 55.

2. Le délai de jugement était, pour le Tribunal administratif de Paris, de 5 ans, 7 mois et 11 jours.

3. Le Rapport Fouquet avait d'ailleurs proposé de « Programmer pour l'avenir une augmentation des moyens des juridictions cohérente avec la charge contentieuse fiscale prévisionnelle » (Proposition 49). En pratique, le rapport préconisait la création d'un nouveau Tribunal administratif en région parisienne afin de traiter plus rapidement les contentieux en matière fiscale (Rapport O. Fouquet, préc., p. 56).

des finances publiques ne permet sans doute pas à l'heure actuelle de consacrer davantage de moyens au contentieux fiscal. Devant l'impossibilité d'accroître la capacité de traitement du stock existant, il est indispensable de faire décroître ce dernier. Les propositions qui vont être évoquées ici sont formulées sous forme de lignes directrices, la Commission souhaitant essentiellement à ce stade nourrir la réflexion sur les évolutions souhaitables.

170. Avant même de réguler le stock de contentieux devant les juridictions, il est indispensable d'encadrer la durée des contrôles fiscaux visant les grandes entreprises. Ces dernières signalent en effet l'existence de contrôles pouvant s'étendre sur plusieurs années avec, durant cette période, des interruptions significatives. Entamant substantiellement l'initiative économique des grandes entreprises qui mobilisent des moyens pour faire face au contrôle et provisionnent les sommes qui pourraient potentiellement être réclamées à son issue, la durée du contrôle fiscal doit être maîtrisée. En agissant sur la durée de cette phase précontentieuse, le différend entre le contribuable et l'administration fiscale se terminera plus rapidement.

En pratique, il est nécessaire de limiter la durée des contrôles fiscaux à 9 mois et d'interdire les interruptions des contrôles supérieures à 2 mois.

Proposition n° 49 : Limiter la durée des contrôles fiscaux et réguler les interruptions intervenant lors de ces contrôles.

171. Ensuite, il convient de faire respecter les délais accordés aux parties pour produire leurs mémoires. En ce sens, l'article R. 611-10 du Code de justice administrative prévoit que « Sous l'autorité du président de la chambre à laquelle il appartient, le rapporteur fixe, eu égard aux circonstances de l'affaire, le délai accordé aux parties pour produire leurs mémoires ». Si les contribuables respectent scrupuleusement ces délais qui sont variables en fonction du stade de la procédure¹, l'administration fiscale tarde souvent à soumettre ses écrits². Il est regrettable qu'à la lenteur « inhérente » de la justice s'ajoute l'inertie de l'administration fiscale qui n'est pas suffisamment sanctionnée pour son comportement. En conséquence, la Commission recommande que les juridictions tirent, plus strictement qu'elles ne le font à présent, les conséquences de cette inertie en prévoyant un dégrèvement d'office en cas d'absence de réponse de l'administration fiscale à la suite d'une mise en demeure de produire ses observations par la juridiction. Cette mise en demeure serait automatique lorsque l'administration

1. Généralement entre 1 et 6 mois.

2. Fut ainsi évoqué devant la Commission l'exemple d'un contentieux en cours devant une Cour administrative d'appel : le dernier mémoire déposé par le contribuable, datant de novembre 2013, n'a pas encore reçu de réponse de la part de l'administration fiscale. En l'espèce, l'impôt sur lequel porte le contentieux date de 2006 ; la décision de la CAA interviendra sûrement en 2015 et la décision du Conseil d'État en 2017, soit onze années après les faits.

ne répond pas deux mois après le délai qui lui avait été imparti pour produire ses observations.

Proposition n° 50 : Sanctionner plus strictement l'inertie de l'administration fiscale lors de la procédure contentieuse en prévoyant un dégrèvement d'office en cas d'absence de réponse de l'administration fiscale à la suite d'une mise en demeure de produire ses observations par la juridiction.

172. De même, les délais du contentieux fiscal pourraient être substantiellement réduits en ayant recours à la procédure de demande d'avis au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Le Rapport Fouquet préconisait déjà de « faciliter la procédure de demande d'avis au Conseil d'État et à la Cour de cassation »¹. Comme le prévoient les articles L. 113-1 du Code de justice administrative et L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire, les juges du fond ont la possibilité de saisir pour avis le Conseil d'État et à la Cour de cassation lorsqu'une « question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges » est soulevée par l'une des parties. La matière fiscale est particulièrement propice à l'apparition d'un contentieux de masse, lequel se caractérise par un nombre important de litiges dont la solution dépend d'une même question de droit. Partant, le recours à la procédure d'avis permettra de réduire les délais contentieux : les parties, ayant connaissance de la position des cours régulatrices, auront tendance à éviter le recours au contentieux (dégrèvement de l'imposition, abandon de la procédure contentieuse ou encore non-exercice des recours disponibles).

Malgré les avantages que présente la procédure de demande d'avis, et comme le relevait déjà le Rapport Fouquet², les juges du fond sont peu disposés à transmettre aux juridictions suprêmes les questions de droit fiscal posées similairement devant plusieurs juridictions. La Commission entend donc encourager les juges du fond à transmettre les questions posées par les parties à l'occasion d'un litige.

La Commission préconise également la création d'une procédure de demande d'avis propre à la matière fiscale. Si, à l'heure actuelle, les juges du fond manifestent une certaine discrétion quant à la transmission des demandes d'avis, il serait logique que les Cours suprêmes puissent également apprécier l'opportunité de cette demande. Dotées d'un point de vue plus général, les Cours suprêmes sont plus à même de détecter les questions qui mériteraient leur attention. En pratique donc, le Conseil d'État ou la Cour de cassation pourraient, à la demande des parties, se saisir eux-mêmes des questions de droit susceptibles de se poser dans de nombreux litiges fiscaux afin de se prononcer sur la question préjudicielle ainsi posée.

1. Rapport O. Fouquet, préc., p. 57 (Proposition n° 50).

2. *Id.*

Proposition n° 51 : Encourager les juges du fond à transmettre les demandes d'avis formulées par les parties.

Proposition n° 51 bis : Créer une procédure de demande d'avis particulière à la matière fiscale permettant aux parties d'interroger directement les Cours suprêmes.

173. La gestion du contentieux par l'administration fiscale contribue également à sa lenteur. La volonté affichée d'épuiser l'ensemble des voies de recours alors que la cause n'est manifestement pas favorable est dilatoire : le contentieux s'éternise, le contribuable y mobilise des moyens financiers, l'administration et les juridictions également. Il serait particulièrement opportun que l'administration fiscale réserve ses ressources pour les contentieux dont l'issue demeure incertaine. En d'autres termes, **il importe de rationaliser le « management » du contentieux de la part de l'administration fiscale.**

Si cette rationalisation peut intervenir spontanément, la situation actuelle perdurera sans doute si aucun « arbitrage » extérieur n'intervient. Certes, le contribuable qui fait l'objet d'un contrôle fiscal est parfois en mesure de soumettre le litige aux commissions départementales des impôts directs ou, en ce qui concerne les grandes entreprises, à la Commission nationale présidée par un membre du Conseil d'État ; mais la compétence de ces commissions est pour l'essentiel limitée aux questions de fait¹. De même, l'expertise du Comité de l'abus de droit fiscal², lequel est prévu à l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales qui dispose qu'en « cas de désaccord sur les rectifications notifiées sur le fondement [de l'abus de droit], le litige est soumis, à la demande du contribuable, à l'avis du comité de l'abus de droit fiscal », est circonscrite.

Il importe de s'inspirer de ces différentes hypothèses d'externalisation qui sont très utiles si l'administration se rallie aux avis qui lui sont donnés. La Commission ne peut donc que saluer la très récente création du « Comité National d'experts »³, lequel a vocation à fournir un éclairage externe à l'administration fiscale pour les dossiers les plus complexes. Le Comité, présidé par M. P.-F. Racine, Président honoraire de la Section des finances du Conseil d'État, et composé par des fiscalistes venus des entreprises et des universités, aura ainsi à donner un avis *en droit* sur le bien-fondé des rappels et pénalités.

Si la Commission estime la création de ce Comité particulièrement opportune puisqu'il permettra à l'administration fiscale, si elle abonde dans le sens

1. Art. L. 59 du LPF.

2. Le comité, composé d'un conseiller d'État, d'un conseiller à la Cour de cassation, d'un avocat ayant une compétence en droit fiscal, d'un conseiller maître à la Cour des comptes, d'un notaire, d'un expert-comptable et d'un professeur des universités (agrégé de droit ou de sciences économiques) émet un avis sur le bien-fondé des rectifications litigieuses envisagées.

3. Annonce de M. Sapin et Ch. Eckert lors d'une conférence de presse sur l'amélioration des relations entre l'administration fiscale et les entreprises (1^{er} avril 2015).

de l'avis qu'il pourra rendre, de mieux gérer les contentieux les plus complexes, des doutes subsistent quant au mode de saisine du Comité. En effet, **alors que seule l'administration semble être *a priori* habilitée à saisir le Comité, il serait avisé de prévoir, afin que la démarche d'externalisation soit effective, qu'il puisse également s'autosaisir des problèmes de droit posés par certains redressements « de place » lorsqu'il estimera que son avis pourra utilement éclairer l'administration dans l'appréciation de leur bien-fondé.** Une telle mesure ne doit pas faire craindre une activité trop importante du Comité, lequel sera nécessairement limité par ses moyens et donc amené à choisir minutieusement les problèmes de droit dont il entend se saisir.

Proposition n° 52 : Autoriser le « Comité National d'experts » à s'autosaisir des problèmes de droit posés par certains redressements « de place » lorsqu'il estimera que son avis pourra utilement éclairer l'administration dans l'appréciation de leur bien-fondé.

VII

Encadrer toute nouvelle interprétation administrative de la norme fiscale

174. Créé en 2012 à la suite du projet « PERGAM », le BOFiP constitue un outil essentiel à la sécurité fiscale en compilant l'ensemble de la doctrine administrative dans une seule et unique base de données. Comme le tableau reproduit ci-dessous le montre, contribuables et agents de l'administration consultent activement le BOFiP.

Données statistiques de fréquentation de BOFiP-Impôts	du 12/09/2012 au 31/12/2012	du 01/01/2013 au 31/12/2013
Nombre de consultations ou visites en cumul sur la période		
en zone agents (intranet)	215 989	939 590
en moyenne par mois	53 997	78 299
en zone Internet	418 451	5 204 330
en moyenne par mois	104 613	433 694
Nombre de visiteurs différents en cumul sur la période		
en zone agents (intranet)	74 501	258 455
en moyenne par mois	18 625	21 538
en zone Internet	206 219	2 813 343
en moyenne par mois	51 555	234 445
Durée moyenne de consultation (statistique fournie au titre du dernier mois de l'année)		
en zone agents (intranet)	620,5 s	375
en zone Internet	526 s	412 s
Nombre de textes consultés		
en zone agents (intranet)	donnée non disponible	donnée non disponible
en zone Internet	donnée non disponible	donnée non disponible
Nombre de textes en lignes		
de type contenu (documents maîtres)	4 514	4 618
de type annexe	599	582
de type actualité	66	276

175. Toutefois, les entreprises ont pu constater que la mise en place de cette base de données s'était accompagnée d'une multiplication des modifications rédactionnelles de la doctrine administrative existante. Aux modifications « régulières », rendues nécessaires par l'adoption d'une nouvelle mesure fiscale ou encore par une décision judiciaire, s'ajoutent ainsi des modifications « irrégulières » s'analysant en des modifications substantielles de l'interprétation des textes. **Sous couvert d'apporter des précisions, l'administration fiscale introduit des modifications intempestives n'ayant pas fait l'objet d'une concertation.**

Exemples de modifications « irrégulières » du BOFiP

Fichiers des écrits comptables (FEC) et succursales françaises de sociétés étrangères :

En décembre 2013, une doctrine administrative indiquait que les succursales françaises de sociétés étrangères n'étaient pas soumises à la nouvelle obligation de remise des comptabilités informatisées dès lors que le Code de commerce ne leur impose pas la tenue d'une comptabilité.

En février 2014, cette position doctrinale évolue sans qu'intervienne un événement spécifique imposant aux succursales le respect de cette obligation et en l'absence totale de consultation préalable.

Crédit d'impôt recherche et sous-traitance agréée :

Dans le cadre des commentaires de l'article 71 de la loi de finances pour 2014, lequel est relatif aux dépenses des « jeunes docteurs », une modification tenant à la sous-traitance agréée fut intégrée. Cette modification était en contradiction avec une pratique établie depuis de nombreuses années selon laquelle les dépenses de recherches réalisées en France donnent lieu à un Crédit d'impôt recherche, peu importe le mode d'organisation de ces recherches.

Dispositif « *stock-options* pour tous » :

Six ans après la mise en place du dispositif « *stock-options* pour tous », et allant à l'encontre d'une position de la Direction générale du travail datant de 2010, une précision doctrinale est venue l'étendre aux attributions réalisées par les sociétés étrangères cotées au profit des mandataires sociaux de filiales établies en France.

Contrevenant indéniablement à la sécurité juridique, une telle pratique administrative doit impérativement être régulée. Pour que le BOFiP continue de constituer un outil de sécurité juridique, il faut faire en sorte que l'administration ne le modifie que lorsque cela est justifié par une erreur de rédaction manifeste, une jurisprudence contraire à l'interprétation de l'administration, ou encore par l'adoption d'un nouveau dispositif légal. Dans le cas contraire, si aucun événement ne vient « justifier » la modification de la doctrine existante, il importe que la modification soit précédée d'une consultation publique et qu'elle fasse l'objet, lors de sa publication, d'une diffusion particulière, notamment par l'intermédiaire d'un onglet particulier sur le BOFiP.

Quant à la mise en œuvre de cette mesure, la publication d'un code de conduite qui donnerait lieu à un contrôle d'application chaque année, notamment à travers la réalisation d'un rapport, pourrait permettre d'atteindre cet objectif.

Proposition n° 53 : Réguler les modifications injustifiées du BOFiP par l'administration fiscale.

QUATRIÈME PARTIE

LE DROIT DU TRAVAIL

*« Ne craignez pas notre droit social.
La France est un pays qui va vous permettre de faire de très belles affaires ».*
Manuel Valls aux investisseurs chinois, 30 janvier 2015

I

Approche structurelle

176. Un droit plus exposé – L'insécurité juridique présente en droit du travail des caractéristiques plus marquées que dans les autres matières. La matière se distingue tout d'abord par des sources nombreuses et diversifiées, dont l'imbrication est devenue un facteur de complexité. Aux côtés des sources traditionnelles que sont la loi, le règlement, la convention et l'accord collectif, décliné à plusieurs niveaux – interprofessionnel, branche, entreprise, établissement –, s'ajoutent ainsi les sources professionnelles unilatérales – usages d'entreprise, engagements unilatéraux de l'employeur, et règlement intérieur. Ce « mille-feuille » des sources en fait un droit naturellement exposé à l'insécurité juridique, *a fortiori* lorsque cette construction, conçue pour une usine métallurgique se développant régulièrement grâce aux Trente Glorieuses, doit évoluer vers plus de flexibilité face à la montée du secteur tertiaire et de la société de l'immatériel, avec une croissance beaucoup plus faible voire nulle.

Amplifiant le mouvement, les clefs de résolution classiques des conflits de normes sont devenues ces dernières années de moins en moins efficaces et intelligibles. La supériorité de la loi est contestée de tous côtés – par la profusion des sources supra législatives, comme par la multiplication des accords dérogatoires¹ –, le principe de faveur cède face au développement des dérogations entre loi et convention, ou entre conventions supérieure et inférieure². Ainsi,

1. Pour permettre davantage de flexibilité, le législateur de 1982 a autorisé les partenaires sociaux à déroger dans certains domaines à la loi, mais exclusivement par accord collectif. Cette possibilité de dérogation ne vaut que pour les conventions collectives, et non pour le contrat de travail. À l'origine réservée aux accords de branche, elle a été de plus en plus ouverte aux accords d'entreprise. La liste légale de ces dérogations a été augmentée année après année : du forfait-jours de janvier 2000 aux 6 nouvelles entrées de la loi du 4 mars 2004.

2. V. F. Bocquillon, *Que reste-t-il du principe de faveur ?*, Dr. soc. 2001, 255. Pour un exemple de dérogation, v. l'art. L. 5125-1 C. trav. (instauré par la loi du 14 juin 2013),

la hiérarchie des normes conventionnelles, caractérisée par la prééminence de la convention collective de niveau supérieur sur celles de niveau inférieur, cède face à la négociation d'entreprise¹ légitimement encouragée loi après loi par le législateur – pour résoudre les problèmes là où ils se posent, mais aussi limiter le contentieux par ce consensus collectif. Loin de se raréfier et de se rationaliser, les sources se ramifient et s'entremêlent.

En outre, la forte visibilité sociale de la matière en fait un marqueur politique : toute alternance commence ainsi par l'abrogation de textes issus de la précédente majorité et la présentation de nouveaux, marquant symboliquement la rupture. Les mêmes problématiques – licenciements collectifs, licenciements individuels, intéressement et participation, temps de travail – font ainsi l'objet de textes qui se succèdent aux rythmes des changements de majorité. Ces échéances politiques ont aussi des effets délétères en amont, comme l'ont montré en mars 2012 la suspension de la négociation interprofessionnelle sur les accords compétitivité-emploi, certains syndicats préférant attendre une éventuelle alternance, puis le 21 janvier 2015 l'échec de la négociation sur la rénovation des instances représentatives du personnel, le MEDEF n'étant guère prêt à céder beaucoup dans l'attente des élections de 2017.

En droit du travail, l'alternance politique signe l'alternance du droit. La matière subit plus que toute autre la pression sociale et les pulsions politiques. La politisation du droit du travail est une cause majeure d'instabilité normative.

Enfin, sur ce terreau mouvant, le juge joue un rôle central qui, loin de rendre plus stable et certaine la matière, ajoute souvent à l'insécurité. Trop de conflits, individuels ou collectifs, ne trouvent leur solution que devant le juge. La judiciarisation du droit du travail et l'insécurité qui en résulte expliquent également les critiques récurrentes dont le droit du travail en son ensemble est l'objet.

Bref, comme on l'a exprimé au terme d'une étude générale sur l'insécurité juridique en droit du travail, « l'instabilité de la loi, la multiplication et l'obs-

relatif aux accords de maintien de l'emploi (« En cas de graves difficultés économiques conjoncturelles dans l'entreprise dont le diagnostic est analysé avec les organisations syndicales de salariés représentatives, un accord d'entreprise peut, en contrepartie de l'engagement de la part de l'employeur de maintenir les emplois pendant la durée de validité de l'accord, aménager, pour les salariés occupant ces emplois, la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ainsi que la rémunération au sens de l'article L. 3221-3, dans le respect du premier alinéa de l'article L. 2253-3 et des articles L. 3121-10 à L. 3121-36, L. 3122-34 et L. 3122-35, L. 3131-1 à L. 3132-2, L. 3133-4, L. 3141-1 à L. 3141-3 et L. 3231-2 »). Globalement, la convention collective, anciennement instrument d'amélioration du sort des salariés, s'est transformée en outil de gestion pour l'entreprise : v. B. Teyssié, J.-F. Cesaro et A. Martinon, *Droit du travail – Relations individuelles*, LexisNexis, 3^e éd., 2014, n° 110, p. 59.

1. La loi du 4 mars 2004 a permis de négocier dans l'entreprise des accords dérogeant aux conventions de branche (v. article L. 2252-3 C. trav.). La loi du 20 août 2008 a prolongé le mouvement notamment en matière de temps de travail : l'accord de branche traditionnellement impératif devient supplétif de l'accord d'entreprise (v. art. L. 2252-1 C. trav.).

curité des textes, la difficile articulation des sources de droit, l'usage grandissant de règles issues du seul milieu professionnel (guides, recommandations, normes techniques) contribuent à un sentiment d'insécurité. La place centrale du juge, la référence croissante aux conventions internationales assorties d'un contrôle de conventionalité sont autant de facteurs d'instabilité du droit »¹.

177. Une législation considérée comme illisible – Si l'on tente de détailler les maux dont souffre le droit du travail, on est immédiatement renvoyé à une masse de règles écrites, que l'on a pris l'habitude de mesurer, de peser voire de soupeser, et dont on se plaît souvent à rappeler le caractère confus et complexe. Un Code du travail de près de 10 000 articles et dont on mesure l'épaisseur pour figurer l'atrophie normative – 2 000 à 3 000 pages selon les éditions – et en dénoncer le caractère indigeste. Même si « comparaison n'est pas raison », particulièrement en droit du travail où l'histoire et la culture sociales sont souvent différentes, l'exemple suisse sert ici de mètre étalon de la vertu – 54 articles² ! –, là où notre droit écrit serait affublé de la plupart des tares qu'une législation peut souffrir. C'est un stéréotype³, mais il a la vie dure. D'où le fait, pour le dire rapidement, que « la législation du travail atteint de tels niveaux de complexité, de contradiction et de flou que la possibilité pour le justiciable de connaître ses droits et devoirs est devenue dans certains cas purement chimérique »⁴. La recodification à droit constant, sous cet aspect, n'a pu simplifier le droit⁵. Il faudrait une loi, pense-t-on naïvement, pour simplifier d'un coup de baguette législative.

**Proposition de loi visant à simplifier le Code du travail
afin que ses dispositions deviennent lisibles, applicables et compréhensibles
par les entreprises et notamment les plus petites
(Ass. nationale, 14^e législature, n° 628)**

Montesquieu avait pour habitude de dire que « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires ». Cette citation est parfaitement applicable au Code du travail, tant sa complexité empiète sur son effectivité et sa perspicacité.

Quand on se place du côté du droit comparé, ce constat ne fait que s'étendre. En effet, la comparaison est peu flatteuse pour le pays du Code civil. Ainsi, le Code du travail suisse ne compte que 54 articles, face aux 10 000 du Code du travail français. Quant à nos voisins anglo-saxons, ceux-ci peuvent être heureux de voir leur fiche de paie simplifiée au maximum, avec 4 lignes, tandis que les fiches de paie française

1. F. Favennec-Héry (dir.), *La sécurité juridique en droit du travail*, LexisNexis, 2013, p. 2.

2. Il faut y ajouter des dispositions du Code suisse des obligations ainsi que la loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce.

3. Outre les spécificités des États fédéraux, ce pédagogique exemple ne doit pas non plus faire oublier le fait que dans nombre de pays, si le Code est effectivement nettement moins volumineux car n'entrant pas dans le moindre détail, il ne faut pas oublier les conventions collectives applicables elles aussi fort longues et/ou complexes.

4. Pour la loi, v. G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, Dalloz, 29^e éd., 2015, n° 47.

5. B. Teyssié, Sur la sécurité juridique en droit du travail, *Dr. soc.* 2006, 703.

se voient alourdis de 24 lignes. De même, face aux 30 formes de contrat de travail disponibles en France, le Royaume-Uni ne se base que sur 1 seule forme de contrat, facilitant les règles inhérentes à ce contrat unique.

À voir la place qu'occupe le Royaume-Uni dans le classement *Doing Business* de juin 2011 (7^e place), qui se charge de classer chaque pays en fonction de l'efficacité économique de son droit, et celle de la France (29^e place), il serait donc aventureux d'estimer notre Code du travail performant.

De plus, cette complexité du Code du travail crée une véritable fracture entre les petites et les grosses entreprises. En effet, les TPE et certaines PME ne disposent pas de moyens suffisants pour se doter de services juridiques, afin d'analyser et d'intégrer toute la « logorrhée législative et réglementaire ».

Il est donc grandement nécessaire de recentrer le code du travail vers des objectifs de clarté et de simplicité, tant « le législateur est perdu dans l'abondance de son œuvre » comme l'écrivait Georges Ripert.

On est bien loin de ce précepte de Montesquieu, dans l'Esprit des Lois, suivant lequel « ceux qui ont un génie assez étendu pour donner des lois à leur nation doivent faire preuve de certaines attentions sur la manière de les former. Elles doivent être simples et ne doivent point être subtiles. Elles ne sont point un art de logique mais la raison simple d'un père de famille » ! Ces préceptes ne sont appliqués que très rarement. Ainsi, même lorsque la situation des TPE est prise en compte par les pouvoirs publics, les textes sont loin d'être éclairés.

On se souvient du décret du 7 février 2012, publié au Journal officiel du 8 février, qui instituait une aide à l'embauche de jeunes de moins de 26 ans pour les très petites entreprises de moins de 10 salariés. L'intention était louable, mais la mise en œuvre de cette aide allait se révéler très compliquée comme le dispose l'article 2 dudit décret :

« Le montant de l'aide est calculé selon les modalités prévues au III de l'article L. 241-13 et au I de l'article D. 241-7 du code de la sécurité sociale dans leur rédaction en vigueur au 31 décembre 2010.

Le coefficient maximal pris en compte pour le calcul de l'aide est de 0,14. Il est atteint pour une rémunération égale au salaire minimum de croissance. Ce coefficient devient nul pour une rémunération horaire égale au salaire minimum de croissance majoré de 60 %.

Le coefficient est déterminé par l'application de la formule suivante :

Coefficient = $(0,14/0,6) \times [1,6 \times \text{montant mensuel du SMIC/rémunération mensuelle brute hors heures supplémentaires et complémentaires} - 1]$. Le résultat obtenu est arrondi à 3 décimales, au millième le plus proche. »

Dès lors, le non-respect de cette directive très compliquée ouvre la voie à des sanctions graves de l'Inspection du Travail et des URSSAF, mettant en péril la pérennité de certaines TPE, qui, par son statut même de TPE, ne peut l'appliquer, en ce qu'elle ne dispose pas de services juridiques compétents.

178. L'obsession réglementaire française – Il faut dire qu'au mépris de l'article 34 de la Constitution, le législateur français ne se contente pas de définir « les principes fondamentaux » du droit du travail. Se méfiant du pouvoir règle-

mentaire, il se comporte souvent en chef de bureau et entre dans un grand luxe de détails (allant jusqu'à distinguer lettre recommandée avec AR ou sans AR). En cas de problèmes d'application, la règle du parallélisme des formes obligera alors, en principe, à recourir à la loi, selon un phénomène inflationniste qui contribue au sentiment d'insécurité juridique. Des lois très détaillées appellent des textes réglementaires d'application eux-mêmes très détaillés. Un droit à haute densité législative et réglementaire entrave l'initiative économique, surtout s'il s'agit d'un droit du quotidien comme le droit du travail où, par exemple, les heures supplémentaires sont calculées à la semaine. Il génère en outre des coûts – de formation, de documentation, de personnel – qui pèsent sur les opérateurs économiques, ici les entreprises. Il rebute et, à l'heure de comparer les lieux d'investissement, il pèse sur les choix. Comme on l'a rappelé récemment, « l'extrême complexité du droit social en France aboutit à l'ineffectivité de sa fonction protectrice en même temps qu'elle bride l'initiative des entreprises et l'activité économique »¹.

179. Instabilité normative et incertitude sur la portée des normes – Comme en d'autres domaines, mais ici avec des effets pervers accrus, la portée réelle d'une loi n'est vraiment fixée en droit du travail que lorsque la Cour de cassation tranche les questions principales qu'elle suscite inévitablement. Certains contentieux sont, à ce titre, particulièrement symptomatiques, révélateurs d'une lenteur pathologique et pénalisante pour l'entreprise comme pour les salariés. Caricature : il a fallu neuf ans de contentieux pour déterminer s'il était possible à un salarié de se faire assister d'un conseiller extérieur lors de l'entretien préalable au licenciement, dans l'hypothèse où il y a des représentants du personnel au sein de l'unité économique et sociale². Au total, la Cour de cassation – qui a fait en dix ans de considérables progrès en termes de délais de jugement – aura statué quinze ans après l'entrée en vigueur de la loi ayant instauré le conseiller du salarié. Il en résulte nécessairement un décalage temporel qui change la donne : le point de vue sur un texte et sur les obligations qui en résultent n'est pas le même quinze ans après son édicton. Les problèmes ont évolué et les points de vue avec ; mécaniquement, le temps crée des biais dans l'interprétation des dispositions. La durée des contentieux est en soi une source de transformation du droit dont les effets vont se faire rétroactivement ressentir sur les justiciables de la règle.

Au-delà de ces contentieux exorbitants, il faut en moyenne quatre à cinq ans pour que le juge de cassation statue, et ainsi que le justiciable en cause, mais aussi les acteurs du droit du travail soient fixés sur la portée du droit applicable : les arrêts des 23 mai 2013 et 15 octobre 2014 ont ainsi conforté la rupture conventionnelle issue de la loi du 25 juin 2008. De même, il a fallu attendre six années après la loi refondatrice du 20 août 2008 pour déterminer qu'un syndicat catégoriel de cadres « ne peut négocier et signer seul un accord

1. J. Barthélémy et G. Cette, *in* Lettre Trésor-Eco n° 137, octobre 2014.

2. Soc., 21 septembre 2005, Dr. Soc. 2006, 105, obs. J. Savatier ; JCP S 2005, 1320, note R. Vatinet.

d'entreprise intéressant l'ensemble du personnel »¹. Sans évoquer le fait que le temps d'intervention de la Cour de cassation dépasse parfois la durée de vie de la loi, de telle sorte que le juge intervient alors à un moment où la réglementation dont il fixe le sens a déjà disparu...

L'incertitude pèse sur les choix et entraîne des comportements « conservateurs » : les intéressés préfèrent ne pas se servir des instruments consacrés par le texte dès lors qu'ils doutent des conditions de leur application et du régime que la Cour de cassation sera conduite à dégager.

**Un exemple de paralysie :
les accords de mobilité issus de la loi du 14 juin 2013**

Ces accords sont fort utiles pour redéployer à temps le personnel entre les sites afin d'éviter des licenciements économiques futurs. Or deux ans après l'entrée en vigueur de la loi, aucun n'a été signé : la flexibilité promise existe bien dans les textes, mais pas dans les faits.

Parmi les raisons de cet échec, l'incertitude sur cette question – essentielle – de savoir ce que sera le sort des salariés refusant cette mobilité conventionnelle.

Selon l'article L. 2242-23 du Code du travail, « lorsqu'un ou plusieurs salariés refusent l'application à leur contrat de travail des stipulations de l'accord relatives à la mobilité interne, leur licenciement repose sur un motif économique, est prononcé selon les modalités d'un licenciement individuel pour motif économique ».

La mise en œuvre de la disposition est délicate. Prenons un exemple : 32 salariés de Grenoble refusent de rejoindre l'usine de Lyon, située dans la « zone géographique » fixée par le nouvel accord d'entreprise. Ils vont, en application de l'article L. 2242-23 du Code du travail, être licenciés pour motif économique, mais individuellement et donc sans PSE. Comment alors motiver leur lettre de licenciement sur une « cause réelle et sérieuse » ?

La suppression de leur poste grenoblois est acquise : voilà le motif réel. Mais le motif sérieux ? Dans l'esprit du législateur, il s'agit des motifs qui sont à l'origine de la signature de l'accord de mobilité. Mais, l'accord de mobilité ne pouvant être signé que « dans le cadre de mesures collectives d'organisation courante sans projet de réduction d'effectifs » (art. L. 2242-21), on voit mal l'employeur subitement trouver de graves difficultés économiques ou de lourdes mutations technologiques. Peut-il davantage invoquer la « sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise » tout entière ? Il faudrait que de simples mobilités puissent y prétendre, ce qui est difficilement pensable en l'état de la jurisprudence.

La Chambre sociale tient donc entre ses mains le sort des accords de mobilité : si elle ne fait pas évoluer sa jurisprudence sur le motif économique, elle condamne ces accords puisque chaque salarié refusant l'application d'un accord collectif serait assuré d'obtenir du Conseil des prud'hommes au minimum six mois de dommages-intérêts. Or, si l'entreprise estime inévitable une condamnation pour défaut de cause réelle et sérieuse, elle préférera logiquement procéder tout de suite à de véritables licenciements économiques, et tant mieux s'ils sont finalement jugés fondés.

1. Soc., 2 juillet 2014, n° 13-14.622.

Dans cette recherche des causes de blocage, il faut également évoquer le rôle qu'une partie de la doctrine joue face aux innovations nécessaires pour lutter contre les licenciements économiques et l'inexorable montée du chômage, avec une vision juridico-contentieuse traduisant une aversion au risque. En mettant d'abord en avant à l'occasion des lois nouvelles les problèmes juridiques qui pourraient se poser, voire les « nids de contentieux futurs », elle trouble par avance DRH ou délégués chargés de mettre en place des accords déjà socialement difficiles. Associée à une posture de « résistance » de la part de certains syndicats conduisant parfois au dépôt de bilan (v. Goodyear Amiens-Nord fin 2014), l'échec des accords de maintien dans l'emploi – conditionnés à la signature d'accords d'entreprise majoritaires – y trouve, au-delà de leur complexité, une partie de son explication. Or, avec 3,5 millions de chômeurs, mieux vaut une flexibilité interne collectivement négociée, qu'une flexibilité externe faite de licenciements économiques voire de PSE. Où l'on en appellera alors à un « discours de responsabilité » qui permette d'inverser la tendance, et remette en place le cercle vertueux de la sécurité juridique.

Plus généralement, et malgré l'heureux revirement jurisprudentiel du 27 janvier 2015, la montée en puissance de la négociation collective est encore parfois regardée avec méfiance sinon défiance. Sa progression loi après loi depuis 1982, afin de créer du consensus pour trouver des solutions adaptées, oblige à une évolution de notre mode de pensée.

Directeur général du Travail de 2002 à 2014, M. J.-D. Combrexelle, constatait en 2010 qu'il reste du chemin à parcourir : « En France, la négociation, le dialogue social ne relèvent jamais de l'évidence. Il faut, par exemple, dire au juge qu'il est important de laisser une marge aux partenaires sociaux et que, sans faire de l'accord collectif une zone de non droit, cela suppose de sa part une dose de « *self restraint* » ; au juriste que le droit de la négociation n'est pas un simple exercice intellectuel à réaliser sur telle ou telle partie d'un accord, mais qu'il forme un tout et qu'il y a derrière des enjeux essentiels pour les salariés et les entreprises ; au fonctionnaire que tout ne passe pas par la loi et le décret, et que le renvoi à la négociation peut être un moyen d'assurer une politique publique ; aux partenaires sociaux enfin, que la négociation est encore plus pertinente, même si elle est plus difficile, en période de crise »¹.

180. Fondamentalisation du droit du travail et incertitude sur les normes applicables – Dans le même temps, la prolifération de normes d'origine internationale et européenne, jointe à l'essor des droits et libertés fondamentaux à valeur constitutionnelle dans l'ordre interne, a conféré aux juges un pouvoir de remise en cause de la loi dont l'imprévisibilité est à la mesure de la malléabilité de ces textes aux fondements et logiques souvent différents.

L'articulation de textes internationaux nombreux et souvent redondants devient elle-même source de contentieux. Conventions de l'OIT, Pacte

1. J.-D. Combrexelle, La carte et le territoire, Dr. soc. 2010, 543.

international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, Charte sociale européenne (Conseil de l'Europe), Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs... l'agencement de ces textes et leur application dans l'ordre juridique interne, à la verticale (dans les relations avec l'État) comme à l'horizontale (dans le domaine des relations entre particuliers), directement ou indirectement, selon qu'ils posent des droits ou des principes¹, nourrissent un contentieux important.

J. Daniel, Les droits et libertés fondamentaux

(F. Favennec-Héry (dir.), *La sécurité juridique en droit du travail*, LexisNexis, 2013, p. 7)

La sécurité juridique implique un environnement juridique fiable qu'il est paradoxalement difficile de trouver lorsque les normes supra-légales sont mobilisées au soutien des droits et libertés fondamentaux.

De multiples sources peuvent être mobilisées pour donner corps à la masse imposante des droits et libertés fondamentaux susceptibles d'influencer le cours des relations de travail. Ce foisonnement des sources internationales, européennes et internes des droits et libertés fondamentaux peut donner une impression de désordre dont l'ampleur nuit à la maîtrise de la norme. Des difficultés apparaissent en relation avec l'agencement des normes internationales, européennes et internes et sont révélatrices d'un conflit de suprématies et de normes supra-législatives que ne résolvent pas nécessairement à l'identique les institutions internes, européennes et internationales.

L'invocation répétée des textes juridiques, même les plus généraux, en accroît petit à petit la portée. Les dispositions internationales et européennes consacrant des droits et libertés fondamentaux gagnent progressivement, comme les principes constitutionnels, leurs galons de norme juridique à part entière. Des textes, dont l'absence de juridicité était il y a peu unanimement constatée, sont régulièrement mobilisés et appliqués aux relations de travail.

La multiplication des sollicitations des sources constitutionnelles, internationales ou européennes conduit nécessairement les juges à en préciser le régime juridique avec le risque de positions dissonantes produisant une impression d'instabilité, de contrariété entre les normes et de tension qu'aucun juge suprême ne peut définitivement clore.

À ce titre, **la seule question de l'applicabilité directe des différents instruments internationaux est en soi une source d'incertitudes et donc de contentieux.**

Il en va ainsi du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dont la Chambre criminelle a pu reconnaître l'effet direct de certaines

1. La distinction des droits et des principes est invoquée dans le débat sur l'applicabilité directe de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (articles 51, paragraphe 1, et 52, paragraphe 5). V. les explications de l'Avocat général Cruz Villallon dans ses conclusions sur l'arrêt C-176/12 du 15 janvier 2014.

dispositions¹, à l'inverse de la Chambre commerciale². La Chambre sociale, dans la suite de sa jurisprudence sur le CNE et la Convention OIT n° 158³, a reconnu expressément l'effet direct de l'article 6 § 1 du Pacte international relatif aux droits économiques sociaux et culturels, qui consacre le droit au travail et garantit le droit qu'à toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi ou accepté⁴. La même Chambre sociale a d'abord rejeté l'effet direct de la Charte sociale européenne⁵, pour admettre ensuite l'effet direct de certaines de ses dispositions⁶. Le Conseil d'État, après avoir précisé ce qu'il entendait par effet direct⁷, a dans la même période refusé de faire produire un

1. Crim., 15 octobre 1991, n° 90-86791 ; 17 mai 2000, n° 99-86606 ; 25 septembre 2001, n° 00-82341 ; 30 janvier 2001, n° 00-83775.

2. Sur l'article 11 du Pacte qui garantit le droit à un niveau de vie suffisant, v. Com., 25 janvier 2005, n° 03-10068.

3. Soc., 1^{er} juillet 2008, n° 07-44124, Bull. n° 146. Pour un exemple distinct concernant une convention OIT, v. Versailles, 5 septembre 2012, n° 11-00637, RJS 2012, n° 918, qui vise la Convention OIT n° 156 du 23 juin 1981 sur les travailleurs ayant des responsabilités familiales pour juger sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié pour refus de mutation alors que son contrat prévoyait une clause de mobilité, dans une hypothèse où la mutation aurait triplé son temps de transport quotidien alors que son enfant n'était âgé que de quatre mois. V. J. Daniel *in La sécurité juridique en droit du travail*, préc., n° 14, p. 9 s.

4. Soc., 16 décembre 2008, n° 05-40876.

5. Soc., 17 décembre 1996, n° 92-44203.

6. Se sont ainsi vu reconnaître un tel effet les articles 5 (Droit syndical) et 6 (Droit à la négociation collective) de la Charte sociale révisée (Soc., 14 avril 2010, n° 09-60426 et 09-60429 ; 10 novembre 2010, n° 09-72856 ; 1^{er} décembre 2010, n° 10-60117 ; 8 décembre 2010, n° 10-60223 ; 16 février 2011, n° 10-60189 et 10-60191 ; 23 mars 2011, n° 10-60185 ; 28 septembre 2011, n° 10-19113 ; 14 décembre 2011, n° 10-18699) ainsi que l'article 24 (Droit à la protection en cas de licenciement) de cette même Charte (Soc., 12 janvier 2011, n° 09-41904). La Chambre sociale a également admis d'appliquer des dispositions générales de la Charte sociale révisée, combinées avec l'article 5, que sont l'article A, qui précise l'étendue des engagements des États membres de la Charte, l'article E qui consacre le principe de non-discrimination dans l'exercice des droits de la Charte et l'article G qui définit les restrictions autorisées par la Charte (Soc., 29 février 2012, n° 11-60203 ; Soc., 10 mai 2012, n° 11-60235).

7. V. l'arrêt *GISTI et FAPIL* du 11 avril 2012 dans lequel le juge administratif expose qu'une norme internationale est d'effet direct lorsque, « *eu égard à l'intention exprimée des parties et à l'économie générale du traité invoqué, ainsi qu'à son contenu et à ses termes, elle n'a pas pour objet exclusif de régir les relations entre États et ne requiert l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers* ». Il ajoute en outre que « *l'absence de tels effets ne saurait être déduite de la seule circonstance que la stipulation désigne les États parties comme sujets de l'obligation qu'elle définit* ».

tel effet à la Charte sociale européenne¹ pour finalement reconnaître pour la première fois l'effet direct de l'un de ses articles².

En revanche, c'est une solution différente qui a pu être consacrée concernant la Charte des droits fondamentaux. La difficulté qu'elle a pu soulever est d'ailleurs symptomatique de l'extrême complexité de la question de l'effet direct horizontal des normes supranationales et, par suite, de la litigiosité inhérente à la promotion d'instruments internationaux protecteurs des droits fondamentaux³. Au cas d'espèce, la difficulté provient de la distinction, opérée par la Charte, quant à leur justiciabilité, entre les « droits » et les « principes » : les institutions de l'Union et les États « respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités » (art. 51 §1). De même, les dispositions de la Charte « qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives. Leur invocation devant le juge n'est

1. CE, 4 juillet 2012, *Confédération française pour la promotion sociale des aveugles et des amblyopes (CFPSAA)*, n° 341533 ; 7 novembre 2012, n° 350313. V. C. Nivard, L'effet direct de la Charte sociale européenne devant les juridictions suprêmes françaises, RDLF 2012, chron. n° 28 (www.revuedlf.com).

2. CE, 10 février 2014, n° 358992, X : « 5. Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 24 de la charte sociale européenne : "En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection en cas de licenciement, les Parties s'engagent à reconnaître : / a. le droit des travailleurs à ne pas être licenciés sans motif valable lié à leur aptitude ou conduite, ou fondé sur les nécessités de fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ; / b. le droit des travailleurs licenciés sans motif valable à une indemnité adéquate ou à une autre réparation appropriée. / À cette fin les Parties s'engagent à assurer qu'un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement sans motif valable ait un droit de recours contre cette mesure devant un organe impartial" ; que ces stipulations, dont l'objet n'est pas de régir exclusivement les relations entre les États et qui ne requièrent l'intervention d'aucun acte complémentaire pour produire des effets à l'égard des particuliers, peuvent être invoquées utilement par M. B...pour contester la légalité des articles 7 et 15 de la décision contestée en ce qu'ils permettent le licenciement d'un secrétaire général d'une chambre de métiers pour "perte de confiance mettant en cause le bon fonctionnement de l'établissement" ; qu'eu égard aux responsabilités exercées par le secrétaire général d'une chambre de métiers, aux relations de confiance qu'il doit nécessairement entretenir avec les élus de la chambre et leur président, afin que le bon fonctionnement de l'établissement public puisse être assuré, le motif de licenciement pour perte de confiance prévu par les dispositions contestées constitue, sous le contrôle du juge, un "motif valable" au sens des stipulations précitées de l'article 24 de la charte sociale européenne ».

3. V. les explications de J. Cavallini, L'invocabilité des principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JCP S 2014, 1232.

admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de tels actes ». D'où la question de savoir s'il convenait, en raison de cette différence sémantique, de traiter distinctement les droits et les principes. Sur cette première interrogation se sont greffées d'autres difficultés, les unes portant en amont sur les critères de la distinction entre les droits et les principes, les autres, en aval, sur l'incidence de la combinaison des principes avec des directives – dont l'effet horizontal direct est limité. Précisément, peut-on conférer un effet direct horizontal aux principes pour contourner l'absence d'effet direct des directives et évincer les textes internes qui les auraient méconnues ? Politiques autant que techniques, ces interrogations marquent surtout **la difficulté de rendre opératoires des droits fondamentaux formulés dans des textes internationaux qui s'ajoutent les uns aux autres, sans que leur articulation soit clairement définie et tranchée de façon homogène par les juges nationaux et européens qui les appliquent.**

Ainsi, au terme d'un contentieux qui a conduit à l'intervention du Conseil constitutionnel par voie de QPC¹, à celle de la CJUE par voie de question préjudicielle², l'article L. 1111-3 du Code du travail – qui exclut les apprentis et les salariés bénéficiaires de contrats aidés du calcul de l'effectif au regard des divers seuils fixés en vue d'assurer la représentation du personnel – a été jugé conforme à la Constitution³, contraire au droit de l'Union européenne et à une directive qui interdit aux États membres d'exclure du calcul des effectifs de l'entreprise une catégorie de personnes entrant initialement dans ce cadre⁴, mais parfaitement

1. Cons. const., 29 avril 2011, n° 2011-122 QPC.

2. Question soulevée par la Chambre sociale dans un arrêt du 11 avril 2012 (n° 11-21609, Bull. civ. V, n° 122).

3. Cons. const., 29 avril 2011, n° 2011-122 QPC : En excluant les apprentis et les salariés bénéficiaires de contrats aidés « du calcul de l'effectif au regard des divers seuils fixés en vue d'assurer la représentation du personnel, [...] le législateur a entendu alléger les contraintes susceptibles de peser sur les entreprises afin de favoriser l'insertion ou le retour de ces personnes sur le marché du travail ».

4. CJUE, gde ch., 15 janvier 2014, aff. C-176/12, *Association de médiation sociale* :

« L'article 27 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, seul ou en combinaison avec les dispositions de la directive 2002/14, établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, doit être interprété en ce sens que, lorsqu'une disposition nationale de transposition de cette directive est incompatible avec le droit de l'Union, cet article de la charte ne peut pas être invoqué dans un litige entre particuliers afin de laisser inappliquée la disposition nationale contraire au droit de l'Union.

En effet, il ressort clairement du libellé de l'article 27 de la charte, que, afin que cet article produise pleinement ses effets, il doit être précisé par des dispositions du droit de l'Union ou du droit national. À cet égard, l'interdiction, prévue à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2002/14, et adressée aux États membres, d'exclure du calcul des effectifs de l'entreprise une catégorie déterminée de travailleurs entrant initialement dans le cadre des personnes à prendre en considération lors dudit calcul ne saurait être déduite, en tant que règle de droit directement applicable, ni du libellé de l'article 27 de la charte ni des explications relatives

applicable faute d'application directe, dans le cadre d'un litige entre particuliers, de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux relatif au droit d'information et de consultation¹.

La CJUE a ainsi rejeté l'analyse défendue par l'Avocat général, M. Cruz Villallon, selon lequel rien, dans l'article 51 § 1, de la Charte, ne permettait « d'exclure la pertinence des droits fondamentaux pour les relations de droit privé » (pt 32)². Solu-

audit article. Partant, l'article 27 de la charte ne saurait, en tant que tel, être invoqué dans un litige entre particuliers afin de conclure que la disposition nationale non conforme à la directive 2002/14 est à écarter. Cette constatation n'est pas susceptible d'être infirmée par la combinaison de l'article 27 de la charte avec les dispositions de la directive 2002/14, étant donné que, dans la mesure où ledit article ne se suffit pas à lui-même pour conférer aux particuliers un droit invocable en tant que tel, il ne saurait en être autrement dans le cas d'une combinaison de cet article avec les dispositions de ladite directive.

Toutefois, la partie lésée par la non-conformité du droit national au droit de l'Union pourrait se prévaloir de la jurisprudence issue de l'arrêt du 19 novembre 1991, *Franco-vich e.a.*, C6/90 et C9/90, pour obtenir, le cas échéant, réparation du dommage subi ».

1. Soc., 9 juillet 2014, n° 11-21609 : « l'application de l'article L. 1111-3 du Code du travail, quoique incompatible avec le droit de l'Union, ne pouvait être écartée par le juge judiciaire dans un litige entre particuliers au titre de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et des articles 2 et 3 §1 de la Directive 2002/14/CE du Parlement Européen et du Conseil du 11 mars 2002, et qu'il lui appartenait de vérifier si l'effectif de l'entreprise permettait la désignation d'un représentant de section syndicale en tenant compte des exclusions prévues par l'article L. 1111-3, le Tribunal d'instance a violé le texte susvisé ». Comp. CJUE, gde ch., 19 janvier 2010, aff. C-555/07 *Küçükdeveci*, qui admet l'effet horizontal de l'article 21 de la Charte relatif au principe de non-discrimination fondé sur l'âge pour écarter un texte interne contraire à une directive qui « concrétise » le principe de non-discrimination. Comp., en droit interne, avec Soc., 17 mai 2011, Bull. civ. V, n° 108.

2. Le sens de cette disposition, poursuit-il, « est d'introduire, en premier lieu, la *summa divisio* entre les *droits* et les *principes* ». Il serait alors possible d'invoquer un « principe » dans un litige entre particuliers, chaque fois que le dispositif né du TFUE ou d'une charte est « concrétisé » par une directive, ce qui est le cas en l'espèce. La conséquence devrait être qu'en pareil cas, la CJUE devrait consacrer l'application directe du texte et laisser inappliquée une disposition nationale contraire au droit de l'Union. Ce qui a entraîné un débat en termes de sécurité juridique : « 78. Il convient d'ajouter une dernière précision importante. La solution proposée ne doit pas se traduire par une situation d'insécurité juridique. Bien au contraire, c'est la possibilité que le législateur dénature unilatéralement l'effet des dispositions générales de la Charte qui pourrait provoquer une telle situation. Le processus de concrétisation du contenu des "principes" fait partie d'un premier cycle de consolidation de la Charte et un tel processus se produit tout à fait naturellement durant les premières années de la vie d'une déclaration de droits dans un ordre constitutionnel. Avec le temps, ce contenu se consolidera et délimitera la justiciabilité des "principes" de la Charte, en indiquant tant aux pouvoirs publics qu'aux citoyens le type de contrôle que peuvent exercer les tribunaux, et dans quelles limites. Ce résultat ne peut que contribuer à renforcer la sécurité juridique quant à l'application d'un instrument central

tion « déceptive »¹, la position retenue marque sur la forme la difficulté de dégager un critère clair et opératoire permettant de sérier, quant à leurs effets dans les relations de droit privé, les différents types de normes supra-législatives ; sur le fond, sa logique illustre la perturbation que peut causer l'affirmation selon laquelle une loi peut à la fois méconnaître une norme supérieure mais tout de même trouver application².

181. Fondamentatisation du droit du travail et remises en cause de la loi – Au-delà de la difficulté d'articuler entre eux les droits fondamentaux, qui est en elle-même source d'insécurité juridique, les normes à valeur supra-législative ont pour effet premier, par nature, de permettre, et donc de favoriser, la contestation de la loi interne. Une telle remise en cause est évidemment source d'instabilité de la règle écrite, puisqu'elle conduit à ce qu'elle soit écartée bien qu'en vigueur ; elle est aussi et peut-être surtout source d'imprévisibilité, tant il est difficile d'anticiper la portée que le juge sera conduit à conférer aux droits et libertés fondamentaux. Chacun sait en effet que la malléabilité des droits et libertés fondamentaux, leur généralité et leur flou, sont entre les mains de chaque juge un instrument dont le justiciable ne peut anticiper l'utilisation. Comme on l'a justement résumé, « à ces normes illisibles correspondent des effets imprévisibles. Il devient difficile pour les justiciables d'apprécier par anticipation les conséquences juridiques de leurs actes ; nul ne peut réellement prévoir les effets de ces "droits et libertés fondamentaux" dans les rapports de travail »³.

La prolifération des normes supra-législatives s'est traduite, dans la jurisprudence de la Chambre sociale, par une invocation à satiété des droits et libertés fondamentaux dans diverses décisions.

Ainsi, sur l'obligation faite aux syndicats représentatifs de choisir, en priorité, le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des voix aux dernières élections professionnelles, la Cour de cassation vise-t-elle, dans un arrêt du 14 avril 2010 : « les articles 4 de la Convention n° 98 de l'organisation internationale du travail (OIT), 5 de la Convention n° 135 de l'OIT, 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 5 et 6 de la Charte sociale européenne, 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et L. 2122-1, L. 2122-2 du Code du travail »⁴.

pour l'ordre juridique de l'Union tel que la Charte, en particulier en ce qui concerne les "principes" énoncés à son article 52, paragraphe 5 ».

1. D. Simon, *Effet direct horizontal de la Charte des droits fondamentaux*, Europe 2014, comm. 112.

2. On relève d'ailleurs, à propos de la position de la CJUE, que « la solution d'une implacable logique révèle combien le régime des directives est perturbant dans l'ordre juridique européen. Le maintien d'une telle distinction entre règlement et directive est contestable » : J. Cavallini, préc., n° 25.

3. J. Daniel, *in La sécurité juridique en droit du travail*, préc., p. 6.

4. Soc. 14 avril 2010, n° 09-60426 et 09-60429, qui conclut « que si le droit de mener des négociations collectives est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels

De même, la Chambre sociale vise dans ses nombreux arrêts censurant des conventions collectives de branche créant des forfaits-jours pour les cadres autonomes, « l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 212-15-3 ancien du Code du travail, dans sa rédaction applicable au litige, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », pour énoncer que d'abord « le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ; [...] ensuite, qu'il résulte des articles susvisés des directives de l'Union européenne que les États membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ; [...] enfin, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires »¹.

Les visas illustrent ainsi, comme par décalque, la fondamentalisation en quelque sorte débridée, de la matière :

« Vu l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne se référant à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, l'article L. 3121-45 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2008-789

du droit de fonder des syndicats et de s'affilier à des syndicats, pour la défense de ses intérêts, énoncé à l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les États demeurent libres de réserver ce droit aux syndicats représentatifs, ce que ne prohibent ni les articles 5 et 6 de la Charte sociale européenne ni l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ni les conventions n° 98 et 135 de l'OIT ; que le fait pour les salariés, à l'occasion des élections professionnelles, de participer à la détermination des syndicats aptes à les représenter dans les négociations collectives n'a pas pour effet d'affaiblir les représentants syndicaux au profit des représentants élus, chacun conservant les attributions qui lui sont propres ;

Attendu, ensuite, que l'obligation faite aux syndicats représentatifs de choisir, en priorité, le délégué syndical parmi les candidats ayant obtenu au moins 10 % des voix ne heurte aucune prérogative inhérente à la liberté syndicale et que, tendant à assurer la détermination par les salariés eux-mêmes des personnes les plus aptes à défendre leurs intérêts dans l'entreprise et à conduire les négociations pour leur compte, elle ne constitue pas une ingérence arbitraire dans le fonctionnement syndical ;

Qu'en statuant comme il a fait, le tribunal a violé les textes susvisés ».

1. Soc., 31 janvier 2012, n° 10-19807. V. *infra*, sur la question des forfaits en jours.

du 20 août 2008, interprété à la lumière de l'article 17, paragraphes 1 et 4 de la Directive 1993-104 CE du Conseil du 23 novembre 1993, des articles 17, paragraphe 1, et 19 de la Directive 2003-88 CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 et de l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble l'article 14 de l'accord du 28 juillet 1998 étendu sur l'organisation du travail dans la métallurgie ;

Attendu, d'abord, que le droit à la santé et au repos est au nombre des exigences constitutionnelles ;

Attendu, ensuite, qu'il résulte des articles susvisés des Directives de l'Union européenne que les États membres ne peuvent déroger aux dispositions relatives à la durée du temps de travail que dans le respect des principes généraux de la protection de la sécurité et de la santé du travailleur ;

Attendu, encore, que toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires... »¹.

Cette invocation de droits et libertés fondamentaux, dont la Cour de cassation a ainsi montré l'importance voire l'hégémonie, a conféré aux juges un pouvoir considérable que les plaideurs ont tenté d'exploiter en multipliant l'invocation des normes supra-législatives. Qu'il suffise de rappeler les tentatives de remises en cause de la loi 20 août 2008 sur la démocratie sociale ayant refondu tout le droit collectif du travail. Ainsi, à propos de l'exigence d'ancienneté minimale de deux ans requise pour la présentation par une organisation syndicale de candidats au premier tour des élections professionnelles :

« Attendu que le syndicat UDSPA-salariés fait grief au jugement de dire qu'il ne peut participer à la négociation du protocole préélectoral, par le moyen annexé au présent arrêt, tiré de ce que les articles L. 2314-3 et L. 2324-4 du code du travail, en ce qu'ils exigent une condition d'ancienneté de deux années pour les organisations syndicales être invitées à négocier le protocole préélectoral et présenter des candidats aux élections des délégués du personnel et des membres du comité d'entreprise, **est contraire aux articles 2, 5, 22 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, 2, 7, 23, 29, 30 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, 2, 3, 5, 6, 7 et 8 de la convention de l'Organisation internationale du travail n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 5 A, E et G de la Charte sociale européenne révisée du 3 mai 1996, 11,**

1. Soc. 29 juin 2011, n° 09-71107. Ou encore, Soc., 17 décembre 2014, n° 13-22890 ; 13 novembre 2014, n° 13-14206 ; 2 juillet 2014, n° 13-19990 ; 11 juin 2014, n° 11-20985 ; 26 septembre 2012, n° 11-14540 ; 24 mars 2013, n° 11-28398.

14, 18 et 53 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, les articles 12, 20, 21, 52 et 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le principe européen selon lequel «le syndicat doit être libre, d'une manière ou d'une autre, de chercher à persuader l'employeur de ce qu'il a à dire au nom de ses membres» et le principe européen selon lequel «la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité mais commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante» ;

Mais attendu que l'exigence d'une ancienneté minimale de deux ans subordonnant la présentation par une organisation syndicale de candidats au premier tour des élections professionnelles constitue une condition justifiée et proportionnée pour garantir la mise en œuvre du droit de participation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs représentants et l'exercice par le syndicat de prérogatives au sein de l'entreprise, sans priver tout salarié de la liberté de créer un syndicat ou d'adhérer au syndicat de son choix, et ne porte dès lors atteinte à aucun des textes invoqués par le moyen ; que le moyen n'est pas fondé »¹.

Cette jurisprudence rappelle que chaque juge, de chaque tribunal – serait-il d'instance ou du Conseil des prud'hommes –, a la possibilité d'écarter la loi et, par suite, de paralyser toute réforme législative. Voilà pourquoi le juge d'instance de Brest peut estimer que la loi du 20 août 2008, définissant les critères de représentativité des syndicats dans l'entreprise ou l'établissement, viole la liberté syndicale, dont le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Déclaration universelle des droits de l'homme, la Convention de l'OIT n° 87, la Charte sociale européenne, la Convention européenne des droits de l'homme, les principes européens, etc. étaient les garants, ou encore le juge d'Orléans contester le fait que le législateur puisse réserver aux seules organisations syndicales ayant des élus la possibilité de désigner un représentant syndical au comité d'entreprise², ou le Conseil de prud'hommes de Longjumeau juger le Contrat Nouvelles Embauches (CNE.) contraire à la Convention n° 158 de l'Organisation Mondiale du Travail (OIT.), et, par conséquent, imposer sa requalification en contrat de droit commun à durée indéterminée³.

182. Eparpillement du contentieux et complexité du règlement des litiges

– Dans le même temps, les contentieux en matière de droit du travail sont fortement éclatés, puisque différentes juridictions se disputent les questions qui

1. Soc., 10 mai 2012, n° 11-60235. Sur cette jurisprudence et les différentes tentatives visant à écarter l'application des dispositions légales, v. J. Daniel, préc., p. 32.

2. TI Orléans, 23 mai 2011, RJS, 11/2011, n° 883.

3. Cons. prud'h. Longjumeau, 28 avril 2006, Semaine sociale Lamy, 2006, n° 1265, note F. Favennec-Héry ; v. également Paris, 6 juillet 2006 et Cons. prud'h Romans-sur-Isère, 19 avril 2007, Dr. Ouvrier, 1^{er} novembre 2007, note Milet.

composent la matière : les Conseils de prud'hommes pour les litiges individuels du travail, les Tribunaux de grande instance pour les relations collectives du travail et les actions en annulation ou en interprétation des accords collectifs (sur lesquels peuvent se prononcer les Conseils de prud'hommes par voie d'exception), les Tribunaux d'instance pour les litiges liés à la désignation des représentants syndicaux et les élections professionnelles, les juridictions administratives notamment en cas de licenciement de salariés protégés¹ ou, depuis la loi du 14 juin 2013, pour les plans de sauvegarde de l'emploi. Les questions se croisent². En ajoutant les juridictions pénales et le Tribunal de commerce, on aura compris qu'**aux risques de conflits de compétences s'ajoutent des risques de conflits d'interprétation de mêmes textes**. L'insécurité juridique se double alors de délais déraisonnables³, l'éclatement du contentieux faisant également obstacle à la spécialisation des juges⁴.

183. Instrumentalisation du contentieux social et accroissement de la litigiosité – Nul n'ignore que le droit du travail est aussi un droit de rapport de forces, entre des protagonistes à la fois organisés et actifs. Dans cette lutte pour un droit qui rende compte des aspirations de chacun, la loi et *a fortiori* la convention collective ne sont pas les seuls terrains d'action. Le contentieux est également propice à la lutte des acteurs du droit social et donc à des stratégies et tactiques permettant de faire advenir les solutions recherchées selon les intérêts en jeu, sans doute plus que dans tout autre secteur professionnel. **Le recours au contentieux peut être, de la part des organisations syndicales, une manière de prolonger**

1. V. L. Pécaut-Rivolier, Le paradoxe d'un contentieux éclaté, in *Treize paradoxes en droit du travail*, Lamy, 2012, p. 383 s. ; A. Lacabarats, La jurisprudence en droit social, BICC, 15 septembre 2013, 5, spéc. 7. L'éclatement n'est évidemment pas la seule cause de retard : v. l'analyse d'E. Serverin, Le procès des délais de procédure prud'homale, RDT 2012, 471.

2. D. Marshall, *Les juridictions du XXI^e siècle – Une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice*, Ministère de la justice, décembre 2013 (ci-après, « Rapport Marshall »), p. 49.

3. V. affaire *Delgado c/ France*, CEDH, 3^e sect. 14 nov. 2000, n° 38437/97. Une salariée déléguée au CHSCT avait fait l'objet, pour le même contrat de travail, de deux licenciements et deux réintégrations tardives avant d'être licenciée définitivement. Comme on l'a souligné (J.-P. Marguénaud et J. Mouly, Le respect du délai raisonnable : une exigence renforcée par la Cour européenne des droits de l'homme dans les litiges du travail, D. 2001, 2787), « ses demandes en réintégration et rappel de salaires s'étaient longuement enlisées en raison du chassé-croisé entre les juridictions judiciaires et les juridictions administratives ». L'une des procédures avait duré pas moins de... quinze ans ! Cela avait conduit la CEDH à condamner la France pour violation du délai raisonnable garanti par l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces condamnations sont, on le sait, nombreuses et coûteuses.

4. En ce sens, Rapport Lacabarats, *L'avenir des juridictions du travail : vers un tribunal prud'homal du XXI^e siècle*, Ministère de la justice, juillet 2014, (ci-après, « Rapport Lacabarats »), p. 52.

sur le terrain judiciaire l'opposition à un texte qui aura pu se manifester en amont, au moment de son élaboration. Comme on l'a justement souligné à propos du CNE – mais l'assertion est généralisable –, « faute d'obtenir son abrogation, les organisations syndicales en appellent au contentieux, selon une tendance conforme à la judiciarisation du droit social, en raison notamment du déclin des régulations collectives »¹.

Le droit du travail se singularise en outre par la présence d'acteurs collectifs reconnus et actifs, auxquels a précisément été conférée la possibilité de se comporter en procureur-bis : leur activisme judiciaire transforme le contentieux, qui ne se réduit pas, dès lors, à une opposition d'intérêts particuliers – ainsi les syndicats défendent-ils officiellement « l'intérêt collectif de la profession » dont la jurisprudence a une vision très large.

Permettant à un syndicat non signataire de se prévaloir d'un accord d'entreprise, la politique jurisprudentielle de la chambre sociale est très favorable aux opposants². Plus généralement, la chute des effectifs militants des syndicats les conduit parfois à abandonner le rapport de force dans les rapports purement sociaux – « sur le terrain » dit-on communément –, au profit du rapport de droit dans le prétoire.

Dans cet univers qui fait accoucher un droit disputé souvent plus que négocié, tout compte et tout peut servir. **La saisine d'une juridiction ne vise pas toujours à la voir trancher un litige ; il peut s'agir aussi de rechercher une position de force avant de négocier – raison pour laquelle, notamment, la moitié des assignations devant les prud'hommes ne donnent lieu à aucun jugement au fond – voire, de façon plus triviale, de mettre en place une manœuvre littéralement dilatoire consistant à gagner du temps – par exemple, pour avoir le temps de mobiliser salariés et médias.** L'imprévisibilité du contentieux, normalement déstabilisatrice, devient en même temps une arme de négociation. Ignorer dans quel sens un TGI va trancher donne aux parties une marge de négociation importante : ainsi, ne pas avoir de définition légale de « l'exercice normal du droit de grève » évite les grèves *a priori* illégales au profit d'une analyse *ex post*, qui donne lieu à rapport de force puis de droit devant les tribunaux.

À l'inverse, on désigne souvent telle juridiction en exposant ses inclinations naturelles – et l'on dit, par exemple, de telle Cour d'appel qu'elle est systématiquement hostile aux employeurs.

184. Évoquée dès 1963 par la CFTC, la pratique de la lutte juridique accompagnant celles du terrain a été adoptée par la CFDT à la fin des années 1970 – son bimestriel est dénommé « Action juridique CFDT » –, puis par la CGT –

1. A. Mazeaud, La sécurité juridique et les décisions du juge, Dr. soc. 2006, 744 s.

2. V. Soc., 11 juin 2013, Bull. civ. V, n° 151 : un syndicat, non signataire d'un accord, peut en demander l'exécution en application de l'article L. 2132-3 du Code du travail, « son inapplication causant nécessairement un préjudice à l'intérêt collectif de la profession ».

qui a créé, en 1976, le secteur « Libertés, Droit et Action Juridique », pour une « conception offensive de l'activité juridique ayant sa juste place dans l'action syndicale ».

Les stratégies juridictionnelles ont donc d'abord été le fait de syndicats de salariés, estimant avant l'alternance de 1981 qu'en l'absence de relai politique tant du côté du législateur que du pouvoir exécutif, seule la Justice, où le Syndicat de la Magistrature était alors très actif, pouvait faire avancer leur cause.

Exploitant le rôle créateur du juge, les syndicats de salariés ont longtemps utilisé de tactiques judiciaires, voire de stratégies collectives et concertées pour tenter d'obtenir une « évolution positive » du droit du travail, qui avance à coups d'arrêts.

Tactiques et stratégies judiciaires

Choisir son juge – C'est en quelque sorte la « précaution » élémentaire, ou du moins première. On suppose que certains juges ou certaines juridictions sont plus favorables que d'autres à certaines prétentions, et plus sensibles à certains protagonistes. La direction des entreprises publiques préfère ainsi plaider devant la juridiction administrative – le statut – plutôt que devant un juge judiciaire – la sanction individuelle – N'est-ce pas naturel ? La Chambre sociale étant considérée comme peu favorable aux salariés avant 1988, la Chambre criminelle a alors fait l'objet de toutes les attentions de la CGT et de la CFDT, non sans succès – ainsi de la création d'un « statut exceptionnel et exorbitant du droit commun » des représentants du personnel, qui leur a permis de quitter le terrain contractuel et par exemple d'échapper à la résolution judiciaire –, et efficacité – l'autorité de la chose jugée au criminel permettant d'exporter les solutions dans le contentieux prud'homal.

Le choix est aussi géographique. En matière de conflit dans les transports aériens, nombre de TGI de la région parisienne ont été successivement saisis, les syndicats défendeurs changeant régulièrement la domiciliation de leur siège social dans l'espoir de trouver un juge plus « compréhensif ». Plus probant encore, dans l'explosive affaire du CNE, le Conseil des prud'hommes de Longjumeau fut le fer de lance de l'offensive syndicale. Coïncidence ? Son président était alors non pas un militant CGT ou FO mais un employeur issu de l'économie sociale : évidemment excellent en termes de communication.

Médiatiser son procès : le procès-phare – La tactique est connue : le demandeur choisit une affaire symbolique pour initier les contentieux et la met en pleine lumière médiatique. Le procès se déroule alors hors les murs et l'objectif est d'attirer au maximum l'attention dans notre monde de la réputation. Ainsi, pour les syndicats de salariés, il s'agira de mettre en exergue des affaires, supposées révélatrices, de discrimination de militants, *a fortiori* touchant des licenciements de délégués. Côté employeur, on préférera un litige portant sur l'exercice du pouvoir – par exemple, une réintégration forcée suite à l'annulation judiciaire d'un licenciement (art. L. 1132-1). On choisira dans tous les cas une affaire à visée pédagogique et surtout à forte légitimité sociale, puisqu'il faut pouvoir y associer les médias et l'opinion publique.

Dès l'assignation, le dossier sera suivi au plus haut niveau : service juridique de la Confédération d'un côté et son équivalent du syndicat patronal voire de l'UIMM, de l'autre, qui regroupe les meilleurs juristes en droit social. L'artillerie est connue : le meilleur avocat de la place, des communicants pour diffuser à la presse des dossiers pédagogiques fort bien conçus, des consultations d'universitaires sensibles à la cause défendue, des prises de parole dans des réunions de spécialistes, voire des colloques organisés spécialement sur la question ; laquelle pourra également devenir sujet d'articles, voire à terme de thèses, avec prix à la clef permettant une publication et donc une réelle diffusion. La lutte juridique dépasse les frontières : OIT, Cour européenne des droits de l'homme, Comité européen des droits sociaux... sont de la partie.

Evaluer ses forces : le procès-test – Inspiré des *Massenprozess* allemands et continuant à relever de la compétence de la juridiction prud'homale¹³⁵, ce type de procès vise à obtenir un « bon jugement » de première instance sur une question emblématique. Pour ce faire, on lance des assignations sur tout le territoire pour voir ce qui pourra être attrapé dans les filets. Peu importe que l'immense majorité des jugements ne soit alors pas féconde et reste conforme à la doctrine habituelle – on n'en fera tout simplement pas état puisqu'ils reprennent « la vieille jurisprudence ». Ce qui compte, c'est d'avoir au moins une décision favorable, qui pourra alors être exploitée. Ainsi, après la loi 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale exigeant au minimum 10 % des suffrages exprimés pour qu'un syndicat soit représentatif, FO a mené une offensive collective et concertée sur la base des conventions de l'OIT sur l'ensemble du territoire auprès des tribunaux d'instance juges de la représentativité : avec « la » bonne décision finalement obtenue du Tribunal d'instance de Brest le 27 octobre 2009, dite « Tonnerre de Brest », qui sut admettre la désignation d'un salarié n'ayant pas obtenu un score d'au moins 10 % aux élections du comité d'entreprise par un syndicat n'ayant pas non plus satisfait à cette condition, au motif que les exigences légales étaient contraires au droit européen et international. Victoire de courte durée en l'espèce : avec une rapidité toute à son honneur s'agissant d'une décision pouvant paralyser les relations sociales dans les entreprises françaises, la Chambre sociale cassera rapidement la décision par un arrêt du 14 avril 2010³⁶, montrant positivement cette fois, combien la rapidité de réaction est indispensable pour faire face aux risques d'instrumentalisation de la justice du travail. Même issue auprès de la juridiction administrative : dans son arrêt du 24 novembre 2014, la Cour administrative d'appel de Paris a refusé d'annuler l'arrêté du 30 mai 2013 sur la représentativité nationale interprofessionnelle.

Comme l'a très bien montré l'affaire du CNE dans laquelle la décision du Conseil des prud'hommes de Longjumeau a fait l'objet d'une diffusion puis d'un suivi exceptionnels, la décision qui saura adopter la solution souhaitée, novatrice, sera

1. Soc. 26 novembre 1981, Bull. V, n° 920 : « Attendu cependant que même si la décision à intervenir sur ce litige était susceptible d'être invoquée comme un précédent par d'autres salariés, C et F n'entendaient pas le faire juger sur le plan collectif, mais agissaient en leur nom personnel pour réclamer individuellement un complément de salaire en contrepartie du travail fourni par eux en exécution de leur contrat de travail ; qu'en estimant que ce litige ne relevait pas de la juridiction prud'homale, les juges du fond ont violé le texte susvisé... ».

largement diffusée et encensée. Si le jugement est inspiré par l'équité ou mal motivé, d'avisés commentateurs sauront proposer une motivation plus solide, condition essentielle à sa reprise par d'autres juridictions. Puis, ce jugement souvent unique deviendra procès-phare et bénéficiera d'un suivi...

Cette instrumentalisation du contentieux traduit une défaillance des modes de régulation interne.

La judiciarisation accroît d'ailleurs le conflit, dans un cercle vicieux où le conflit nourrit le contentieux, qui à son tour attise le conflit. Dans ce contexte, les entreprises s'arment de juristes et les services des ressources humaines « se juridicisent ». La judiciarisation n'apparaît alors pas sans risques pour les acteurs de l'entreprise eux-mêmes, parfois dépossédés par les professionnels du droit : l'argument juridique devient prépondérant et l'emporte souvent sur le nécessaire débat social ; les recours – appels, pourvois – prennent le pas sur la négociation. *In fine*, le danger est celui d'une désynchronisation entre le rythme de la vie sociale et le résultat judiciaire, la durée des contentieux venant souvent empêcher, voire mettre à néant, une négociation qui pouvait dénouer le conflit.

Cette judiciarisation excessive des relations de travail conduit, bien souvent, à un interventionnisme excessif des juges – qui, puisqu'ils ne se saisissent pas eux-mêmes, est un interventionnisme sollicité – d'autant plus discuté que leur formation, évidemment pour ce qui concerne les magistrats professionnels, ne leur permet pas d'appréhender le monde de l'entreprise. **On reprochera alors au juge de se substituer au chef d'entreprise.** Le Conseil constitutionnel, dans sa censure de la loi Florange (loi visant à reconquérir l'économie réelle), a montré d'ailleurs – certes sur une question distincte mais par une formule dépourvue d'ambiguïté –, les risques d'atteintes à la liberté d'entreprendre qui peut en résulter, jugeant, pour les censurer, « que les dispositions contestées conduisent ainsi le juge à substituer son appréciation à celle du chef d'une entreprise, qui n'est pas en difficulté, pour des choix économiques relatifs à la conduite et au développement de cette entreprise »¹.

1. Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC. La loi visait à abroger l'article L. 1233-90-1 du Code du travail et à instaurer, pour les entreprises d'au moins mille salariés ou appartenant à un groupe d'au moins mille salariés et qui ne sont pas placées en procédure de conciliation, sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire, de nouvelles obligations de recherche d'un repreneur lorsqu'est envisagée la fermeture d'un établissement qui aurait pour conséquence un projet de licenciement collectif et créent des sanctions auxquelles s'expose l'employeur qui ne respecterait pas ces obligations ou refuserait une offre de reprise sérieuse sans motif légitime. Le Conseil constitutionnel a sanctionné le dispositif pour violation du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre :

« 19. Considérant, d'une part, qu'en permettant un refus de cession en cas d'offre de reprise sérieuse dans le seul cas où il est motivé par la "mise en péril de la poursuite de l'ensemble de l'activité de l'entreprise" cessionnaire, les dispositions contestées ont pour effet de priver l'entreprise de sa capacité d'anticiper des difficultés économiques et de

185. Contentieux social et évolution des sources du droit du travail : l'incertitude et l'inadaptation des solutions jurisprudentielles – Dans le même temps, l'interventionnisme du juge affecte aussi les accords collectifs, tout se passant comme si, en différentes hypothèses, il avait la tentation de se substituer aux partenaires sociaux. La décision *Pain* et ses suites, dont il sera question plus loin, montrent ainsi comment **la jurisprudence a pu, un temps au moins mais un temps important (six ans), ne pas percevoir le sens de l'évolution du droit du travail au risque de déstabiliser l'entreprise et les partenaires sociaux.** Le contrôle de fond, extrêmement intrusif, opéré par la jurisprudence sur les avantages catégoriels conventionnels, au nom d'un principe général inventé par la Chambre sociale – l'égalité de traitement (à ne pas confondre avec la discrimination, nécessairement pourchassée) – en porte la marque.

Il n'est pas exagéré de penser que les évolutions du droit du travail et précisément **le reflux de la loi au profit des partenaires sociaux, qui s'est opéré progressivement depuis 1982, n'ont pour partie pas été comprises ou du moins admises par la jurisprudence.**

procéder à des arbitrages économiques à un autre niveau que celui de l'ensemble de l'activité de l'entreprise ;

20. Considérant, d'autre part, que les dispositions contestées imposent à l'entreprise qui envisage de fermer un établissement d'accepter une "offre de reprise sérieuse" ; que si le législateur précise que ce caractère sérieux des offres de reprise s'apprécie "notamment au regard de la capacité de leur auteur à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement", ces dispositions confient au tribunal de commerce saisi dans les conditions prévues à l'article L. 771-1 le pouvoir d'apprécier ce caractère sérieux ; que les dispositions contestées permettent également à un tribunal de commerce de juger qu'une entreprise a refusé sans motif légitime une offre de reprise sérieuse et de prononcer une pénalité pouvant atteindre vingt fois la valeur mensuelle du salaire minimum interprofessionnel de croissance par emploi supprimé ; que les dispositions contestées conduisent ainsi le juge à substituer son appréciation à celle du chef d'une entreprise, qui n'est pas en difficulté, pour des choix économiques relatifs à la conduite et au développement de cette entreprise ;

21. Considérant que l'obligation d'accepter une offre de reprise sérieuse en l'absence de motif légitime et la compétence confiée à la juridiction commerciale pour réprimer la violation de cette obligation font peser sur les choix économiques de l'entreprise, notamment relatifs à l'aliénation de certains biens, et sur sa gestion des contraintes qui portent tant au droit de propriété qu'à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ; que, par suite, les dispositions des 2° et 3° de l'article L. 772-2 du code de commerce doivent être déclarées contraires à la Constitution ; qu'il en va de même, par voie de conséquence, des mots "ou qu'elle a refusé une offre de reprise sérieuse sans motif légitime de refus" figurant au premier alinéa de l'article L. 773-1 du même code et des mots : "ou qu'elle a refusé une offre de reprise jugée sérieuse en application du 2° du même article en l'absence d'un motif légitime de refus de cession au titre du 3° dudit article" figurant à l'article L. 773-2 du même code ».

**J.-D. Combrexelle, De la négociation collective
aux réformes des représentativités syndicale et patronale
(Revue juridique de l'économie publique, nov. 2014, n° 8, p. 3)**

Comme souvent en matière sociale, les plaques tectoniques se sont déplacées lentement. Le mouvement a commencé au début des années 1980 pour s'accélérer ensuite au début des années 2000. L'amorce a été constituée par la faculté reconnue par les lois du 4 août 1982, 28 octobre 1982 et du 13 novembre 1982, dites « lois Auroux », de signer, au niveau des entreprises, des accords majoritaires dérogatoires. Non sans paradoxe, le mouvement s'est prolongé avec les deux lois du 13 juin 1998 et du 19 janvier 2000, dites « lois Aubry I et II », sur les « 35 heures » qui certes étaient de fortes lois régaliennes, d'ailleurs contestées en tant que telles, mais qui en même temps procédaient à de larges renvois à la négociation collective comme le confirment le nombre des accords d'entreprises à cette période¹.

Le mouvement s'est ensuite accéléré après que plusieurs rapports aient conclu de manière convergente en ce sens². Il a été scandé par la loi du 4 mai 2004, dite « loi Fillon », qui a autonomisé l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche, la loi du 31 janvier 2007, dite « loi Larcher », qui a fait précéder toute réforme en matière d'emploi, de travail et de formation professionnelle d'une demande de négociation au niveau national et interprofessionnel, la loi du 20 août 2008, dite « loi Bertrand », qui a institué la réforme de la représentativité syndicale et renversé l'articulation des normes au profit de l'accord d'entreprise en matière de temps de travail³ et, enfin, la loi du 5 mars 2014, dite « loi Sapin », qui a institué la réforme de la représentativité patronale et du financement des organisations syndicales et professionnelles⁴.

Mais au-delà de ces textes fondateurs, l'ensemble des lois qui ont été votées pendant cette période, qu'elles concernent le travail, l'emploi ou la formation professionnelle procèdent à des renvois substantiels à la négociation collective qu'elle soit interprofessionnelle, de branche ou d'entreprise. À titre d'illustration et sans que la liste ait un caractère exhaustif on citera : le temps de travail (loi du 20 août 2008), le choix de la journée de solidarité (loi du 16 avril 2008), l'épargne salariale (voir, par exemple, pour la prime calculée sur les dividendes, loi de financement rectificative de la sécurité sociale de 2011), le travail dominical (loi du 10 août 2009), le service

1. Voir les bilans annuels de la négociation collective établis par la DRT/DGT ; « Bilan de la négociation collective en 2013 », DGT 2014, p. 603.

2. M. de Virville, *Pour un Code du travail plus efficace*, La Documentation française, 2004 ; R. Hadas-Lebel, *Pour un dialogue social efficace et légitime : représentativité et financement des organisations syndicales*, Premier ministre, 2006 ; D.-J. Chertier, *Pour une modernisation du dialogue social*, Premier ministre, 2006.

3. Les débats sur le maintien ou non de la durée légale des 35 h, qui détermine le seuil de majoration des heures travaillées, obscurcissent souvent la réflexion et font oublier que, depuis la loi du 20 août 2008, la partie la plus souple du Code du travail, en ce qu'elle donne la priorité à l'accord d'entreprise, est celle consacrée au temps de travail...

4. Voir sur la logique des textes législatifs successifs : J.-D. Combrexelle, *Sur quelques évolutions récentes en droit du travail*, Dr. soc. 2008, 1069 ; J.-D. Combrexelle, *Propos introductifs sur la loi du 5 mars 2014*, JCP S, n° 16-17, 22 avril 2014.

garanti dans les services de transports terrestres (loi du 21 août 2007), la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (lois du 26 juillet 2005 et du 21 août 2013), l'égalité hommes/femmes en entreprise (loi du 26 octobre 2012), le contrat de génération (loi du 3 mars 2013), la formation professionnelle (loi du 5 mars 2014), les accords de maintien dans l'emploi (loi du 5 mars 2014), les Plans de Sauvegarde de l'Emploi – PSE – (loi du 5 mars 2014).

Le juge lui-même a accompagné ce mouvement. Dans une décision du 29 décembre 2004¹, le Conseil constitutionnel a jugé qu'il était « loisible au législateur après avoir défini les droits et obligations touchant aux conditions et relations du travail de laisser aux employeurs et aux salariés ou à leurs organisations représentatives le soin de préciser notamment par la voie de la négociation collective les modalités concrètes d'application des normes qu'il édicte »². Plus largement, le Conseil constitutionnel fait une application exigeante du 8^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 aux termes duquel « tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail »³. Même au niveau de l'Union européenne, la négociation collective a été reconnue comme un droit fondamental par la CJUE⁴.

L'évolution de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation est, de ce point de vue, particulièrement intéressante. Dans un premier temps, il a semblé que le juge judiciaire s'immisçait, sur le fondement des principes généraux du droit et notamment du principe d'égalité, dans la marge d'appréciation volontairement laissée aux partenaires sociaux par le législateur⁵. Dans un second temps, en même temps que la Cour de cassation confortait par sa jurisprudence la réforme de la représentativité syndicale, elle reconnaissait la spécificité de l'acte négocié par rapport à l'acte unilatéral⁶, évolution confirmée avec l'arrêt du 27 janvier 2015⁷.

1. Cons. const., 29 décembre 2004, n° 2004-494 DC.

2. O. Dutheillet de Lamothe, *Les normes constitutionnelles en matière sociale*, Nouv. cah. Cons. const. octobre 2010, n° 29.

3. Cons. const., 7 octobre 2010, n° 2010-42 QPC ; 11 avril 2014, n° 2014-388 QPC.

4. CJUE, 8 septembre 2011, aff. n° C297/10, *Hennigs*.

5. Soc., 1^{er} juillet 2009, *Pain*, *Semaine sociale Lamy* 2009, n° 1414.

6. Soc., 8 juin 2014, *Novartis-Pharma*. V. Y. Struillou, *La place de la négociation collective dans la hiérarchie des normes*, *Semaine sociale Lamy*, 15 octobre 2012, n° 1555 ; P. Bailly, *Avantages catégoriels de prévoyance*, *Liaisons sociales quotidien* du 15 mai 2013. Il reste toutefois une difficulté tenant à la prééminence jurisprudentielle du contrat de travail sur l'accord collectif (Soc., 28 septembre 2010, F. Favennec-Héry, *Une mort annoncée des accords collectifs d'annualisation du temps de travail*, *Semaine sociale Lamy* 2010, n° 1464 et la réaction législative qu'a suscitée cette jurisprudence par l'article 45 de la loi du 22 mars 2012).

7. Soc., 27 janvier 2015, n° 13-22179. Le communiqué de presse de la décision énonce que « dans le domaine du droit négocié, l'expérience a montré que cette exigence de justification se heurtait à des difficultés tenant notamment au fait qu'elle pesait le plus souvent sur un employeur pris individuellement alors qu'était en cause une convention ou un accord conclus au plan national. Indépendamment de ces difficultés, il pouvait être soutenu que les négociateurs sociaux, agissant par délégation de la loi, devaient disposer

Devant cette évolution¹ donnant une place sans cesse plus large à la négociation collective, la question qui se posait était de savoir si les organisations en charge de la négociation et de la signature de ces accords collectifs faisaient l'objet d'un processus de désignation garantissant leur légitimité.

C'est sans doute ce qui explique que, de manière plus générale, le contentieux social soit souvent dénoncé comme étant inadapté au monde du travail.

Tendue vers un objectif certes louable de protection des salariés, la Chambre sociale adopte en effet parfois des positions très dogmatiques qui menacent en pratique des édifices conventionnels patiemment construits par les partenaires sociaux. Les initiatives prétoriennes ont des coûts sociaux.

Le contentieux des forfaits en jours illustre ainsi la manière dont la jurisprudence de la Chambre sociale peut annihiler le travail des partenaires sociaux, et déstabiliser des secteurs entiers de l'économie.

Le contentieux des forfaits en jours

Par la loi du 19 janvier 2000 dite « des 35 h » le législateur a mis en place des conventions de forfaits en jours, et sur l'année pour les cadres autonomes, dont le calcul du temps de travail à la minute près est impossible, *a fortiori* avec l'irruption des « portables » (art. L. 3121-43 et suivants du Code du travail). De tels forfaits,

dans la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement d'une marge d'appréciation comparable à celle que le Conseil constitutionnel reconnaît au législateur. Aussi par plusieurs arrêts du 27 janvier 2015, la chambre sociale a modifié sa position en jugeant que les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle. Le principe d'égalité de traitement reste donc applicable aux conventions et accords collectifs de travail, mais les différences de traitement entre catégories professionnelles, à tout le moins entre les catégories qui ont un support légal et entre lesquelles le législateur lui-même opère des différences, sont présumées justifiées. La charge de la preuve est donc inversée. C'est à celui qui conteste le bien-fondé des différences de traitement de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle ».

1. Cette évolution au bénéfice d'un élargissement du champ de la négociation collective et du rôle des partenaires sociaux n'est toutefois pas consensuelle. Une partie de la doctrine salue cette évolution et demande au juge de l'accompagner (J.-E. Ray, *Droit du travail, droit vivant*, Liaisons sociales, 2014, voir not. n° 1245 sur l'évolution du dialogue social en France). Une autre partie de la doctrine la conteste en y voyant une forme de « néo-corporatisme » (v. A. Lyon-Caen, *Edito*, Dr. soc. mai 2013), certains allant jusqu'à dénoncer la loyauté des opérations de mise en œuvre de la réforme de la représentativité syndicale (D. Boulmier, *La loi du 20 août 2008 et la représentativité... arithmétique étrange et autres singularités*, JCP S n° 21, 27 mai 2014).

nécessairement créés par convention collective, permettent aux partenaires sociaux de prévoir un nombre de jours effectivement travaillés dans l'année, sans qu'aucune limite à la durée du travail journalière et hebdomadaire du salarié ne soit fixée, sauf bien sûr le respect des temps de repos. L'objectif de la loi était clair : introduire une certaine flexibilité dans l'organisation du travail, avec en contrepartie des jours de repos.

Sur la base de ces dispositions légales, des milliers d'accords de branche mais surtout d'entreprise ont été conclus. Ainsi, onze ans après l'adoption de la loi du 19 janvier 2000, on dénombrait plus d'un million et demi de salariés relevant du régime des forfaits en jours¹. Le système recueillait alors « une assez large adhésion sociale »².

Le Comité européen des droits sociaux, organe du Conseil de l'Europe veillant au respect de la Charte sociale européenne, a considéré que « le système du forfait en jours ne fixe aucune limite à la durée journalière de travail des salariés concernés [...] Cela implique que, quelles que soient les circonstances, les salariés concernés (pourraient être) amenés à travailler [...] 78 heures par semaine [...] Qu'une telle durée est manifestement trop longue pour être qualifiée de raisonnable », condamnant ainsi totalement un dispositif voulu par le législateur et bien adapté à la spécificité de certaines fonctions³, devait cependant assez vite troubler ce succès. Or, le raisonnement du Comité est spécieux : partant des temps minima de repos (11 h quotidienne) et du fait que six jours par semaine sont ouvrables – mais pas forcément ouverts, le maximum de jours travaillés étant ici en principe de 218 jours par an –, il calcule 6 jours x (24 h-11 h) = 78 h, confondant donc amplitude maximum des horaires avec travail effectif.

Appelée à se prononcer sur la validité des conventions de forfaits en jours mises en place sur le fondement de la loi du 19 janvier 2000, la Cour de cassation, tout en sauvant le forfait en jours dans son principe, a strictement encadré les conditions de sa mise en œuvre en énonçant que « toute convention de forfait en jours doit être prévue par un accord collectif dont les stipulations assurent la garantie du respect des durées maximales de travail ainsi que des repos, journaliers et hebdomadaires »⁴.

Autrement dit, pour être valables, les conventions de forfaits en jours doivent, selon la Chambre sociale, imposer le respect d'une durée maximale raisonnable de travail journalière et hebdomadaire a-t-elle précisé le 17 décembre 2014⁵.

1. Y. Barou, Le forfait en jours a trouvé sa place, *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 1500.

2. T. Vallat, Attaques en règle contre le forfait-jours : résistera-t-il au temps qui passe ?, *Cahiers Lamy du CE* 2014, n° 138 ; J.-P. Bouchet, secrétaire général de la CDFT-Cadres, n° spéc. *Dr. soc.* février 2015, « Droit du travail et qualité de vie au travail » : Le Forfait jours ou l'histoire de plusieurs dérives.

3. Résolution du 23 juin 2010, *RDT* 2011, 233 note J.-F. Akandji-Kombé ; 298 note S. Laulom.

4. *Soc.*, 29 juin 2011, n° 09-71.107, *Gaz. Pal.* 2011, n° 244, 11, note D. Baugard, *RDT* 2011, 481, note M.-F. Mazars et C. Dejours, *JCP G* 2011, n° 37, 970, note N. Billon et Z. Baki ; *Semaine sociale Lamy* 2011, n° 304, note M. Hautefort ; n° 1499, note M.-F. Mazars et Ph. Flores.

5. *Soc.*, 17 décembre 2014, n° 13-22890.

À défaut, ces conventions sont privées d'effet, avec des conséquences considérables pour les entreprises, puisque l'on retourne alors à l'exigence des 35 heures. Car « une fois ces forfaits annulés, reste à l'employeur à prouver que le cadre concerné a bien travaillé... 35 h par semaine ! Preuve par l'absurde (puisque ce n'est évidemment pas la réalité) donc impossible à rapporter et qui condamne mécaniquement l'employeur au paiement d'heures supplémentaires, majorations, cotisations sociales, etc... sur les 5 dernières années (3 ans aujourd'hui) sans défense possible »¹. À quoi il faut ajouter d'éventuelles mais lourdes sanctions pénales en répression du délit de travail dissimulé².

Le risque n'est malheureusement pas resté théorique. Là où l'on pouvait espérer une application mesurée du principe dégagé par l'arrêt du 29 juin 2011, la Cour de cassation a au contraire mené une politique d'asphyxie des conventions de forfaits en jours, déstabilisant d'importants secteurs d'activité. Ont ainsi été remises en cause les conventions de forfaits en jours conclues en application de la convention collective nationale des industries chimiques³, du commerce de gros⁴, de la convention Syntec⁵, des cabinets d'experts comptables⁶ et enfin du notariat⁷.

L'insécurité juridique en la matière est depuis lors particulièrement forte, puisqu'à l'exception de la convention nationale de la métallurgie (faisant l'objet de l'arrêt du 29 juin 2011) et de celle des Banques fin 2014, toutes les clauses conventionnelles concernant les forfaits en jours soumises à la Chambre sociale ont été invalidées. Ni la stipulation de l'accord collectif précisant que le contrat de travail devait laisser aux salariés concernés la liberté dans l'organisation d'une partie de leur temps de travail⁸, ni l'existence de mécanismes permettant aux salariés d'organiser leurs actions pour tenir compte des limites journalières et hebdomadaires⁹, ni l'existence d'un suivi trimestriel, fût-il à la charge de l'employeur¹⁰ n'ont été jugées de nature à sauver les forfaits jours. La Cour de cassation affirme que les conventions peuvent être valables, mais ne précise pas les éléments que doit comporter l'accord collectif pour échapper à la remise en cause. Il convient de noter toutefois que dans son arrêt du 17 décembre 2014¹¹, la Chambre sociale a admis la validité des forfaits jours conclus en application de la convention collective des banques, précisant que les conventions de forfaits doivent imposer le respect « d'une durée maximale raisonnable » de travail journalière

1. L. Renard, Annulation des forfaits-jours : la fin des RTT pour les cadres ?, Les Echos, 22 juil. 2013.

2. T. Vallat, préc.

3. Soc., 31 janvier 2012, n° 10-19.807, JCP S 2012, n° 12, 1120, comm. M. Morand.

4. Soc., 26 septembre 2012, n° 11-14.540, JCP S 2012, n° 44, 1461, comm. D. Blanc, Semaine sociale Lamy 2012, n° 1558, note D. Chenu.

5. Soc., 24 avril 2013, n° 11-28.398, D. 2013, 1768, chron. Ph. Flores.

6. Soc., 14 mai 2014, n° 12-35.033, JCP E 2014, n° 40, 1495, comm. G. Vachet.

7. Soc., 13 nov. 2014, n° 13-14.206.

8. Soc., 17 décembre 2014, n° 13-23230.

9. Soc., 11 juin 2014, n° 11-20985.

10. Soc., 26 septembre 2012 n° 11-14540.

11. Soc., 17 décembre 2014, n° 13-22890.

et hebdomadaire, et non les maxima journalier de 10 h et hebdomadaire de 48 h, ce qu'énonçait déjà très clairement le Code du travail (art. L. 3121-48).

L'insécurité ici provoquée est d'autant plus considérable qu'il « suffit qu'un salarié se mette dans la brèche pour qu'il fasse des émules »¹. Et de fait, « la remise en cause du forfait annuel en jours, dans les contentieux de rupture du contrat de travail, devient une demande aussi fréquente que le rappel d'heures supplémentaires dans un litige concernant un salarié en horaire hebdomadaire classique »².

La jurisprudence sur les forfaits en jours a ainsi déstabilisé des secteurs entiers de l'économie. Les partenaires sociaux ont certes, dans l'urgence, tenté de renégocier certaines conventions collectives pour contrer le risque de contagion mais, en dehors de ces modifications ponctuelles³, l'aléa judiciaire demeure.

Aussi, à défaut **d'anticipation des effets de ces solutions, les acteurs économiques vont subir les conséquences de la jurisprudence litigieuse**. Avec les conséquences liées au caractère rétroactif des revirements de jurisprudence, qui n'est pas propre à la matière sociale, mais dont l'amplification est évidente dans ce domaine où les conventions collectives peuvent s'appliquer à des centaines de milliers de salariés.

Les affres du principe « à travail égal, salaire égal » et la saga jurisprudentielle initiée par l'arrêt *Pain* et ses suites illustrent ainsi les méfaits considérables d'une jurisprudence qui ne prend pas la mesure des évolutions à l'œuvre.

Discriminations, inégalités de traitement et incertitudes jurisprudentielles

L'égalité de traitement des salariés au sein des entreprises est au centre des préoccupations du législateur contemporain. Problème : en droit communautaire comme dans le Code du travail, le principe vise en réalité les seules discriminations illégales, car portant atteinte au pacte républicain et à l'énumération de l'article L. 1132-1. Ainsi l'article L. 2261-22 dispose que les conventions de branche doivent comporter des clauses relatives à l'égalité de traitement pour être étendues, l'article L. 2271-1 assigne à la Commission nationale de la négociation collective le suivi de l'application du principe « à travail égal, salaire égal », et l'article L. 3221-2 dispose que « tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes ». De cette confusion sémantique est née une grave dérive jurisprudentielle.

Car la Cour de cassation a induit de ces dispositions l'existence d'une règle générale « à travail égal, salaire égal » qu'elle a peu à peu dotée de la portée la plus large possible. Ainsi, dans un arrêt Ponsolle⁴, la Cour de cassation a conféré une valeur normative

1. L. Renard, préc.

2. D. Blanc, préc.

3. V. par ex. Convention nationale Syntec, modifiée par un avenant du 1^{er} avril 2014.

4. Soc., 29 oct. 1996, GADT, Dalloz, 4^e éd., 2008, n° 71 ; D. 1998, 259, note M.-T. Lanquetin ; Dr. Soc. 1996, 1013, note A. Lyon-Caen, LPA 22 novembre 1996, note G. Picca.

élargie au principe de non-discrimination, alors requalifié en égalité des traitements, en énonçant que « la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes était une application de la règle plus générale "à travail égal, salaire égal" » pour en déduire que « l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique ». Mais très vite, la règle « à travail égal, salaire égal » a dépassé la seule question de l'égalité homme/femme pour imposer un traitement identique entre tous les salariés placés dans une situation identique, obligeant les employeurs à revoir leurs grilles de salaires afin d'éviter tout écart de rémunération non justifié par une différence objective de situation¹.

Mais la mise en œuvre du principe est loin d'être évidente. Que recouvre la notion de « travail » ou encore de « salaire » ? Les deux notions subissent de profondes évolutions, rendant la jurisprudence imprévisible en la matière². Surtout, à partir de quand une différence de situation sera-t-elle jugée suffisamment « pertinente » pour justifier une différence de traitement ?

Par souci d'objectivité (éviter « la tête du client ») partenaires sociaux et entreprises ont depuis 1950 pris l'habitude de s'en remettre à des grilles de salaires. Celles-ci font souvent de la catégorie professionnelle dont relève le salarié – cadre, employé, ouvrier... – un critère de fixation des minima salariaux mais aussi de multiples primes et avantages en nature. De telles différences suffisent-elle à justifier une différence de traitement ? S'agissant d'un sujet aussi sensible, pour les salariés comme pour les entreprises, la réponse judiciaire était aléatoire et évolutive.

Ainsi, la Chambre sociale a considéré que « la seule différence de diplômes, alors qu'ils sont d'un niveau équivalent, ne permet pas de fonder une différence de rémunération entre des salariés qui exercent les mêmes fonctions », sauf à démontrer que ces diplômes attestent « de connaissances particulières utiles à l'exercice de la fonction occupée »³. On comprend dès lors que toute appréciation subjective de la valeur d'un diplôme est désormais proscrite, conduisant certains à se demander, avec une dose d'ironie, si le temps n'était pas venu « pour la consécration d'un palmarès judiciaire des meilleurs formations françaises »⁴.

Mais surtout la Cour de cassation a par la suite franchi le Rubicon avec l'arrêt Pain en portant le 1^{er} juillet 2009 son contrôle sur les avantages catégoriels issus des conventions collectives : « la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et

1. T. Aubert-Monpeyssen et J.-M. Gasser, Que peut-on attendre du principe « à travail égal, salaire égal » ?, RDT 2007, 632.

2. T. Aubert-Monpeyssen, Principe « à travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations, Dr. soc. 2005, 18.

3. Soc., 16 déc. 2008, n° 07-42.107, JCP S 2009, 1005, comm. J.-F. Cesaro ; Dr. soc. 2009, 361, note C. Radé.

4. J.-F. Cesaro, préc.

la pertinence », pour en déduire que le statut de cadre ne justifie pas à lui seul l'octroi de congés supplémentaires ou d'avantages financiers¹.

Que la différence de traitement trouve sa source dans une décision unilatérale de l'employeur ou dans une convention ou un accord collectif, la solution jurisprudentielle s'appliquait à l'identique. L'appréciation jurisprudentielle du principe « à travail égal, salaire égal » allait ainsi à l'encontre du fondement du droit du travail (l'égalité collective à travers la négociation du même nom *vs* le pouvoir unilatéral de l'employeur) et des pratiques les plus établies des partenaires sociaux, faisant craindre la remise en cause des conventions collectives accordant de multiples avantages aux cadres du seul fait de ce statut, alors même que la distinction cadres/non-cadres avait toujours été perçue comme un élément structurant du tissu conventionnel français. L'ensemble de l'édifice conventionnel minutieusement établi au fil des ans, et à tous les niveaux (interprofessionnel, branche, entreprise, établissement) menaçait de s'écrouler par l'effet d'une formule lapidaire de la Cour de cassation. Comme l'a bien résumé M. G. Couturier, avec l'arrêt *Pain*, on atteignait « le degré zéro de la liberté contractuelle : que le juge de l'accord collectif ait à dire si la répartition des avantages conventionnels est conforme à la justice distributive, c'est un peu comme si le juge du contrat avait à dire si les obligations contractuelles sont suffisamment équilibrées au regard de la justice commutative ».

Certes, les régimes de retraite complémentaire ARRCO et AGIRC² comme la prévoyance³ ont par la suite été sortis du champ du principe d'égalité de traitement au prix d'attendus alambiqués (la différence de traitement étant supposée trouver sa cause « dans la diversité et l'autonomie des régimes de retraite complémentaire relevant d'organismes distincts et l'évolution de la norme juridique applicable », ou encore dans les « particularités des régimes de prévoyance »). Mais le principe posé par l'arrêt *Pain* demeurait, continuant son œuvre de déstabilisation.

Une évolution pouvait être espérée depuis que le doyen de la Chambre sociale, P. Bailly, avait, dans sa synthèse sur « l'égalité dans les relations individuelles de travail », pris la mesure du problème en s'interrogeant sur le point de savoir si « cet instrument de protection et de mesure [devait] être appliqué avec la même intensité lorsque la différence de traitement trouve son origine dans un accord collectif, compte tenu de l'importance que prend actuellement la négociation collective dans la construction du droit du travail ? »⁴.

Suite à cette prise de conscience tardive des effets néfastes de la jurisprudence *Pain* – le communiqué accompagnant les décisions du 27 janvier 2015 souligne d'ailleurs que « dans le domaine du droit négocié, l'expérience a montré que cette exigence de justification se heurtait à des difficultés tenant notamment au fait qu'elle pesait le plus souvent sur un employeur pris individuellement alors qu'était en cause une convention ou un accord conclus au plan national » – la Chambre sociale vient

1. Soc., 1^{er} juil. 2009, n° 07-42675, JSL 2009, n° 260, note M. Hautefort ; Dr. soc. 2009, 1002, obs. C. Radé ; JCP E 2009, 2198, note T. Aubert-Monpeyssen, confirmé par Soc., 8 juin 2011, n° 10-14725, Bull. n° 155 et n° 10-11.933, Bull. n° 143.

2. Soc., 11 janvier 2012, Bull. civ. V, n° 13.

3. Soc., 13 mars 2013, n° 10-28022.

4. P. Bailly, Synthèse, RJS 2014, 299.

d'infléchir sa jurisprudence en énonçant que « les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle »¹. Autrement dit, lorsque la différence de traitement trouve sa source, non dans une décision ou un engagement unilatéral de l'employeur mais dans une convention ou un accord collectif valide, la Cour de cassation opère un renversement de la charge de la preuve en faisant peser sur celui qui conteste le bien-fondé des différences de traitement la charge de démontrer « qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle », tâche presque impossible s'agissant de conventions collectives de travail envisageant par définition rarement autre chose. Là encore, une sérénité relative – car hélas le principe d'un contrôle judiciaire, en dehors des seules discriminations, demeure – est donc désormais retrouvée. Mais à quel prix ? La jurisprudence stigmatisant les syndicats signataires de tous ces accords, et remettant en cause l'équilibre politique, économique et social que constitue une convention collective au niveau considéré aura servi pendant six ans d'épouvantail pour les entreprises étrangères.

Et en dehors des hypothèses où l'employeur peut désormais s'abriter derrière un accord collectif pour bénéficier de sa présomption de légitimité, le trouble demeure : en considérant qu'un diplôme ou un statut de cadre ne constituent par principe pas en eux-mêmes des éléments justifiant une différence de traitement, la Chambre sociale impose une appréciation *in concreto* de chacune des justifications avancées par les employeurs pour expliquer des inégalités de traitement, les entraînant dans une casuistique peu lisible et aucunement prévisible eu égard à la large marge d'appréciation laissée aux juges du fond en la matière². Le champ lexical employé par la doctrine témoigne de la forte insécurité juridique qui en résulte. On a ainsi évoqué une situation « inquiétante »³, un principe « en quête de sens »⁴, ou encore appelé une « nécessaire clarification »⁵ des critères retenus par la Chambre sociale.

L'interprétation jurisprudentielle imprévisible du principe d'égalité continue ainsi de mettre en péril de nombreuses pratiques pourtant « historiques »⁶ au sein des entreprises, au risque d'une forte déstabilisation économique. Il faut en effet rappeler que l'impact financier de la règle « à travail égal, salaire égal » est très important : les employeurs, dès lors qu'ils sont dans l'impossibilité de prouver qu'une cause objective

1. Soc., 27 janvier 2015, n° 13-22179, trois arrêts à paraître au Bulletin.

2. J. Barthélémy, Le principe d'égalité de traitement, Semaine sociale Lamy 2009, n° 1414, 6.

3. E. Laherre, Le juge et le principe « à travail égal, salaire égal », Semaine sociale Lamy 2006, n° 1254.

4. A. Lyon-Caen, A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens, RDT 2006, 16.

5. S. Stein, La nécessaire clarification des critères justifiant l'inégalité de rémunération, Semaine sociale Lamy 2006, n° 1256.

6. M. Hautefort, préc.

et pertinente justifie une inégalité salariale, sont tenus selon la jurisprudence d'aligner par le haut tous les salaires.

Ces incertitudes entourant la mise en œuvre du principe « à travail égal, salaire égal » illustrent parfaitement l'insécurité juridique qui affecte le droit du travail. Poursuivant un objectif louable – éviter toute inégalité de traitement entre salariés placés dans une situation identique –, la Chambre sociale n'a pas su élaborer des directives d'interprétation prévisibles, laissant place à une jurisprudence casuistique, et longtemps à contre-courant des pratiques négociées établies de longue date par les partenaires sociaux à qui le législateur a confié ce rôle comme le remarque la Cour elle-même¹. Elle a alors abouti, en exposant les entreprises, même de bonne foi, à des révisions salariales qu'elles ne sont pas forcément en mesure de supporter, à porter atteinte à leur compétitivité économique.

Après avoir mis en émoi les partenaires sociaux et les acteurs de l'entreprise pendant près de six ans, la Chambre sociale vient donc de revenir à plus d'orthodoxie en posant le principe d'une présomption de conformité au principe d'égalité des différences de traitement entre catégories professionnelles prévues par un accord collectif, qui ne peut être renversée qu'en apportant la preuve que cette différence de traitement est étrangère à toute considération de nature professionnelle². Il apparaît ainsi que **la Chambre sociale ne reste pas toujours insensible aux critiques qui lui sont adressées**. Confrontée aux effets pervers de ses solutions, elle peut donc faire évoluer sa jurisprudence. La tendance actuelle, en bien des points, marque d'ailleurs une prise de conscience et une volonté de faire évoluer des solutions largement critiquées en termes de sécurité juridique et donc d'attractivité économique.

186. Inefficacité de la justice prud'homale et défiance dans la justice sociale – Après Pierre Laroque il y a soixante ans³, puis M. A. Supiot traitant il y a plus de vingt ans de « L'impossible réforme des juridictions sociales »⁴, les juridictions du droit du travail font aujourd'hui l'objet de toutes les attentions⁵. 18 millions de salariés, couverts par le droit du travail, ont vocation à être jugés par les 14 500 conseillers prud'homaux paritairement élus (mais désignés par les

1. Les différences de traitement entre catégories professionnelles opérées par accords collectifs, négociés et signés par des syndicats représentatifs, investis de la défense des droits et des intérêts des salariés et à l'habilitation desquels ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées au regard du principe d'égalité de traitement.

2. Soc., 27 janvier 2015, n° 13-22.179.

3. P. Laroque, Contentieux social et juridictions sociales, Dr. soc. 1954, 271.

4. A. Supiot, L'impossible réforme des juridictions sociales, Revue française des affaires sociales 1992, 97.

5. Rapport Lacabarats, préc. ; Rapport Marshall, préc. V. également l'analyse de la Direction Générale du Trésor, Trésor-Eco n° 137 sur le traitement des litiges en droit du travail, octobre 2014 : v. http://www.tresor.economie.gouv.fr/10299_tresor-eco-n-137-le-traitement-des-litiges-en-droit-du-travail-constats-et-perspectives-economiques.

partenaires sociaux représentatifs à partir de 2017). Il n'est guère discutable que les salariés et leurs représentants sont attachés à cette juridiction de proximité, sans magistrat professionnel.

Sans doute cet attachement constitue-t-il la première cause de blocage des réformes pourtant nécessaires de la juridiction prud'homale. À quoi on ajoutera que les prud'hommes relèvent tant du Ministère du Travail que du Ministère de la Justice, ce qui vient, politiquement, compliquer la donne.

Malgré les retouches opérées par le projet de loi Macron, l'immobilisme est souvent de mise...

D. Marshall, Les juridictions du XXI^e siècle

(1^{er} décembre 2013)

Les membres du Conseil supérieur de la prud'homie (CSP) et de la direction générale du travail (DGT) sont très attachés aux fondements des Conseils de prud'hommes :

- une justice paritaire rendue par les représentants des salariés et des employeurs
- une tentative de conciliation préalable à l'instance au fond ;
- un recours à un juge professionnel en cas de départage ;
- une formation des conseillers assurée par les organisations syndicales.

Des constats partagés par les membres du CSP : le coût des élections prud'homales est excessif (100 millions d'euros), mais il n'y a pas d'accord sur des solutions de remplacement ; il y a sans doute trop de conseillers prud'hommes et les sections ne sont peut-être plus adaptées ; le taux de conciliation est faible et ne cesse de baisser (80 % avant la seconde guerre, contre à peine 10 % aujourd'hui) ; la mise en état des procédures est mal maîtrisée.

Une opposition partagée des membres du CSP sur le choix de l'échevinage perçu comme inutile et néfaste en première instance, et inutile en appel ou en cassation.

Une réticence envers la médiation : les CPH ont mission de concilier gratuitement les parties, pourquoi aller chercher ailleurs un tiers dont il faudra assurer la rémunération ?

Le départage est présenté soit comme excessif et traduisant un dysfonctionnement, soit comme modeste au regard des procédures réglées sans départage.

Une impression générale : les acteurs concernés par le fonctionnement des CPH privilégient le maintien des fondements de cette juridiction, ne formulent guère de solutions efficaces pour réduire significativement les délais de procédure qui sont pourtant inacceptables pour les justiciables, et n'invoquent que rarement la situation de ces derniers.

Les « prud'hommes » ont été les premiers juges de proximité professionnelle. À l'origine, au début du XIX^e siècle, cette juridiction spécifique au « droit ouvrier » était composée de juges élus dans un monde artisanal, où les règles de l'art et les usages locaux étaient les seules normes applicables. Ces juges non professionnels devaient avant tout faire preuve d'équité et de discernement, et se comporter en juges de paix en conciliant les parties (« *Servat et conciliat* ») : en 1930, 80 % des affaires étaient conciliées.

Cette philosophie n'est plus adaptée au droit du travail d'aujourd'hui¹. Si l'élection des conseillers, puis leur désignation par les syndicats à partir de 2017, a d'incontestables avantages, notamment en termes de proximité professionnelle entre le justiciable et son juge, elle fait siéger des employeurs et des salariés n'ayant souvent aucune formation juridique initiale, alors que le droit du travail s'est complexifié à outrance, avec le grossissement démesuré des textes, la multiplication des sources supra-nationales, la délicate articulation entre conventions collectives de branche et d'entreprise, les liens devenus fort complexes entre lois, conventions collectives et contrat, etc.

187. Les données de l'échec – Conseils des prud'hommes, Cours d'appel, Cour de cassation : à chaque niveau, les chiffres rendent compte de nombreux blocages.

Les aléas des procédures en droit du travail (Extrait du rapport Lacabarats*)				
Chiffres 2012*	CPH	TI	TGI	TGI, en droit du travail
Durée des procédures avec décision sur le fond	15,6 mois	5,2 mois	7,6 mois	11,7 mois
Durée des Procédures en appel	16,4 mois	15,6 mois	13,8 mois	13,9 mois
Taux d'appel	64,5 %	5,9 %	18,3 %	16 %
Taux de confirmation totale en appel	28,3 %	46,4 %	46 %	52,3 %
Taux d'infirmité partielle en appel	50,5 %	29,5 %	34,1 %	26,7 %
Taux d'infirmité totale en appel	21,2 %	24,1 %	19,9 %	21 %

* Ce tableau ne porte que sur les affaires faisant l'objet d'un jugement sur le fond, c'est-à-dire autres que les désistements, radiations, etc.

Au niveau des Conseils des prud'hommes

– À 99,4 %, ce sont les salariés qui les saisissent², ce qui s'explique par le fait que l'employeur a en quelque sorte le privilège du préalable (non-paiement d'heures supplémentaires, licenciement).

1. V. Y. Rolland, Le conseil de prud'hommes entre mythe et réalité, Dr. soc. 2013, 618 ; D. Marshall, P. Lagesse et M. Beckers, Réformer le Conseil des prud'hommes ?, RDT 2014, 85.

2. Voir E. Serverin, Semaine Sociale Lamy du 20 octobre 2010, n° 1648, p. 10.

– **À 92 %, c’est un contentieux de la rupture** et plus précisément du licenciement (le contentieux de la rupture constituait 50 % du contentieux en 1990).

– **90 % des parties sont représentées**, ou assistées par un défenseur syndical (mais de moins en moins) devant le bureau de jugement, **et 98 % lors d’un départage**. Face à des juges non professionnels, **82 % des demandeurs font appel à un avocat** (pourtant non obligatoire).

– **Depuis l’année 2000, les délais moyens de jugement ont augmenté de 6,3 mois**.

– **Le taux de conciliation baisse régulièrement**¹ : en moyenne nationale, 8,8 % en 2000, 5,8 % en 2012, **5,5 % en 2013** : donc 94,5 % sans conciliation, avec de très forts écarts (5 % à Paris, 35 % à Toulouse). Ce qui n’est là encore guère étonnant vu le degré de complexité atteint par le droit du travail. Sans oublier un taux de désistement pouvant faire penser à une conciliation ou une transaction extra-judiciaires².

– **En cas de partage des voix (21 % des cas en moyenne nationale** ; mais de 1 % à Cherbourg et 3 % à Aix-les-Bains, à 43 % à Bobigny voire 62 % à Calais), il est fait appel au juge départiteur, magistrat professionnel juge au tribunal d’instance. Mais **le délai moyen du jugement au fond double presque, passant alors de 15,9 à 29,7 mois en 2013** (contre 22,1 mois en 2004³).

1. Rapport Lacabarats : « Si la conciliation constitue toujours une mission essentielle du Conseil des prud’hommes, le défaut de comparution des parties, l’absence de volonté commune d’accord, la complexité des affaires, et le nombre trop important de dossiers fixés à chaque audience au regard du temps que nécessiterait la recherche d’un accord amiable, empêcheraient un exercice efficace de cette mission ».

2. V. Ph. Clément, A. Jeammaud, E. Serverin et F. Vennin, Les règlements non-juridictionnels des litiges prud’homaux, Dr. soc. 1987, pp. 55-69. Voir aussi Rapport Lacabarats préc., p. 66 : « Lors des auditions auxquelles la mission a procédé, il a été soutenu que le taux de conciliation constaté par les statistiques ne tiendrait pas compte d’un certain nombre d’affaires pour lesquelles une solution amiable est dégagée pendant le cours de la procédure, solution à laquelle la comparution devant le bureau de conciliation aurait pu participer. Il apparaît effectivement que devant les conseils de prud’hommes, un grand nombre de procédures s’achèvent sans qu’intervienne un jugement sur le fond (désistements, radiations, etc.). Mais, un tel taux de fin de procédure sans jugement au fond n’est pas propre aux conseils de prud’hommes et est constaté devant d’autres juridictions, y compris dans des procédures dépourvues de préalable de conciliation ».

3. Rapport Lacabarats, préc., p. 60 : « Il est frappant de constater que des délais excessifs de jugement de départage peuvent s’accompagner d’un taux de départage particulièrement important, supérieur à la moyenne nationale (18 à 20 %). C’est ainsi qu’à Paris, le taux de départage s’établit à environ 32 %, alors que le délai moyen de traitement des dossiers hors départage est déjà de l’ordre de 15 mois et qu’une départage implique un allongement des délais de 15 mois également. À Bordeaux, le taux de départage est de l’ordre de 24 % en moyenne, alors que le délai de traitement des dossiers renvoyés devant le juge départiteur est de 16 à 18 mois ». *Id.*, p. 77 : « Le recours, même important, au juge départiteur, n’est pas en soi condamnable. En revanche, ce sont les raisons qui

– **Taux de fin de procédures sans jugement au fond : 41 % en 2012** (TGI droit commun : 13,4 % ; TGI, en droit du travail : 24 % ; TI : 32 %).

Les délais pâtissent de la division du contentieux prud'homal en trois phases : conciliation, jugement, éventuelle départition¹.

Au niveau des Cours d'appel

– **Taux d'appel en 2012 : 65 % au fond** (Tribunal de commerce : 13 % et TGI : 19 %). Ce redoutable taux s'explique sans doute par le fait qu'il s'agit pour l'essentiel d'un contentieux du licenciement, où le salarié veut « aller jusqu'au bout ».

– **Soit environ 50 000 appels par an** (23 % des appels formés en matière civile).

– **Durée moyenne des affaires terminées en matière prud'homale** : 17,2 mois en 2013 (2010 : 14,6 mois ; 2011 : 15,7 mois et 2012 : 16,4 mois).

– **28 % de clôture des procédures d'appel sans décision au fond.**

– **En cas de décision au fond : 28 % de confirmation totale** (pour les autres juridictions : de 46 % à 53,6 %) ; **21 % d'infirmité totale ; 50 % d'infirmité partielle.**

– **Pour les appels sur des décisions de TGI statuant au fond** (645 affaires terminées en 2013) : **34 % de confirmation totale** en 2012 (36 % en 2010 et 35 % en 2011) et **15,2 % d'infirmité totale** en 2012 (16,5 % en 2010 et 15,6 en 2011).

Au niveau de la Chambre sociale de la Cour de cassation

– **3214 arrêts rendus en 2013**, contre 3575 en 2012 (Première chambre civile : 2 024 ; Chambre commerciale : 1 645).

– **Taux de cassation** : 17 % en 2004, 37 % en 2008, 39 % en 2012 (20 % pour la chambre criminelle, 29 % Chambre commerciale et 31 % Première chambre civile), **51 % en 2013** (avec renvoi : 46 % ; sans renvoi : 5 %).

– **Taux de rejet : 23 % en 2013** (Chambre criminelle : 48 %, Chambre commerciale : 39 % et Première chambre civile : 36 %).

fondent le recours au juge départiteur qui peuvent l'être : article 700 du code de procédure civile, demandes de renvoi, mouvements d'humeur des délibérants... De plus, les auditions effectuées ont montré qu'assez fréquemment, le juge départiteur ne siège pas avec les conseillers qui ont décidé du renvoi au départage et que les raisons de celui-ci, ou les questions litigieuses sur lesquels il porte, ne sont pas connues ».

1. Ce que souligne l'étude d'impact du projet de loi Macron, p. 29 : « la procédure est intrinsèquement longue car elle peut recouvrir trois temps successifs : le temps de la conciliation, le temps du jugement et celui enfin de la départition. Dans ce cadre, le temps du procès est d'autant plus long que les procédures impliquant l'intervention du bureau de jugement ou la formation de départage sont quantitativement importantes ».

– **Taux de non admission : 18 % en 2013** (Chambre criminelle : 34 %, Chambre commerciale : 26 % et Première chambre civile : 27 %).

– **Durée moyenne pour obtenir une décision : 491 jours en 2013** contre 707 jours en 2000 (Chambre criminelle : 163 jours en 2013, Chambre commerciale : 457 jours en 2013 et Première chambre civile : 464 jours en 2013).

Chambre	Taux de cassation : sans renvoi + avec renvoi		Taux de rejet		Non admission		Durée moyenne (en jours)	
	2012	2013	2012	2013	2012	2013	2012	2013
Année	2012	2013	2012	2013	2012	2013	2012	2013
Sociale	35 + 4 : 39 %	46 + 5 : 51 %	30 %	23 %	21 %	18 %	509	491
Commerciale	27 + 2 : 29 %	27 + 1 : 26 %	38,5 %	39 %	31 %	26 %	449	457
Première chambre civile	26 + 5 : 31 %	30 + 3 : 33 %	31 %	36 %	39 %	27 %	454	464
Criminelle	16 + 4 : 20 %	15 + 2 : 16 %	46 %	48 %	34 %	34 %	156	163

*
* * *

188. Que faire ? – Au total, l’enchevêtrement des normes et la complexité des solutions ajoutent aux dysfonctionnements de la justice sociale. La conciliation préalable a montré ses limites, le départage accroît considérablement les délais de jugement, les décisions des Conseils de prud’hommes sont souvent discréditées, la justice sociale est lente et décorrélée du rythme du monde du travail, les stratégies judiciaires minent les contentieux et viennent amplifier les incertitudes, la jurisprudence est instable et incertaine.

A. Accroître le consensus dans l’élaboration de la norme pour favoriser la stabilité du droit du travail

189. Sur le plan collectif, où les acteurs pouvant agir en justice sont fort nombreux (syndicats, mais aussi comités d’entreprise ou CHSCT), le consensus est la meilleure source – réelle – du droit du travail. Dans le cadre de la « négociation législative »¹ prévue par l’article L. 1 du Code du travail², l’accord national

1. Voir les actes du colloque du Conseil d’État du 5 février 2010, Dr. soc. mai 2010 : « La place des partenaires sociaux dans l’élaboration des réformes » ; G. Couturier et J.-F. Akandji-Kombé (dir.), *Compétitivité des entreprises et sécurisation de l’emploi : le passage de l’ANI du 11 janvier 2013 à la loi du 14 juin 2013*, Editions de l’IRJS – Paris 1 – Sorbonne, 2013.

2. Aux termes duquel « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l’emploi et la formation profession-

interprofessionnel est un antidote à la politisation et à l'instabilité permanente de notre droit du travail qui est le principal de ses maux. On lui doit, entre autres, la loi du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, celle du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, la loi du 24 novembre relative à l'orientation et la formation professionnelle tout au long de la vie, celle du 1^{er} mars 2013 portant création du contrat de génération. Et bien sûr, la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, qui avait été précédée de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 « pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels salariés ».

Ces accords portent la marque des évolutions structurelles indispensables au droit du travail. Méfiance à l'égard du politique et aussi, à l'occasion, à l'égard du juge : il n'est d'ailleurs pas anodin que l'ANI – et donc le consensus – ait retiré au juge judiciaire le contrôle des plans de sauvegarde de l'emploi. La procédure est ainsi sous le regard de la DIRECCTE, sous contrôle, en cas de recours¹ du juge administratif. La DIRECCTE connaît l'entreprise en cause, peut réagir rapidement, et sait se positionner comme tiers facilitateur : hors procédures collectives, 61 % des décisions administratives concernaient en 2014 des accords collectifs, nécessairement majoritaires.

Sans doute, une telle méthode n'emporte-t-elle pas toujours l'adhésion. On lui reproche parfois de promouvoir une forme de néo-corporatisme² et, plus pragmatiquement, de pouvoir entraver socialement et politiquement des réformes rapides et audacieuses. Si les ANI signés ont souvent été innovants – comme l'a montré la rupture conventionnelle créée par l'ANI du 11 janvier 2008 – et fort utiles – ce dont témoigne ainsi l'ANI du 11 janvier 2013 (banque de données unique, options stratégiques communiquées au comité d'entreprise, incitation aux PSE négociés) –, il n'est pas établi qu'ils soient les meilleurs vecteurs de véritables réformes – en raison du « pluralisme syndical » français.

En outre, l'échec de la négociation interprofessionnelle, comme on l'a encore vu en janvier 2015, sur un projet, il est vrai, très ambitieux, montre que l'exigence pratique d'un accord majoritaire peut parfois empêcher la réforme souhaitée,

nelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation. À cet effet, le Gouvernement leur communique un document d'orientation présentant des éléments de diagnostic, les objectifs poursuivis et les principales options. – Lorsqu'elles font connaître leur intention d'engager une telle négociation, les organisations indiquent également au Gouvernement le délai qu'elles estiment nécessaire pour conduire la négociation ».

1. Les recours sont rares : environ 6 %.

2. V. A. Lyon-Caen, RDT 2013, 295. Voir également P.-Y. Verkindt, Syndicat, syndicalisme et démocratie sociale, JCP S 2012, 1233 et Ch. Radé, La loi négociée : simple marketing politique ou véritable produit de la démocratie sociale ?, Dr. ouvrier 2010, 319 s.

même si, bien sûr, le Gouvernement comme le législateur ont la possibilité de passer outre¹.

D'où la question de savoir s'il est justifié de donner *de facto* un droit de veto sur la politique sociale à un syndicat important.

Pour autant, la Commission estime que **la négociation dite légiférante a pour vertu de réduire l'instabilité chronique de la loi du travail**. Créant un « temps de refroidissement », cette période réservée aux partenaires sociaux évite l'emballement médiatique et permet aux différents experts de réfléchir à la faisabilité des projets envisagés, à leurs conséquences sociales et financières – ce qui ne signifie pas que la « loi négociée » serait à l'abri des défauts formels de toute œuvre législative².

Si les signataires sont nombreux voire unanimes (ex : le contrat de génération), la source conventionnelle de la loi, associant alors légitimité sociale et légitimité politique, lui permet d'être mieux admise et reçue. Au Parlement, députés et sénateurs seront nécessairement désireux de respecter ce consensus³ et, dans l'entreprise, le texte initié par les confédérations sera en principe mieux protégé des recours contentieux.

1. Lors d'un colloque à la Cour de cassation en avril 2014, le Président Lacabarats soulignait « l'ambiguïté de la place des acteurs : la loi du 14 juin 2013 est présentée comme une loi de transposition de l'ANI. Mais, d'une part, c'est peut-être aller au-delà de ce que prévoit l'article L. 1 du Code du travail, lequel évoque la nécessité seulement d'une "concertation préalable" avant "tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement". D'autre part, la loi n'a pu se contenter d'une simple transposition, ne serait-ce que parce que, selon l'exposé des motifs, le législateur a dû accomplir un travail important sur des points où l'ANI était ambigu, imprécis ou incomplet, voire comportait des contradictions ».

2. Ce que l'on pourrait dire autrement : le législateur n'a pas le monopole des usines à gaz (ex : compte pénibilité) et des termes flous. V. ainsi la loi de transposition du 4 mai 2004, que le Conseil constitutionnel a toutefois absoute sur ce terrain : « Considérant que si les dispositions critiquées rendent plus complexe l'articulation entre les différents accords collectifs, elles définissent de façon précise les rapports entre les différents niveaux de négociation ; qu'ainsi le législateur, qui a entendu se référer à la Position Commune adoptée par les partenaires sociaux le 16 juillet 2001, n'a pas méconnu les exigences d'intelligibilité et de clarté de la loi » (Cons. const., 29 avril 2014, n° 2004-494 DC). Issue de l'ANI du 11 janvier 2013, la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi n'est pas non plus un modèle, et encore moins le « choc de simplification » maintes fois annoncé. Comment pourrait-il en être autrement alors que le texte est issu d'une négociation millimétrée à huit, et non à deux partenaires : ainsi « la partie patronale » est-elle composée de trois syndicats, dont les intérêts ne sont pas toujours convergents voire opposés comme l'a montré l'opposition radicale entre la CGPME et l'alliance MEDEF-UPA à l'occasion de la négociation sur la modernisation du dialogue social, ayant conduit à l'échec du 25 janvier 2015.

3. Sans illusion toutefois : la houleuse transposition au Parlement de l'ANI de janvier 2013 a montré que la méthode n'était pas forcément un long fleuve tranquille car consensuelle (v. les multiples campagnes et manifestations de FO et de la CGT, fortement relayées au Parlement, y compris par le rapporteur à l'Assemblée nationale).

Cette légitimité assure au texte de loi, comme aux décrets et circulaires eux-aussi étroitement concertés avec les partenaires sociaux (signataires et non signataires), une meilleure stabilité qui le protège à son tour de modifications en cas d'alternance.

Cette régulation apaisée peut enfin contribuer à relancer la machine économique. Un dialogue social moins rugueux est globalement mieux ressenti¹, y compris par les investisseurs étrangers.

**O. Duheillet de Lamothe, L'accord collectif, une source constitutionnelle
du droit du travail
(Semaine sociale Lamy 2012, n° 1533)**

Du programme du Conseil national de la Résistance au Préambule de la Constitution de 1946, de la décision du Conseil constitutionnel du 29 avril 2004 à l'arrêt de la Cour de cassation du 29 juin 2011, la norme négociée s'affirme progressivement comme une norme autonome en droit du travail.

Il faut s'en féliciter car la norme négociée présente quatre atouts décisifs par rapport à la norme unilatérale, qu'elle soit légale ou réglementaire : parce qu'elle émane des acteurs, mêmes de l'entreprise, elle est d'abord mieux adaptée à la réalité des entreprises : à titre d'exemple, les règles définies par l'accord national interprofessionnel du 20 octobre 1986 sur l'emploi régissent toujours aujourd'hui les procédures de licenciement ; parce qu'elle émane des partenaires sociaux, elle est souvent plus novatrice : on peut citer à titre d'exemples l'accord national interprofessionnel du 9 juillet 1970 sur la formation professionnelle, l'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail et la position commune du 9 avril 2008 sur la représentativité, le développement du dialogue social et le financement du syndicalisme ; dans la mesure où les acteurs de la négociation s'approprient la norme qu'ils édictent, elle est souvent mieux appliquée que la norme légale : un garagiste connaît le plus souvent mal le Code du travail, en revanche, il connaît souvent bien, grâce à sa fédération professionnelle, la convention collective de la réparation automobile ; enfin, et surtout, la norme négociée est beaucoup plus stable que la norme légale qui, étant dans notre pays très politisée, change avec chaque changement de majorité : alors que la législation relative aux CDD et aux contrats de travail temporaires avait été modifiée quatre fois en dix ans – en 1979, en 1982, en 1985 et en 1986 –, l'accord national interprofessionnel du 24 mars 1990 sur l'emploi précaire n'a pas été modifié, sauf sur deux points techniques, depuis cette date. C'est un atout essentiel quand on sait que le principal reproche fait par les investisseurs à notre droit du travail est moins sa complexité, et même sa rigidité, que son instabilité et son imprévisibilité.

1. V. L. Gallois, *Pacte pour la compétitivité de l'industrie française*, Premier ministre, 2012, p. 13 : « Les pays qui réussissent sont ceux où le dialogue social est porteur de dynamiques favorables à l'entreprise et ses salariés ».

Faut-il alors généraliser la négociation légiférante en l'imposant par une réforme constitutionnelle ? Un projet de loi relatif à la démocratie sociale avait en 2013, dans la suite des propositions de M. F. Hollande, alors candidat à la Présidence de la République, envisagé de réformer la Constitution, en prévoyant que :

« Après le titre V de la Constitution, il est inséré un titre V *bis* intitulé « Du dialogue social préalable à la loi » et comportant un article 51-3 ainsi rédigé :

« Art. 51-3. – Tout projet de loi ou d'ordonnance ou toute proposition de loi qui procède à une réforme en matière de relations individuelles et collectives du travail, d'emploi ou de formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle ne peut, sauf en cas d'urgence, être délibéré en conseil des ministres ou inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale ou du Sénat sans que les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives aient été mises en mesure de négocier, si elles le souhaitent, sur l'objet de cette réforme ».

S'il n'est pas douteux que les choix politiques ne sauraient être paralysés, de sorte que si un accord interprofessionnel est signé, **l'ANI doit pouvoir être ou non repris, et le cas échéant modifié, par le Parlement**¹, ce qui n'est *de facto* pas le cas au niveau communautaire², la Commission estime que **la négociation légiférante doit être encouragée**.

On peut s'interroger sur les règles actuelles d'appréciation du caractère majoritaire d'un accord national interprofessionnel. Aujourd'hui, il est valide si les confédérations signataires ont recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés aux élections professionnelles³ et s'il ne fait pas l'objet d'une opposition d'une ou plusieurs confédérations ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés à ces mêmes élections. Cette minorité pourrait à certains sembler déraisonnable et ébranler la légitimité même de la loi qui reprend l'accord dès lors qu'il n'a été que minoritaire (ex : CFDT = 30% + CFTC = 11% = 41%)... Comme l'ont bien montré les péripéties de l'ANI du 11 janvier 2013, **on pourrait penser que le**

1. Comme le notent G. Bélier et H.-J. Legrand in *La négociation collective en entreprise*, Liaisons, 2013 : « On peut être extrêmement réservé sur la pertinence de l'incorporation dans la Constitution d'une telle chronologie et d'une telle hiérarchie. Rien ne remplacera ici une réelle volonté politique et une compréhension approfondie de la démocratie sociale par les acteurs politiques ».

2. Dans les faits, l'accord signé par les partenaires sociaux européens est repris tel quel dans une directive.

3. L'arrêté du 30 mai 2013 a fixé pour quatre ans la liste des organisations syndicales reconnues représentatives au niveau national interprofessionnel : 30,63 % pour la CGT ; 29,71 % pour la CFDT ; 18,28 % pour Force Ouvrière ; 10,76 % pour la CFE-CGC ; 10,62 % pour la CFTC.

seuil politique minimum de la négociation légiférante ne pourrait être que l'accord réellement majoritaire.

Toutefois, **un tel pourcentage rendrait difficile sinon impossible en pratique la signature d'accords interprofessionnels et donnerait la clef aux petits syndicats.** Cet équilibre paraît donc satisfaisant si on ne veut pas bloquer les capacités d'innovation du système. Aussi, la proposition visant à modifier l'article L. 2232-2 du Code du travail pour prévoir un seuil de 50 % pour valider les accords interprofessionnels, ne saurait être formulée par la Commission.

Si généraliser la négociation légiférante, en l'imposant par une réforme constitutionnelle, paraît socialement et politiquement excessif, le rapprochement démocratie sociale / démocratie politique, source de consensus, doit être favorisé.

Il pourrait passer par **la création d'un Institut des Hautes Études du Droit du Travail.** En effet, à l'instar de l'Institut des Hautes Études de Défense Nationale « réunissant des responsables de haut niveau appartenant à la fonction publique civile et militaire ainsi qu'aux différents secteurs d'activité de la Nation et des États membres de l'Union européenne en vue d'approfondir en commun leur connaissance des questions de défense, de politique étrangère, d'armement et d'économie de défense », il est indispensable de développer, en matière sociale, un lieu de rencontres mais aussi d'expériences communes sur le terrain, en France comme à l'étranger. Si le Conseil Économique Social et Environnemental (CESE) pourrait, *a priori*, constituer ce lieu de rencontres, la spécificité du monde du travail de demain milite pour la mise en place d'une institution dédiée, regroupant des spécialistes confrontés quotidiennement à la matière sociale (représentants des salariés et employeurs, DRH, avocats, magistrats, enseignants-chercheurs, membre de l'administration du travail etc.).

Proposition n° 54 : Créer un Institut des Hautes Études du Droit du Travail regroupant divers acteurs du monde social.

B. Encourager les mécanismes de « déjudiciarisation » du droit du travail

190. Le consensus est le gage d'une déjudiciarisation devenue indispensable du droit du travail.

Sur le plan des relations individuelles et contrairement à ce qu'avaient cru pouvoir prédire certains, la rupture conventionnelle homologuée issue de la loi du 25 juin 2008 en fournit aujourd'hui une remarquable illustration. Elle a remporté un succès considérable¹ – entre 25 000 et 32 000 homologations par

1. En 2014, 333 596 ruptures conventionnelles ont été homologuées par l'Administration, contre 314 380 en 2013 et 319 897 en 2012.

mois en 2014, soit deux fois le nombre des licenciements économiques –, et ne donne lieu qu'à un contentieux marginal grâce à la position ici très compréhensive de la Chambre sociale – protégeant le salarié de la fraude et des vices du consentement. Celle-ci a pris la mesure de l'enjeu et a su conforter la possibilité de divorce professionnel à l'amiable créé par les partenaires sociaux, dont la procédure protège beaucoup mieux le subordonné que la résiliation conventionnelle classique – désormais en principe exclue selon la solution essentielle issue d'un arrêt du 15 octobre 2014. Ainsi qu'on l'a justement souligné, « le caractère exclusif de la rupture conventionnelle a un effet de simplification évident, car, à défaut, il aurait été nécessaire d'organiser la concurrence des divers modes de rupture amiable, de définir leur champ d'application respectif avec des risques d'insécurité juridique évidents ».

Or, la LFSS pour 2013 a modifié ce régime pour le rendre moins favorable. Même si ces modifications n'ont pas conduit à l'effondrement statistique annoncé par certains, il convient de rétablir le régime fiscal et social des indemnités versées en cas de rupture conventionnelle, dont l'alignement, à l'origine, sur le régime des indemnités de licenciement a contribué au succès de la mesure.

Proposition n° 55 : Rétablir le régime fiscal et social antérieur pour l'indemnité versée en cas de rupture conventionnelle homologuée du contrat de travail.

Sur le plan des relations collectives, c'est encore une fois le consensus qui est la meilleure source du droit du travail. Ainsi, s'agissant des PSE, le principal succès de la loi de sécurisation de l'emploi tient au fait que, dans les deux tiers des cas de licenciement collectif de plus de dix salariés dans une entreprise de plus de 50 salariés, une négociation s'engage. Hors procédures collectives, 61 % des PSE font ainsi l'objet d'un accord nécessairement majoritaire avec les partenaires sociaux et sont donc simplement « validés » par la DIRECCTE. Par voie de conséquence, le taux de recours contentieux a considérablement baissé : devant le juge administratif qui confirme dans deux cas sur trois, il est aujourd'hui de 5 % s'agissant des PSE négociés, contre 20 % à 30 % auparavant devant le juge judiciaire. Tout ce qui peut aller dans ce sens doit être encouragé et développé.

C. Permettre à la Cour de cassation de statuer plus rapidement

191. Il apparaît nécessaire de permettre à la Cour de cassation de statuer au plus vite sur les premières difficultés soulevées par un texte nouveau. Cette préoccupation, qui n'est pas propre à une matière en particulier, a déjà été évoquée dans le présent rapport. Elle est toutefois essentielle en droit du travail, comme y invite la Cour de cassation elle-même dans son dernier Rapport annuel, évoquant la procédure d'avis :

« On ne saurait trop insister sur l'intérêt de cette procédure qui, même si elle est juridiquement dépourvue d'effet contraignant, a le mérite de répondre immédiatement aux juridictions saisies de litiges se rapportant aux questions en cause et de donner des lignes directrices, en pratique suivies par la Cour dans sa jurisprudence, propres à assurer une meilleure sécurité juridique et à limiter le développement des contentieux ».

Il est notable que **la Cour de cassation, qui dans le passé n'aimait guère se lier ainsi les mains pour l'avenir, encourage désormais les plaideurs à recourir à la procédure d'avis.**

Aussi, faut-il insister sur la nécessité de favoriser la procédure d'avis et, partant, **réitérer en droit du travail la Proposition n° 34 visant à favoriser le développement des avis**¹.

Le rapport Lacabarats a légitimement proposé de **l'élargir à l'interprétation des conventions collectives**, source de contentieux de masse dans le ressort de plusieurs Cours d'appel :

« La mission propose de prévoir une possibilité de demande d'avis à la chambre sociale de la Cour de cassation pour l'interprétation des conventions collectives. Par exemple, lorsqu'un accord d'entreprise concernant les salariés de multiples établissements fixe les conditions d'octroi d'une prime, il pourrait être envisagé, en cas de difficulté sérieuse relative à l'interprétation du texte prévoyant cette prime, qu'un tribunal des prud'hommes ou une cour d'appel, agissant d'office ou à la demande d'une partie et après avis du procureur de la République, saisisse la chambre sociale de la Cour de cassation d'une demande d'avis sur la portée de ce texte.

La demande d'avis à la Cour de cassation existe déjà, pour l'interprétation de dispositions légales ou réglementaires civiles ou pénales, et permet, dans un délai particulièrement bref, de contribuer à une meilleure sécurité juridique, les avis, malgré leur absence d'effet contraignant, étant très largement suivis en pratique. Étendue à l'interprétation des conventions collectives, la demande d'avis, telle qu'elle est préconisée, contribuerait à l'efficacité de l'action judiciaire, en évitant la multiplication de décisions contradictoires sur le même sujet et les délais inhérents à la formation d'une jurisprudence unifiée ».

Le projet de loi Macron (article 83 IV) reprend l'idée en proposant de modifier l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire en ce sens. La Commission estime cette réforme parfaitement opportune.

1. *Supra*, n° 115.

D. Éviter les effets dilatoires de l'invocation des normes supra-législatives

192. Plus qu'en tout autre domaine, il convient de juguler les tactiques des plaideurs pour gagner du temps, « tester » leur juge, empêcher l'application de la loi, etc. Aussi, faut-il ici de nouveau insister sur la **Proposition n° 34 visant, notamment, à étendre la procédure d'avis aux questions de conformité de la loi aux droits et libertés fondamentaux consacrés par un Traité international**¹.

E. Réformer la justice prud'homale

193. Il n'est pas besoin d'insister sur la nécessité de réformer la justice prud'homale : l'ensemble des données rappelées précédemment en établit l'impérieuse nécessité. Même si l'on peut penser qu'une bonne justice est facteur d'augmentation des procès – la mauvaise justice décourage les plaideurs ! –, il convient d'agir sur les délais, la qualité des décisions, leur acceptabilité, le taux d'appel et de cassation, etc.

L'effet pervers d'une meilleure justice : plus de procès !

« Réforme de la justice prud'homale »
Commission d'étude des effets de la loi pour la croissance et l'activité
France Stratégie – janvier 2015

En réduisant le coût d'accès aux recours pour les parties, la réduction des délais est aussi susceptible d'entraîner une augmentation du nombre d'affaires qui ne seraient pas portées devant la justice prud'homale par crainte de délais trop longs. La contribution récente de Fraisse, Kramarz et Prost (2015) suggère qu'une amélioration de la procédure de conciliation observée à Grenoble a pu accroître le nombre de recours. Ceci a de fait entraîné une augmentation globale des coûts de licenciements pour les entreprises.

À ce titre, les rapports Marshall et surtout Lacabarats ont formulé d'intéressantes propositions, de nature à permettre d'importantes évolutions. Reprises par le projet de loi Macron, qui vise à améliorer le fonctionnement de la juridiction prud'homale en agissant sur la formation, la déontologie, la discipline, le contrôle et le traitement du contentieux prud'homal, certaines de ces propositions doivent être approuvées. La Commission considère toutefois que diverses propositions ménagent trop les structures existantes et devraient, à ce titre, être revues.

1. *Supra*, n° 115.

1. Faut-il conserver les Conseils de prud'hommes dans leur forme actuelle ?

194. Du point de vue du justiciable (un salarié, à plus de 98 %), être face à des juges non professionnels, répartis en section spécialisées (Industrie , Commerce..), travaillant souvent en entreprise et connaissant donc beaucoup mieux ses aléas et ses contraintes que les magistrats de formation, anciens élèves de l'ENM¹, est certes perçu comme un avantage, et tenu pour garant d'une justice de proximité plus accessible et davantage en phase avec les réalités du monde de l'entreprise.

En outre, la critique de la justice prud'homale doit sans doute être relativisée, en prenant en compte les piètres conditions de travail des conseillers prud'hommes – insuffisance de la documentation disponible – y compris sur la simple possibilité pour les juges de disposer d'un Code du travail à jour –, absence d'accès à l'intranet Justice, et à la base Jurica pour la jurisprudence des arrêts d'appel.

Mais l'état des lieux est aujourd'hui si désastreux qu'il nuit aux justiciables² et porte en lui une défiance telle que l'embauche comme l'attractivité même de la France en subissent les effets.

Malgré des situations extrêmement diversifiées d'un Conseil à l'autre, c'est bien la justice prud'homale qui est elle-même en cause. Sans *in fine* prôner sa remise en cause, le Président Lacabarats évoquait clairement la question de savoir s'il y a lieu de conserver cette forme de justice non professionnelle : « tous les acteurs de la justice prud'homale entendus lors de la préparation du rapport souhaitent le maintien du système paritaire, malgré son caractère isolé en Europe. Les opinions sont plus partagées chez les magistrats professionnels. **Le paradoxe de la situation actuelle est que, avec les taux de départage et d'appel déjà évoqués, la majeure partie du contentieux prud'homal est en définitive traitée par des juges professionnels** »³.

Ainsi, selon le Rapport Lacabarats, « le système paritaire ne peut être maintenu que s'il est clairement intégré par tous les acteurs que la juridiction prud'homale est une juridiction judiciaire et que ses membres sont des juges à part entière, dont le seul objectif doit être, comme cela a déjà été souligné, de satisfaire aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : garantir au justiciable l'accès à un tribunal indé-

1. Si cette école recrute certainement les meilleurs techniciens du droit, la technique juridique – qu'un magistrat doit évidemment parfaitement maîtriser – n'est pas l'alpha et l'omega de la fonction de juge. Sous cet aspect, les magistrats non professionnels apparaissent souvent beaucoup plus en phase avec la vie quotidienne du justiciable. Aussi les jeunes auditeurs de justice, dont les connaissances techniques sont incontestables, auraient beaucoup à gagner à aller confronter leurs connaissances à l'épreuve de la vie de l'entreprise, et en particulier des PME.

2. E. Serverin, Le procès des délais de procédure prud'homale, RDT 2012, 471.

3. Interview Semaine Sociale Lamy, 20 octobre 2014, 7.

pendant et impartial, rendant ses décisions dans un délai raisonnable et dans le respect des règles de droit »¹.

Ne faut-il pas aller jusqu'au bout, et constatant la redoutable complexification du droit du travail, confier le contentieux du droit du travail à des juges professionnels formés pour cela, tout en intégrant au tour extérieur des cadres d'entreprise et des syndicalistes juristes ? Il y a plus de 60 ans, Pierre Laroque prônait ainsi la constitution d'une magistrature professionnelle à formation sociale, exerçant au sein d'un ordre autonome.

**P. Laroque, Contentieux social et juridiction sociale
(Droit social 1954, 271)**

Dans le droit positif français contemporain, la solution de ces différends relève de juridictions multiples, sans qu'il soit toujours aisé d'apercevoir les bases rationnelles des discriminations effectuées.

Parfois interviennent les juridictions de droit commun, de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif. Parfois au contraire le législateur a attribué compétence à des juridictions spécialisées. [...]

La multiplication même des juridictions spécialisées, la présence fréquente au sein des formations de jugement d'éléments autres que des jugements professionnels, sont la marque de l'inadaptation de l'organisation juridictionnelle traditionnelle à la solution de différends de ce type. [...]

La multiplicité actuelle des contentieux, la variété des juridictions compétentes, sont en contradiction manifeste, voire choquante avec l'unité essentielle, profonde, du droit social. [...]

Les juges non professionnels, s'ils ont à coup sûr par leur origine même une compétence indiscutable dans les aspects sociaux des questions à résoudre, risquent de n'avoir pas les qualités ordinairement requises d'un juge dont la fonction demeure de dire le droit, d'observer aussi une discipline de forme et de fond qui donne aux justiciables les garanties auxquelles ils ont droit tout en assurant, par l'unité indispensable de la jurisprudence, l'égalité de tous devant la justice. Quant aux magistrats professionnels, ils ne sont en général chargés de ces fonctions que pour un temps limité ; et bien souvent ces fonctions elles-mêmes étant peu recherchées du fait qu'elles n'apparaissent que comme un aspect mineur des activités judiciaires, les magistrats à qui elles sont dévolues ou bien ne sont pas les meilleurs ou bien cherchent à les quitter pour se consacrer à des activités juridictionnelles regardées comme d'un genre supérieur.

L'expérience montre que les formules mixtes, les formules dites d'« échevinage », sur le plan juridique, donnent de bons résultats lorsque les juges non professionnels, par la permanence et la durée de leur fonctions, acquièrent la psychologie du magistrat professionnel, et lorsque les magistrats professionnels, par l'effet du temps comme par le contact avec leurs assesseurs, acquièrent l'expérience sociale qui, à l'origine, leur manque le plus souvent, c'est-à-dire en définitive lorsque les uns et les autres se transforment en fait en magistrats professionnels à formation sociale.

1. Rapport Lacabarats, préc., p. 18.

Une magistrature professionnelle à formation sociale, telle est sans grande discussion possible la meilleure solution pour la constitution d'une juridiction sociale autonome. [...]

L'on pourrait et devrait donc envisager la constitution d'un cadre spécial de magistrats sociaux se recrutant parmi de jeunes gens formés spécialement à cette fin, et unissant des connaissances juridiques solides, des connaissances théoriques des sciences sociales, à une expérience sociale acquise au cours des stages dans des entreprises et des services sociaux. Ce cadre devrait, bien entendu, être assez large pour offrir les perspectives d'une carrière normale. Il devrait être complètement indépendant tant de la magistrature judiciaire normale que de la magistrature administrative, sauf bien entendu pour la première formation du corps, et jouir des mêmes garanties d'indépendance que les magistrats du siège.

Ce qui est peut-être plus important encore c'est que les juridictions sociales envisagées, composées de ces magistrats spécialisés, forment un ordre juridictionnel autonome, avec des tribunaux locaux, des Cours régionales et une Cour suprême, celles-ci se situant au même niveau que la Cour de Cassation dans l'ordre judiciaire ou le Conseil d'État dans l'ordre administratif.

Le projet de loi Macron débattu au premier semestre 2015 a fait le choix de maintenir les Conseils des prud'hommes, les juges n'étant toutefois plus élus mais désignés à compter de 2017. Dans la ligne du Rapport Lacabarats, il vise à professionnaliser la justice du travail, tout en garantissant des délais (et parfois une impartialité objective et subjective) conformes aux critères de la CEDH – ce qui éviterait à l'État les lourdes condamnations pécuniaires évoquées précédemment (1 402 250 euros en 2013). Pour cela, le projet de loi prévoit diverses dispositions concernant la formation des conseillers, leurs obligations déontologiques et leur cadre disciplinaire, ainsi qu'un statut pour le défenseur syndical.

Si l'idée de faire des conseillers prud'homaux des juges comme les autres (formation, déontologie, conseil de discipline) semble excellente, elle peut aussi sembler excessivement optimiste s'agissant de juges par hypothèse non juristes de formation, travaillant habituellement en entreprise, et désignés par des organisations représentatives par essence partisans.

Une solution radicale serait de supprimer les Conseils des prud'hommes, et de confier le contentieux social à une formation spécialisée du TGI, déjà compétent en matière de contentieux collectif du travail. La réforme aurait l'avantage d'unifier le contentieux en droit du travail et, en confiant le contentieux à des magistrats spécialement formés, d'abaisser le taux d'appel.

S'il est évident que la mesure engendrerait mécaniquement des coûts importants, en formation comme en recrutement, elle serait corrélativement la source d'économies substantielles, celles tenant au coût de la formation des 14 500 conseillers prud'hommes – 40 millions d'euros sur cinq ans¹ – et celles

1. Sans parler des petits conseils des prud'hommes, malgré la drastique réduction de leur nombre en 2008 : aujourd'hui, 88 CPH sur 209 ont un greffe de deux ou trois personnes.

liées aux dépenses de fonctionnement des 210 Conseils existants. De même, en ce qu'elle entraînerait une diminution du taux d'appel – voir déjà les projections faites dans l'étude d'impact du projet de loi Macron sur l'hypothèse d'accroissement du départage¹ et du taux de pourvoi en cassation –, elle serait un facteur de diminution de l'engorgement et donc de la charge des juridictions. Et par suite du coût de la justice elle-même.

La Commission estime toutefois qu'une telle proposition n'est actuellement ni parfaitement justifiée, ni réaliste². Les Conseils des prud'hommes ont dans le passé fait la preuve de leur efficacité, et on ne saurait penser qu'ils sont à présent structurellement inadaptés : il faut restaurer les conditions de cette efficacité. Surtout, leur suppression provoquerait une inutile déchirure dans le corps social, tous les partenaires sociaux y étant fortement attachés. Politiquement, elle n'est enfin sans doute pas envisageable. **Elle ne pourra être envisagée que si les réformes en cours échouent ou montrent rapidement leurs limites.**

En revanche, la Commission estime qu'il serait possible, tout en adoptant le cadre tracé par le projet de loi Macron, de mettre en place un échevinage systématique. Le Rapport Marshall l'a préconisé, soulignant ainsi que « le principe de l'échevinage considéré comme la synthèse légitime et harmonieuse des cultures de l'entreprise et du droit, doit recevoir application tant en première instance qu'en appel dans les matières où son intérêt est reconnu. Il convient dans ces conditions de l'introduire tant devant les chambres commerciales que devant les chambres sociales des cours d'appel (...). Les magistrats issus du monde de l'entreprise siègeront comme les magistrats professionnels avec voix délibérative et ils prendront part à la rédaction des décisions. Ayant acquis une réelle expérience en première instance, ils seront élus par leur pairs ». Encore récemment, Trésor-Eco, la lettre du Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique, souligne que la mise en place de l'échevinage « pourrait être expérimentée »³.

En pratique, **cet échevinage pourrait se traduire par la présence permanente du juge départiteur au bureau de jugement du Conseil de prud'hommes.**

Ou encore d'une nécessaire redistribution territoriale évoquée par chaque étude : les 33 CPH dont la durée moyenne de traitement des procédures est inférieure à 8 mois ont des ressorts inférieurs à 40 000 habitants (v. Rapport Marshall) et la proposition n° 7 du Rapport Lacabarats précité : « Revoir la carte des juridictions prud'homales sur la base des bassins de population et d'emploi ».

1. V. l'étude d'impact, p. 39 : « L'effet de ces mesures est évalué sur le volume global des affaires faisant l'objet d'un appel, soit 78 123 en 2013. En hypothèse basse, si le taux d'appel global diminue de 6 points (soit 10 %), environ 4 800 affaires de moins viendront en appel. En hypothèse haute, si le taux d'appel global diminue de 30 points (soit environ 36 %), environ 23 600 affaires de moins viendront en appel ».

2. Y compris sur la baisse présumée du taux d'appel : s'agissant d'un contentieux du licenciement, le salarié veut souvent « aller jusqu'au bout », l'employeur défendeur estimant souvent qu'ici « le droit commence en appel ».

3. Trésor-Eco, n° 137, octobre 2014.

La participation automatique d'un juge départiteur à la formation de jugement viendrait tout simplement retirer une étape procédurale. Elle aurait également l'avantage de retirer la pression qui pèse souvent sur le juge départiteur, après que les conseillers se sont neutralisés.

Certes, cette solution est très majoritairement rejetée par les partenaires sociaux et leurs conseillers craignant d'être ainsi privés du droit de statuer seuls, au profit d'un (jeune) magistrat éloigné des réalités économiques et sociales¹.

Si la mesure a un coût important en ce qu'elle repose sur l'embauche d'un nombre important de magistrats, il faut compter avec les économies faites sur le budget aujourd'hui consacré aux Conseils des prud'hommes – redéploiement des 1 240 agents des greffes, et les 60 et 65 ETPT de juges départiteurs existants.

La solution présenterait en outre l'assurance de jugements mieux rédigés – ce qui devrait entraîner une baisse des recours – et un raccourcissement des délais liés à la disparition du départage.

Le projet de loi Macron s'approche d'un tel système en prévoyant un échevinage optionnel. C'est le cas lorsqu'il permet aux parties, en cas d'échec de la conciliation, de demander que l'affaire soit renvoyée devant la formation présidée par un juge professionnel, notamment lorsqu'elles considèrent que leur litige nécessite une analyse juridique plus approfondie ou encore en donnant le pouvoir au bureau de conciliation et d'orientation, même d'office, de procéder au renvoi devant la formation de départage. De même, si l'une des parties le demande et que le bureau de conciliation est partagé, l'affaire serait de plein droit renvoyée devant la formation de départage.

La Commission considère ces dernières propositions inutilement complexes.

En premier lieu, parce qu'elles favorisent les calculs et stratégies procédurales, ce que reconnaît d'ailleurs l'étude d'impact : « Des questions de stratégie importantes peuvent guider les choix de l'une ou l'autre des parties : le défendeur peut avoir tout intérêt à ce que l'affaire ne soit pas jugée trop vite et refusera le renvoi direct en départage. Le demandeur peut également préférer d'abord un renvoi en bureau de jugement pour accentuer la pression dans le cadre des négociations en cours avec son adversaire » (p. 38).

En deuxième lieu, il est préférable pour les parties d'être jugées par le juge départiteur, ce que l'étude d'impact souligne également en observant que l'« on peut envisager que les parties préféreront souvent recourir au juge départiteur plutôt que de voir leur affaire appelée devant le bureau de jugement afin

1. V. le rapport Marshall constatant « une opposition partagée des membres du Conseil Supérieur de la Prud'homie sur le choix de l'échevinage perçu comme inutile et néfaste en première instance, et inutile en appel ou en cassation (...) Les acteurs concernés par le fonctionnement des CPH privilégient le maintien des fondements de cette juridiction, ne formulent guère de solutions efficaces pour réduire significativement les délais de procédure qui sont inacceptables pour les justiciables, et n'invoquent que rarement la situation de ces derniers ».

d'obtenir une décision mieux fondée en droit et de réduire considérablement les délais de jugement » (p. 38).

Il est dès lors beaucoup plus logique de **prévoir d'emblée que la décision sera rendue en présence du juge départiteur**, qui devrait dès lors, puisqu'il sera appelé à siéger automatiquement dans la formation de jugement, nécessairement perdre sa dénomination.

En revanche, **cela ne devra pas empêcher l'instauration d'une formation restreinte pour les affaires les plus simples**, composée de deux conseillers prud'homaux et présidée par le juge départiteur¹.

Proposition n° 56 : Prévoir l'échevinage systématique dans les Conseils de prud'hommes en faisant présider la formation de jugement par un juge du tribunal d'instance.

Proposition n° 57 : Prévoir l'instauration d'une formation restreinte de trois membres, présidée par le juge d'instance, pour les affaires les plus simples.

On peut également envisager de développer, au niveau de la Cour de cassation, le recrutement au tour extérieur, comme conseillers en service extraordinaire, de praticiens d'entreprise et de syndicalistes de haut niveau. D'ores et déjà, la Chambre sociale a accueilli en son sein un professeur de droit du travail, un administrateur civil du ministère du travail et un conseiller d'État. Il convient de favoriser une mixité de formation au sein même de la magistrature.

Une telle mixité doit permettre de renforcer l'information de la Chambre sur les éventuelles conséquences économiques et sociales des arrêts. À ce titre, les avocats généraux pourraient, comme ils le font déjà, participer davantage à des rencontres avec les partenaires sociaux sur les questions aux enjeux économiques ou sociaux les plus importantes afin de mieux les relayer au sein de la Cour.

Dans le même temps, il faut encourager la formation, comme le souhaite le projet de loi Macron. Elle doit être obligatoire, et devrait être gérée entièrement par la Chancellerie, et non être la source de crédits attribués aux syndicats. Elle devrait unir conjointement les conseillers prud'homaux des deux bords pour acquérir une culture juridique commune et les juges de métier chargés de présider les formations.

2. La structuration de la procédure prud'homale

195. On a vu combien sa division en trois parties était facteur d'allongement de la procédure : conciliation, jugement et éventuelle départition viennent ajouter des délais, sans que les résultats le justifient le plus souvent.

1. Rappr. les préconisations de Y. Rolland, préc. ; D. Marshall, P. Lagesse, M. Beckers, préc. Les auteurs proposent de prolonger l'échevinage en appel.

On a constaté combien la conciliation obligatoire avait une efficacité limitée : avec des écarts-types importants entre Conseils, certes, le taux de conciliation est désormais inférieur à 6 %. Dans le même temps, les désistements sont nombreux, ce qui laisse penser que d'autres formes de règlements amiables ont lieu.

Une solution consisterait à tenter d'améliorer la procédure préalable obligatoire, en renforçant la formation des juges ou encore en préconisant la possibilité pour les parties de se faire représenter librement dans la conciliation pour pallier l'absence de comparution personnelle. De même, le Rapport Lacabarats, qui préconise l'instauration d'un Bureau de Conciliation et d'Orientation, estime qu'« il importe que le BCO puisse, lorsqu'il l'estime opportun, ordonner le renvoi à un conciliateur de justice (article 129-1 du code de procédure civile) ou, avec l'accord des parties, à la médiation (article 131-1 du même code), rien n'empêchant que ces missions soient confiées à des personnes particulièrement qualifiées en droit du travail (par exemple, d'anciens inspecteurs du travail) ».

La Commission estime que la **conciliation, pour avoir des chances de succès, repose sur deux grands facteurs : l'intention des parties de concilier ; la formation du conciliateur.**

Aujourd'hui, la phase de conciliation obligatoire vient non seulement entraîner une perte de temps sans résultat dans près de 94 % des cas. Mais elle n'est pas le lieu même du règlement amiable des litiges, qui s'opère hors du cadre de la conciliation dans la grande majorité des hypothèses, si l'on en juge par le fort taux de désistements et de radiations (10 et 16 % des décisions terminées au fond). Il est d'ailleurs paradoxal que la conciliation obligatoire conduite, en droit du travail, à ce que les clauses de conciliation préalable insérées dans les contrats fassent l'objet d'un traitement spécial, qui revient à leur reconnaître un caractère facultatif. Ainsi, la Cour de cassation écarte les clauses contractuelles de conciliation préalable sur une motivation singulière : « En raison de l'existence en matière prud'homale d'une procédure de conciliation préliminaire et obligatoire, une clause du contrat de travail qui institue une procédure de conciliation préalable en cas de litige survenant à l'occasion de ce contrat n'empêche pas les parties de saisir directement le juge prud'homal de leur différend »¹.

Aussi, il convient de **privilégier une conciliation voulue : soit par une clause spéciale du contrat de travail, soit par les parties une fois leur litige né. En revanche, l'obligation légale et procédurale d'entrer en conciliation a peu de chances de produire les résultats escomptés.**

Le projet de loi Macron, certes parfaitement conscient des insuffisances notables de la procédure de conciliation, a fait le choix d'« offrir une palette de voies procédurales » en renforçant les pouvoirs du bureau de conciliation, qui devient le bureau de conciliation et d'orientation². Le texte permet aussi

1. Soc., 6 février 2001, n° 98-42679 ; Soc., 5 décembre 2012, n° 11-20004.

2. Ainsi, en cas d'échec de la conciliation, la réforme permet désormais, outre le renvoi au bureau de jugement, au salarié et à l'employeur (en cas de licenciement ou de résiliation judiciaire) de renvoyer l'affaire devant le bureau de jugement constitué d'un seul

aux parties de saisir le Conseil de prud'hommes d'une demande d'homologation judiciaire d'accords portant également sur des litiges internes, en abrogeant l'article 24 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative¹. Il entend également supprimer le second alinéa de l'article 2064 du Code civil qui exclut le recours à la convention de procédure participative pour les différends s'élevant à l'occasion de tout contrat de travail, entre employeur et salarié.

La Commission estime que **ces mesures qui visent à favoriser le recours à la conciliation ou la médiation sous des formes diverses sont parfaitement justifiées.**

En revanche, elle préconise la suppression de la phase de conciliation obligatoire, considérant que, comme le montrent les différentes données précitées, la conciliation doit être voulue par les parties.

Proposition n° 58 : Supprimer la phase de conciliation obligatoire en modifiant l'article L. 1411-1 du Code du travail.

Cette suppression aura pour effet de rendre caduque la solution par laquelle la Cour de cassation considère facultatives les clauses de conciliation dans les contrats de travail.

Il faut, en second lieu, instaurer une formation spéciale à la conciliation des juges du Conseil des prud'hommes. L'étude d'impact du projet de loi Macron se réfère à la nécessité de moderniser la formation des conseillers et le texte énonce le caractère obligatoire de la formation. Celle-ci doit notamment permettre d'approfondir « la technique de conciliation ». Il est évident que la conciliation réclame un temps important de formation, distinct de celle qui porte sur l'activité de juge.

Au demeurant, l'adoption de la **Proposition n° 56** et de la **Proposition n° 57** relatives à l'intégration du juge départiteur au sein de la formation de jugement aurait pour effet nécessaire de supprimer la phase d'une éventuelle départition, raccourcissant d'autant les délais.

conseiller salarié et d'un seul conseiller employeur. En ce cas, l'affaire est jugée dans un délai de 3 mois, sauf à être renvoyée devant la formation de départage ou encore d'être renvoyée à une formation plus solennelle par les conseillers eux-mêmes. De même, en cas d'échec de la conciliation, les parties peuvent demander que l'affaire soit renvoyée devant la formation présidée par un juge professionnel, notamment lorsqu'elles considèrent que leur litige nécessite une analyse juridique plus approfondie, selon les termes de l'étude d'impact. Le projet de loi Macron prévoit qu'« en cas d'échec de la conciliation, le bureau de conciliation et d'orientation peut, d'office, en raison de la nature de l'affaire, renvoyer celle-ci devant la formation de jugement présidée par le juge désigné en application de l'article L. 1454-2 ».

1. Actuellement seuls les accords de médiation portant sur des litiges transfrontaliers peuvent faire l'objet d'une demande d'homologation judiciaire devant le Conseil des prud'hommes.

3. La résolution des litiges

196. La loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi a voulu introduire un barème de référence qui sert à la fixation de l'indemnité dans l'hypothèse d'une conciliation prud'homale. Dans ce contexte, l'employeur verse une indemnité forfaitaire dont le montant est fonction d'un barème fixé par décret en fonction de l'ancienneté du salarié. L'indemnité fixée de façon forfaitaire inclut les indemnités relatives à la rupture du contrat de travail (irrégularité de la procédure suivie, absence de caractère et sérieux des motifs retenus, etc.). La barémisation est facteur de simplification et de résorption des disparités régionales.

Elle est toutefois incomplète : elle n'inclut pas les indemnités légales (indemnité de licenciement, de départ en retraite, de rupture conventionnelle), conventionnelles – celles qui dépendent de l'exécution du contrat (indemnité de non-concurrence), ou celles qui sont liées au licenciement pour inaptitude. En outre, la barémisation n'est pour l'instant simplement proposée qu'au stade de la conciliation et, dans les faits, cette pratique semble exceptionnelle.

Sur le modèle de ce que le groupe de travail Lambert-Faivre a pu proposer en matière de responsabilité civile – le groupe avait opté pour l'élaboration d'un **RINSE : « référentiel indicatif national, statistique et évolutif »**, considérant que le caractère indicatif donne de la souplesse à l'évaluation, en permettant une nécessaire personnalisation¹ –, la Commission préconise l'instauration d'un référentiel indicatif national, statistique et évolutif, qui puisse être à la fois complet et dans le même temps servir, au-delà de la seule conciliation, d'aide au juge.

Proposition n° 59 : Élaborer un référentiel indicatif national, statistique et évolutif qui serve à la fixation des diverses indemnités en cas de rupture du contrat de travail et puisse être utilisé aussi bien pour la conciliation que pour le contentieux de la rupture du contrat.

1. Il était ainsi souligné que ses bases statistiques (décisions judiciaires et transactionnelles) lui garantissent un caractère « évolutif » : il ne doit être ni figé, ni sclérosé, mais constamment adapté à l'évolution des concepts et du coût de la vie.

II

Approche substantielle : trois causes d'insécurité juridique récurrentes pour les groupes internationaux

197. Les règles mêmes du droit du travail soulèvent naturellement des questions de compétitivité¹ : les législations du travail sont l'objet de comparaisons internationales, comme le sont les législations fiscales. La France a sur différents points une législation – du moins telle qu'elle est interprétée par la Cour de cassation – que l'on peut qualifier de rigide et souvent très contraignante sans que le but fixé soit néanmoins atteint. C'est notamment le cas en matière de licenciements individuels.

**Le traitement des litiges en droit du travail :
constats et perspectives économiques
(La lettre Trésor-Eco, n° 137, octobre 2014)**

La France se caractérise par des rigidités relativement fortes en matière de licenciements individuels d'après l'indicateur de législation de protection de l'emploi (LPE) développé par l'OCDE.

Le licenciement d'un salarié entraîne indubitablement des coûts économiques : en premier lieu la perte de revenu pour le salarié, mais aussi la dépréciation du capital humain et les effets négatifs sur la santé qui peuvent résulter du chômage (notamment de longue durée). Une partie de ces coûts sont pris en charge par la collectivité via les indemnités chômage, les prestations sociales ou l'action des services publics de l'emploi.

La Législation sur la Protection de l'Emploi (LPE) – *i.e.* l'ensemble des règles applicables en matière de recrutement et de licenciement – se justifie par la nécessité de conduire les entreprises à internaliser une partie des coûts sociaux de la rotation de la main d'œuvre et de protéger les travailleurs contre les décisions arbitraires de leur employeur.

Cette législation entraîne des coûts liés aux indemnités de licenciement (coûts monétaires) mais aussi aux obligations procédurales et aux incertitudes afférentes aux décisions des différentes étapes de règlement du contentieux (coûts non monétaires).

1. V. not. P. Cahuc et S. Carcillo, *Les juges et l'économie : une défiance française*, Institut Montaigne, 2012 qui montrent que la jurisprudence française fait peser sur le licenciement économique un contrôle « exceptionnellement fort » par rapport à ce qui est pratiqué ailleurs en Europe.

L'indicateur de législation de protection de l'emploi (LPE) établi par l'OCDE permet de mesurer ces coûts, en comparaison internationale. Selon cet indicateur, **la France fait partie des pays ayant l'une des législations les plus protectrices** parmi les pays de l'OCDE, après le Portugal, la République tchèque, les Pays-Bas et l'Allemagne (v. graphique).

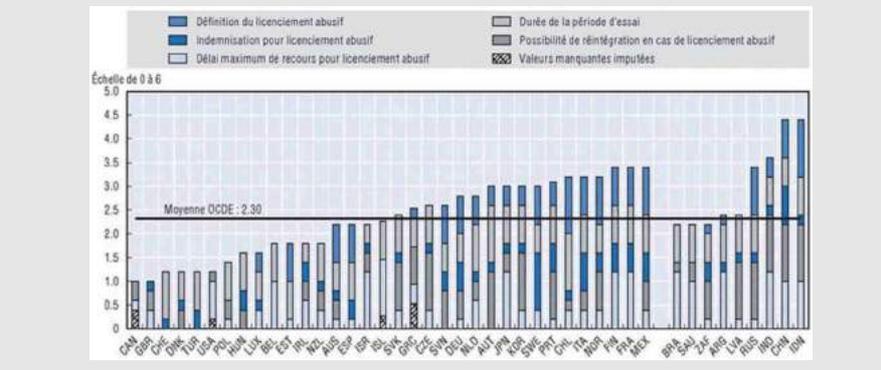
Protection des travailleurs permanents contre le licenciement individuel

Graphique 2.4. Protection des travailleurs permanents contre le licenciement individuel



L'analyse économique a montré les effets défavorables qu'exercent de telles rigidités sur la productivité et le fonctionnement du marché du travail. Son impact sur l'emploi est plus difficile à mesurer mais les études existantes concluent cependant à un effet plutôt négatif, d'un niveau de protection de l'emploi trop bas ou trop élevé (v. graphique 2.3). Au-delà des aspects législatifs encadrant le licenciement, le processus de règlement des litiges, et notamment l'existence de mécanismes de règlement précontentieux, influe sur la détermination des coûts monétaires et non monétaires tant pour le salarié que pour l'employeur.

Graphique 2.3. Protection des travailleurs permanents contre le licenciement individuel : difficulté à licencier



Les différents problèmes ne sont bien sûr pas tous liés à la sécurité juridique. Toutefois, alors que le droit du travail est le théâtre d'incessantes réformes visant « la modernisation », « la compétitivité » ou « la sécurisation », c'est bien l'insécurité qui entoure certaines questions, et qui continue à nuire à la compétitivité du droit français.

À ce titre, la Commission estime que trois questions relatives au régime du licenciement économique illustrent parfaitement cette insécurité et doivent être résolues : l'obligation de reclassement à l'international en cas de projet de licenciement économique (A), la détermination de l'ordre des licenciements (B) et enfin l'appréciation au sein du groupe, y compris international, de la cause réelle et sérieuse du licenciement (C).

A. L'obligation de reclassement (à l'international) en cas de projet de licenciement économique

198. Le droit français tient le licenciement économique pour « une mesure ultime »¹. Il fait, en effet, peser sur l'employeur une obligation préalable dite de reclassement, dont le respect conditionne expressément la licéité du licenciement économique prononcé².

Cette obligation de reclassement joue un rôle central dans la procédure de licenciement économique, avant comme après la loi du 14 juin 2013 ayant confié le contrôle des plans de sauvegarde de l'emploi (PSE) à la DIRECCTE : elle vise à favoriser le maintien dans l'emploi, et ainsi éviter l'exclusion des salariés les plus vulnérables.

199. La mise en œuvre de cette obligation n'a toutefois cessé de soulever des difficultés, pour l'essentiel liées à la détermination précise de son champ d'application. Alors même qu'ils entendaient augmenter l'efficacité du mécanisme de reclassement en élargissant son périmètre d'application, la Cour de cassation et le législateur ont en effet, à mesure de leurs interventions, obscurci les contours de cette obligation :

– En premier lieu, la Cour de cassation a inclus dans le champ de l'obligation de reclassement **l'ensemble des sociétés du groupe** « dont les activités ou l'organisation lui permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel »³. Le législateur a par la suite consacré l'initiative en

1. A. Mazeaud, *Droit du travail*, LGDJ, 9^e éd., 2014, p. 501 ; J-E. Ray, *Droit du travail, droit vivant*, préc., p. 349 ; déjà, v. A. Lyon-Caen, Adapter ou reclasser : quelques arrêts stimulants de la Cour de cassation, *Semaine sociale Lamy* 1992, n° 596, 3.

2. Lorsque l'employeur n'a pas respecté l'obligation de reclassement, la Cour de cassation considère que le licenciement économique est dépourvu de cause réelle et sérieuse : Soc., 20 sept. 2006, JCP S 2006, 1949.

3. Soc. 25 juin 1992, Bull. V, n° 420.

précisant que les efforts de reclassement de l'employeur devaient se faire « dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, **dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient** »¹. Mais nulle part n'est-il question de reclasser à l'étranger.

– En second lieu, la Cour de cassation a continué son œuvre d'extension du domaine de l'obligation de reclassement en intégrant dans son périmètre toutes les entreprises du groupe, **même celles situées à l'étranger**².

200. La démarche se voulait encore plus protectrice des salariés ; elle a en réalité décrédibilisé le mécanisme de reclassement et réduit son efficacité. Le rigorisme de la Cour de cassation, qui refuse à l'employeur la possibilité de « limiter ses offres en fonction de la volonté présumée des intéressés de les refuser »³, a en effet contraint plusieurs groupes internationaux à proposer des offres jugées parfaitement « indécentes » par les médias.

C'est ainsi qu'en juin 2009, l'entreprise de textile Carreman a transmis à ses ouvriers menacés de licenciement économique des propositions de reclassement en Inde sur des postes rémunérés 69 euros par mois. Ou qu'en 2010, les salariés de l'usine Continental de Clairoux ont reçu des offres de reclassement en Tunisie assorties d'une rémunération mensuelle de 137 euros⁴ ! On ne saurait d'ailleurs voir dans la formulation de telles offres un excès de zèle cynique des entreprises concernées... Les tribunaux n'ont en effet pas hésité à condamner des entreprises qui n'avaient pas jugé utile de proposer des offres de reclassement à l'évidence inacceptables par leurs salariés. La société Olympia s'est ainsi vue reprocher le

1. Depuis la loi n° 2002-73 du 17 janv. 2002), l'article L. 321-1 (devenu L. 1233-4) dispose que « Le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé sur un emploi relevant de la même catégorie que celui qu'il occupe ou sur un emploi équivalent ou, à défaut, et sous réserve de l'accord exprès du salarié, sur un emploi d'une catégorie inférieure ne peut être réalisé dans le cadre de l'entreprise ou, le cas échéant, dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient. Les offres de reclassement proposées au salarié doivent être écrites et précises ». La limite relative à la possibilité d'effectuer la permutation du personnel n'a toutefois pas été reprise à son compte par le législateur.

2. Soc., 4 déc. 2007, Bull. V, n° 204 : « Les possibilités de reclassement doivent s'apprécier à la date où les licenciements sont envisagés et être recherchées à l'intérieur du groupe, parmi les entreprises dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation leur permettent d'effectuer une permutation du personnel, même si certaines de ces entreprises sont situées à l'étranger, sauf à l'employeur à démontrer que la législation applicable localement aux salariés étrangers ne permet pas le reclassement ».

3. Soc. 24 juin 2008, Rev. trav. 2008, 598, note J-Y. Frouin ; Dr. soc. 2009, 116, obs. G. Couturier ; v. aussi, Soc., 24 sept. 2008, n° 07-42200.

4. V. par ex. Le Monde, Continental propose des postes à 137 euros par mois à ses salariés, 29 mars 2010.

fait de ne pas avoir proposé à ses salariés des postes en Roumanie rémunérés 110 euros par mois¹ !

La jurisprudence aboutit à un résultat ubuesque : ainsi qu'on l'a souligné à propos de ces offres indécentes, « si on ne les propose pas, on est condamné par les Conseils de prud'hommes ; si on les propose, on est condamné dans les médias »². Prises entre le marteau et l'enclume, les entreprises françaises³ se trouvent dans une situation pour le moins inconfortable, source d'insécurité. Il faut dire qu'à étendre sans limite la portée de l'obligation de reclassement, on empêche de fait les entreprises concernées de la remplir...

Caricature du Système : l'affaire Bosch

L'affaire repose sur une réorganisation de la division « *Chassis Sytems Brakes* » du Groupe Bosch justifiée par les difficultés économiques de la division, réorganisation qui s'est notamment traduite par la fermeture d'un établissement de la société à Beauvais. Les 356 salariés concernés s'étaient alors vu proposer, au titre de l'obligation de reclassement, 17 postes situés dans plusieurs établissements français.

Insuffisant, a jugé la Cour d'appel d'Amiens. Après avoir rappelé la rigueur de l'obligation de reclassement pour l'employeur qui « tenu à l'égard de chaque employé dont le licenciement est envisagé d'une obligation de reclassement individuelle qui lui impose d'explorer pour chacun et au regard de chaque situation particulière toutes les possibilités envisageables en interne ou au sein des entreprises du groupe » doit « justifier par des éléments objectifs des recherches entreprises en ce sens et de l'impossibilité dans laquelle il s'est trouvé de procéder au reclassement du salarié », elle a considéré « qu'appartenant à un groupe de dimension mondiale, employant plus de 200 000 salariés dans ses filiales ou établissements répartis dans 56 pays au travers le monde, dont 14 000 sur 33 sites (dont 8 situés en France), pour la seule division « *Chassis Systems Brakes* », groupe constituant le périmètre de son obligation légale de reclassement dès lors qu'il n'est ni soutenu ni démontré que l'organisation

1. Reims, 13 mai 2009, n° 08/01098, *SAS Olympia c. Adam*.

2. Propos de S. Brousse (MEDEF), cités *in* Les offres de reclassement « humiliantes » vont être bridées, *Le Monde*, 29 avril 2010, Économie, p. 12 ; v. aussi les remarques de J-F. Poisson, *Rapport n° 1729 de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales*, Assemblée nationale, 2009, p. 7.

3. Pour des entreprises étrangères appartenant au même groupe, il est tout simplement impensable de stopper toute embauche et de se voir imposer des salariés français, alors que le chômage local est au moins aussi important. Or, non seulement le droit français impose une obligation de reclassement au sein des groupes, mais il se montre encore particulièrement exigeant sur la fermeté des offres proposées, comme l'a rappelé un arrêt de la Chambre sociale du 28 janvier 2015 (n° 13-23.440), dans une hypothèse où les offres de reclassement adressées aux salariés précisaient que le recrutement devait être validé par le responsable recrutement pour la France du groupe et le manager du département concerné. La Cour a en effet considéré que de telles offres « n'étaient pas fermes et ne garantissaient pas le reclassement effectif du salarié en cas d'emploi disponible dans le groupe ».

et la structure des effectifs des différentes sociétés constituant le groupe et relevant du même secteur d'activité feraient obstacle à la permutation de tout ou partie du personnel ou que la législation applicable localement interdirait l'emploi de travailleurs étrangers, la SAS Robert Bosch n'a identifié en tout et pour tout que 17 postes situés dans cinq de ses établissements français susceptibles d'être proposés en reclassement interne aux 356 salariés composant l'effectif global de l'établissement de Beauvais impactés par la fermeture programmée du site, postes qui ont été indifféremment proposés aux salariés concernés et qui ont fait l'objet pour la quasi-totalité d'entre eux d'une unique proposition de reclassement »¹.

Bref, l'obligation de reclassement s'étendant à toutes les sociétés du groupe aussi bien en France qu'à l'étranger, les entreprises se voient imposer une obligation d'identification des postes équivalents totalement illusoire.

201. Ainsi que le montre l'affaire *Bosch*, les juges ne sont quasiment jamais amenés à considérer que l'employeur, lorsqu'il appartient à « un groupe de dimension mondiale », avec parfois des centaines voire des milliers de filiales, s'est trouvé dans « l'impossibilité » de procéder au reclassement. **C'est alors le licenciement économique qui devient impossible pour les groupes internationaux** : ils ne pourront y recourir sans risquer d'être lourdement sanctionnés et ce, quelle que soit la réalité des difficultés économiques auxquelles ils seraient confrontés... Où l'on voit la compétitivité des entreprises sacrifiée au profit d'une obligation de reclassement à la portée purement symbolique. **Les groupes internationaux n'ont qu'à bien se tenir ou qu'à partir.**

Pour les acteurs internationaux connaissant des difficultés économiques majeures, une telle jurisprudence n'apparaît guère compréhensible, d'autant plus que la sanction est inadaptée – absence de cause réelle et sérieuse du licenciement – et que l'incertitude sur le montant des dommages-intérêts (au minimum six mois de salaire brut si le salarié a plus de deux ans d'ancienneté) est une source d'insécurité.

202. On pouvait espérer que la loi du 18 mai 2010 mette fin à cette insécurité. Elle avait en effet cherché à remédier à cette situation « aberrante »², en modifiant l'article L. 1233-4 du Code du travail pour préciser que « l'emploi équivalent » devait être « assorti d'une rémunération équivalente » et en ajoutant un article L. 1233-4-1 pour encadrer la procédure de reclassement à l'étranger³.

1. Amiens, 30 avril 2013, n° 13/00589.

2. Intervention de J. Lyre, JO AN, 26 juin 2009, Séances du 25 juin 2009, p. 5650. V. aussi, l'intervention de Ph. Folliot (rapporteur), JO AN, 26 juin 2009, Séances du 25 juin 2009, p. 5647 : les deux objectifs affichés de cette intervention étaient de « faire en sorte que jamais, plus jamais, un salarié ne puisse recevoir une proposition de reclassement indécente » et de « sécuriser les procédures de reclassement, tant pour l'employeur que pour ses salariés ».

3. Article L. 1233-4-1 du Code du travail : « Lorsque l'entreprise ou le groupe auquel elle appartient est implanté hors du territoire national, l'employeur demande au salarié, préa-

Toutefois, la loi devait ici souffrir elle-même d'un mal bien connu : adoptée dans l'urgence pour tarir le débat suscité par quelques cas symboliques fortement médiatisés, cette nouvelle toilette de l'obligation de reclassement a finalement conduit à obscurcir le système et à ajouter à l'insécurité juridique et judiciaire qui l'entoure¹.

203. Parmi les nombreux vices qui affectent la loi, on relèvera notamment :

- Le choix du terme « équivalent » – supposé plus flexible que celui d'identique² – constitue, par son imprécision³, **une source intarissable de contentieux** : comment apprécier l'équivalence : Par rapport au salaire actuel ? Ou par rapport au pouvoir d'achat local ? Mais alors comment déterminer le rapport d'équivalence entre un salaire à Paris et à Saint-Étienne ? Entre Annecy et Lille ? Loin de tarir le contentieux, l'intervention législative « tend plutôt à l'alimenter, en le renouvelant »⁴.

- Il faut y ajouter les « créations » de la loi, sources d'une insécurité nouvelle. Le salarié est ainsi désormais destinataire d'un « **questionnaire de mobilité préalable** », **source de complexité pour les groupes internationaux que la loi tentait de sécuriser**. Le système, d'une rare obscurité, impose à l'employeur de connaître à chaque instant l'ensemble des postes vacants, y compris s'agissant de contrats à durée déterminée, dans ses filiales et implantations de la société.

Ainsi qu'on l'a souligné, l'exercice peut vite « dégénérer en schizophrénie que même Internet aura du mal à soigner. En tous cas, l'employeur devra-t-il s'y prendre tôt et ne rien oublier »⁵.

lablement au licenciement, s'il accepte de recevoir des offres de reclassement hors de ce territoire, dans chacune des implantations en cause, et sous quelles restrictions éventuelles quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation. Le salarié manifeste son accord, assorti le cas échéant des restrictions susmentionnées, pour recevoir de telles offres dans un délai de six jours ouvrables à compter de la réception de la proposition de l'employeur. L'absence de réponse vaut refus. Les offres de reclassement hors du territoire national, qui sont écrites et précises, ne sont adressées qu'au salarié ayant accepté d'en recevoir et compte tenu des restrictions qu'il a pu exprimer. Le salarié reste libre de refuser ces offres. Le salarié auquel aucune offre n'est adressée est informé de l'absence d'offres correspondant à celles qu'il a accepté de recevoir ».

1. V. les interrogations de J-R. Vanlerenberghe, *Rapport n° 412 de la Commission des affaires sociales*, Sénat, 2010, spéc., p. 9.

2. J. Crepin et D. Fabre, Le reclassement des salariés dans les groupes internationaux : nouveaux aspects après la loi du 18 mai 2010, *Cah. Dr. entr.* 2011, étude 4.

3. V. A. Casado, préc., n° 16 ; F. Favennec-Héry, L'extinction de la relation de travail dans les groupes, *Dr. soc.* 2010, 762 ; F. Géa, Le législateur face aux propositions indécentes, *Rev. trav.* 2011, 646.

4. F. Géa, préc.

5. J. Crepin et D. Fabre, préc.

Sans compter qu'il appartient depuis 2010 à l'employeur de prendre en considération les restrictions que les salariés sont invités à formuler « quant aux caractéristiques des emplois offerts, notamment en matière de rémunération et de localisation ». Et ces *desiderata* peuvent être extrêmement variés, et largement dépasser « la rémunération ou la localisation » : métier du conjoint, souhait d'être dans une ville universitaire pour ses grands enfants, ou tout simplement avoir un métier moins pénible... C'est une véritable proposition de reclassement « à la carte » que l'employeur doit désormais fournir.

• Enfin, l'employeur doit encore composer avec la faculté qui lui est « offerte » de faire, au salarié qui y consent, des offres relatives à des emplois d'une catégorie inférieure. Si le salarié accepte le principe d'une baisse de rémunération, l'employeur ne devra-t-il pas à nouveau proposer tous les postes disponibles sans égard pour la décence de la rémunération dont ils sont assortis ? Il prendrait, à défaut, le risque de se faire sanctionner par la Chambre sociale.

204. En réalité, cette loi supposée sécuriser le système jurisprudentiel a au contraire contribué à renforcer l'incertitude.

Si l'on analyse l'ensemble des difficultés soulevées, il apparaît que **c'est systématiquement l'intégration des sites à l'étranger dans le périmètre de l'obligation de reclassement qui pose problème.** Outre que la pertinence de cette extension peut être discutée – peut-on vraiment demander au directeur d'une usine bavaroise, américaine, catalane ou lituanienne, où des centaines de chômeurs locaux se pressent à sa porte, de d'abord bloquer ses embauches si des licenciements économiques interviennent dans une filiale du groupe en France, puis de muter un Français pour quatre mois sur un site étranger si un poste d'OS en congé maternité devenait vacant ? –, **le prix à payer en termes de compétitivité et d'attractivité de l'économie française paraît excessif. Et l'exigence n'apparaît pas juridiquement praticable dans des conditions satisfaisantes pour les entreprises installées en France.**

205. Le projet de la loi Macron pour la croissance et l'activité appréhende partiellement ces difficultés. Il propose en effet de modifier la procédure de reclassement au sein des groupes internationaux en imposant notamment aux salariés intéressés de faire eux-mêmes la demande de la liste précise des opportunités situées à l'étranger¹ et de cantonner le jeu de la procédure de droit commun aux seuls emplois disponibles sur le territoire national².

Ces propositions ne visent toutefois qu'à « sécuriser » le processus de reclassement à l'étranger³, là où sa suppression pure et simple apparaît nécessaire à la restauration de la sécurité juridique.

1. Article 100 du projet de loi pour la croissance et l'activité.

2. *Id.*

3. Le projet prévoit de modifier la procédure pour les reclassements dans les groupes internationaux en remplaçant l'actuel article L. 1233-4-1 qui disposerait alors : « Le salarié dont le licenciement est envisagé a accès sur sa demande à la liste précise des

206. Afin de sécuriser le système, il est apparu nécessaire à la Commission de supprimer l'article L. 1233-4-1 et d'ajouter : « sur le territoire national » à la fin de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 1233-4 du Code du travail, ainsi que de créer une sanction spécifique et forfaitaire au défaut de reclassement individuel, à la place de son assimilation actuelle à un défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement économique prononcé.

Proposition n° 60 : Supprimer l'article L. 1233-4-1 du Code du travail et ajouter : « sur le territoire national » à la fin de l'alinéa 1 de l'article L. 1233-4 du même code.

Proposition n° 61 : Créer une sanction spécifique et forfaitaire au défaut de reclassement individuel, à la place de son assimilation actuelle à un défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement économique prononcé.

B. Périmètre de l'ordre des licenciements : éviter la déstabilisation de toute l'entreprise

207. À l'origine, l'obligation de définir des critères relatifs à l'ordre des licenciements¹ tendait à permettre une détermination objective des salariés visés par un licenciement **collectif** pour motif économique, afin de sécuriser la procédure et d'éviter son instrumentalisation. Toutefois, aussi pertinent qu'ait été l'objectif ainsi poursuivi, la jurisprudence, s'attachant à dessiner les contours d'une telle obligation, a rendu le mécanisme extrêmement déstabilisateur pour les entreprises concernées.

offres d'emploi situées hors du territoire national disponibles dans l'entreprise ou dans les autres entreprises du groupe auquel elle appartient ». L'article L. 1233-4 serait aussi légèrement modifié : « Le licenciement pour motif économique ne peut intervenir que lorsque [...] le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré sur les emplois disponibles situés sur le territoire national, dans l'entreprise ou les autres entreprises du groupe dont l'entreprise fait partie ».

1. Article L. 1233-5 du Code du travail en effet : « Lorsque l'employeur procède à un licenciement collectif pour motif économique et en l'absence de convention ou accord collectif de travail applicable, il définit les critères retenus pour fixer l'ordre des licenciements, après consultation du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. – Ces critères prennent notamment en compte : 1° Les charges de famille, en particulier celles des parents isolés ; 2° L'ancienneté de service dans l'établissement ou l'entreprise ; 3° La situation des salariés qui présentent des caractéristiques sociales rendant leur réinsertion professionnelle particulièrement difficile, notamment celle des personnes handicapées et des salariés âgés ; 4° Les qualités professionnelles appréciées par catégorie. – L'employeur peut privilégier un de ces critères, à condition de tenir compte de l'ensemble des autres critères prévus au présent article ».

208. Est-il possible de limiter l'application des critères d'ordre de licenciements aux seuls établissements ou services de l'entreprise ayant vocation à disparaître, ou lesdits critères doivent-ils nécessairement concerner l'entreprise dans son ensemble ? La Cour de cassation a choisi la seconde branche de l'alternative et posé le principe, dans un arrêt du 24 mars 1993 : « **les critères relatifs à l'ordre des licenciements fixés en accord avec le comité d'entreprise s'appliquent à l'ensemble du personnel** »¹.

La solution apparaît extrêmement déstabilisante pour l'entreprise qui se trouve déjà en difficulté, mais aussi pour nombre de ses salariés : la fermeture d'un service peut en effet, en raison de l'obligation d'appliquer les critères d'ordre des licenciements dégagés au sein de l'entreprise dans son ensemble, et non au sein du seul service concerné, aboutir à déstructurer des services parfaitement organisés. Elle peut surtout toucher et désorganiser des établissements situés à des centaines de kilomètres de celui subissant les difficultés économiques. **À la désorganisation de l'entreprise s'ajoute alors l'obligation de licencier par priorité des salariés travaillant pourtant dans des établissements ou départements parfaitement viables économiquement.** On a parfaitement résumé l'absurdité des solutions auxquelles cette jurisprudence peut conduire :

« Si des difficultés économiques propres à un établissement conduisent, en fonction d'un ordre des licenciements défini au niveau de l'entreprise, à licencier, pour ces raisons, des salariés exerçant leur activité dans un autre établissement, situé peut-être à des dizaines, voire à des centaines de kilomètres de là, de tels licenciements pourront être considérés comme dotés d'un motif économique réel... dont, toutefois, compte tenu de l'absurdité d'un tel résultat, le caractère sérieux pourrait être discuté »².

La Cour de cassation a par la suite légèrement tempéré sa position en limitant le périmètre d'application des critères à la seule « catégorie professionnelle visée »³, puis en reconnaissant la possibilité de limiter géographiquement ce périmètre par accord collectif⁴, sans pour autant réussir à réduire l'insécurité juridique inhérente à la solution de principe retenue.

1. Soc., 24 mars 1993, Bull. V, n° 97. La solution rejoint ici celle retenue pour apprécier les difficultés économiques qui justifient le recours à un licenciement économique. Celles-ci doivent en effet s'apprécier au niveau de l'entreprise et non d'un ou plusieurs établissements : Soc., 24 févr. 1993, n° 90-40403, Dr. soc. 1993, 379.

2. M. Despax, L'ordre des licenciements dans les entreprises à établissements multiples, Dr. soc. 1994, 245 ; v. aussi B. Teyssié, Propos iconoclastes sur le droit du licenciement pour motif économique, JCP G 1996, 3902.

3. Soc., 3 mars 1998, Dr. soc. 1998, 507, obs. P-Y. Verkindt.

4. Soc., 15 mai 2013, Bull. V, n° 121 ; v. A. Fabre, L'application des critères d'ordre de licenciement au niveau de l'entreprise : le choix de la solidarité, Rev. trav. 2014, 559.

209. Mais la Cour de cassation n'a pas ici contribué seule à l'insécurité juridique. **La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a hélas encore indirectement renforcé la confusion en la matière.** Depuis cette réforme en effet, l'administration se voit placée au centre de la procédure des plans de sauvegarde de l'emploi. En cas de contestation de la décision de validation ou d'homologation par la DIRECCTE, les litiges relatifs à la régularité de la procédure d'un PSE sont désormais tranchés par les juridictions administratives avec le risque, immédiatement perceptible, de voir les juges administratifs adopter des solutions différentes de celles forgées par les tribunaux judiciaires, demeurés seuls compétents pour les « petits » licenciements pour motif économique... Les juridictions administratives ont d'ailleurs d'ores et déjà affiché leurs velléités d'indépendance, comme l'illustre le traitement du plan de sauvegarde Mory Ducros.

L'affaire Mory Ducros

Alors que la Cour de cassation refuse constamment à l'employeur la faculté de déterminer unilatéralement un périmètre d'application des critères d'ordre autre que l'entreprise prise dans sa globalité¹, la SAS Mory Ducros avait cru pouvoir prévoir, compte tenu des termes de l'article L. 1233-24-4 du Code du travail, dans le plan de sauvegarde de l'emploi qu'elle avait unilatéralement adopté, que les critères d'ordre des licenciements seraient mis en œuvre non au niveau de l'entreprise, mais des différentes agences de cette dernière.

Là où l'annulation du plan apparaissait inévitable au regard de la jurisprudence judiciaire, le Tribunal administratif de Cergy Pontoise a pourtant admis dans son principe la définition unilatérale par l'employeur du périmètre d'application des critères d'ordre².

Pour justifier cette solution, le Tribunal relève seulement « qu'il incombe [depuis la loi du 14 juin 2013], à l'employeur de préciser dans le document unilatéral constituant le plan de sauvegarde de l'emploi le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements », pour en déduire que « l'obligation de préciser le périmètre d'application des critères d'ordre dans le document unilatéral **recèle la faculté, pour l'employeur, de définir unilatéralement ce périmètre** »³.

Mais la Cour administrative d'appel de Versailles a ensuite désavoué le Tribunal administratif sur ce point⁴ : « le document unilatéral, qui a été homologué par la décision du 3 mars 2014 de la DIRECCTE d'Ile-de-France, prévoit de procéder, pour l'application des critères de l'ordre de licenciement, au niveau de chaque agence

1. Soc., 15 mai 2013, Bull. V, n° 121 : « Mais attendu que sauf accord collectif conclu au niveau de l'entreprise ou à un niveau plus élevé, les critères déterminant l'ordre des licenciements doivent être mis en œuvre à l'égard de l'ensemble du personnel de l'entreprise »

2. TA Cergy Pontoise, 11 juil. 2014, n° 1404270, JCP E 2014, 1464, note S. Béal et C. Terrenoir.

3. S. Béal et C. Terrenoir, préc.

4. CAA Versailles, 22 oct. 2014, n° 14VE02408, JCP S 2014, 1473, note J. Martinez.

appartenant à la société Mory-Ducros sur le territoire national ; que toutefois **la définition d'un tel périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements à un niveau inférieur à celui de l'entreprise n'est envisageable que dans le cadre d'un accord collectif, les dispositions précitées des articles L. 1233-24-2 et L. 1233-24-4 du Code du travail dans leur rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, éclairées par les travaux préparatoires, n'ayant pas entendu remettre en cause un tel principe** ; que par suite l'administration du travail, en homologuant ce document unilatéral, dont un des éléments mentionnés au 2° de l'article L. 1233-24-2 du Code du travail n'est pas conforme à une disposition législative, a méconnu les dispositions de l'article L. 1233-57-3 du même code ».

Ce n'est d'ailleurs pas sur la seule question de la détermination du périmètre que le Tribunal administratif a pris ses distances avec la jurisprudence façonnée par les juges judiciaires. La sanction du non-respect des critères d'ordre posée par le Tribunal apparaît encore inédite. La Cour de cassation s'est en effet toujours « refusée à considérer que le non-respect des critères d'ordre puisse priver de légitimité les licenciements économiques »¹. En d'autres termes, pour la Cour de cassation, le non-respect des critères d'ordre n'implique pas le caractère non réel et sérieux des licenciements.

Or, dans l'affaire Mory Ducros, après avoir admis que le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements puisse être défini unilatéralement, le Tribunal administratif a néanmoins annulé la décision d'homologation du plan au motif que le périmètre retenu par l'employeur méconnaissait « **le principe d'objectivité** que sous-tend nécessairement l'application des critères d'ordre », et a, à titre de sanction, fait application du nouvel article L. 1235-16 du Code du travail qui octroie au salarié « une indemnité à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois ». Ainsi qu'on l'a souligné, le jugement ouvre alors « par le canal de l'annulation de l'acte d'homologation, sur une indemnité comparable à celle que les salariés – ou plutôt certains salariés : ceux ayant une ancienneté d'au moins deux ans – auraient perçue si leur licenciement avait été jugé sans cause réelle et sérieuse »². La Cour administrative d'appel n'a cette fois rien trouvé à y redire, entérinant la divergence des jurisprudences judiciaire et administrative en ce domaine, la volonté du législateur de 2013 de flexibiliser le droit des PSE aboutissant *in fine* à une aggravation des sanctions pour le chef d'entreprise.

210. Cette question de l'ordre des licenciements paraît donc source d'une insécurité juridique renforcée³ : les péripéties de l'affaire *Mory Ducros* ont révélé la possibilité d'interpréter les nouvelles dispositions législatives comme autorisant

1. F. Géa, Le plan de sauvegarde de l'emploi sous l'empire de la loi relative à la sécurisation de l'emploi, Rev. trav. 2014, 549.

2. F. Géa, préc., 549.

3. Alors que la combinaison des articles L. 1233-24-3 et L. 1233-24-2, 2° issue de la loi du 14 juin 2013 est claire : « Un document élaboré par l'employeur après la dernière réunion du comité d'entreprise fixe le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi et précise » (L. 1233-24-4) ; « la pondération et le périmètre d'application des critères d'ordre des licenciements » (L. 1233-24-2, 2°).

l'employeur à déterminer unilatéralement un tel périmètre dans le cadre des PSE, faculté qui lui avait toujours été refusée par la Cour de cassation en matière de petits licenciements économiques.

À quoi il faut ajouter que **la sanction du non-respect du périmètre semble désormais elle aussi tributaire de la taille du licenciement**. S'agissant des PSE désormais soumis au contrôle du juge administratif, la facture risque de s'alourdir pour l'employeur qui ne respecterait pas les conditions légales, encore bien incertaines, relatives au périmètre d'application des critères d'ordre. **Par le jeu de l'article L. 1235-16 du Code du travail en effet, le coût d'une erreur pour l'employeur pourrait bien souvent être supérieur à celui d'un licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse**, alors même que la Cour de cassation, qui continue à avoir le dernier mot en dehors des « gros » licenciements économiques, s'est toujours refusée à attribuer de telles conséquences au non-respect des critères d'ordres. Faut-il alors comprendre que la sanction de la même obligation varie en fonction du nombre de personnes licenciées ?

211. Périmètre de l'obligation de reclassement à géométrie variable, inégalité devant les sanctions applicables, déstabilisation des entreprises du fait d'une obligation inadaptée à la réalité économique... voilà les maux dont souffre aujourd'hui l'obligation de reclassement. Face à cette situation, la Commission estime essentiel de :

- Ramener l'obligation d'établir les critères d'ordre des licenciements au niveau où les problèmes justifiant la mise en œuvre d'une procédure de licenciement pour motifs économiques se rencontrent ;
- Prévenir toute éventuelle contradiction entre juge judiciaire et administratif.

Proposition n° 62 : Modifier la loi afin de :

- Préciser que le périmètre de l'ordre des licenciements, dont les critères restent les mêmes, doit être fixé par la loi au niveau « du site concerné », et non au niveau de l'entreprise dans son ensemble ;
- Poser en principe que l'éventuel non-respect des critères « ne constitue pas une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi » ;
- Définir une indemnité légale spécifique à la violation du périmètre des critères d'ordre des licenciements qui lierait les deux ordres de juridiction.

Sous cet aspect, les propositions contenues dans le projet de la loi Macron pour la croissance et l'activité semblent aller dans le bon sens, en cherchant à rétablir une certaine sécurité en la matière :

- Le projet de loi propose ainsi de consacrer la faculté pour l'employeur de fixer unilatéralement le périmètre d'application des critères d'ordre « à un niveau inférieur à celui de l'entreprise ».

– Il envisage de modifier l'article L. 1235-16 du Code du travail en ajoutant une nouvelle exception à l'octroi automatique d'une indemnité d'au moins six mois de salaire lorsque l'annulation résulte d'une insuffisance de motivation de la décision du DIRECCTE.

Ces modifications ne règlent pas cependant le problème de la sanction de la violation des critères d'ordre, dans le cadre des gros licenciements, par l'octroi d'une indemnité au moins égale aux salaires des six derniers mois.

C. La cause réelle et sérieuse du licenciement économique dans les groupes de sociétés, y compris internationaux

212. Dans le cadre des licenciements économiques, l'enjeu du contrôle de la cause réelle et sérieuse d'un licenciement, qui relève toujours du juge judiciaire, paraît central : le motif étant unique pour tous les salariés licenciés, la remise en cause d'un seul licenciement entraîne des effets en cascade. Aussi, **la prévisibilité de l'appréciation judiciaire apparaît ici essentielle.**

Plusieurs affaires ont cependant récemment révélé les nombreuses zones d'ombres entourant tant la définition exacte des causes de licenciement économique que le périmètre de leur appréciation.

213. Les difficultés ont commencé lorsque la Cour de cassation, forte de la formulation ouverte de l'article L. 1233-3 du Code du travail¹, a ajouté, aux côtés des difficultés économiques et des mutations technologiques, une nouvelle cause justificative du licenciement économique : **la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise.** Cette créativité était pourtant légitime puisqu'il s'agissait alors de permettre à une entreprise *in bonis* de se restructurer préventivement, lorsque des difficultés apparaissent sur son marché : ainsi le Walkman de Sony avec l'irruption du MP3 ; hors difficultés économiques actuelles et mutations technologiques, les licenciements résultant d'une telle restructuration n'avaient pas de cause réelle et sérieuse. **L'appréciation de cette nouvelle cause justificative a donné lieu à une longue passe d'armes entre Cour de cassation, législateur et Conseil constitutionnel.**

1. Article L. 1233-3 al. 1 : « Constitue un licenciement pour motif économique le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du salarié résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, *consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* » (on souligne).

Les tribulations de la « sauvegarde de la compétitivité »

• **Premier temps** : l'arrêt *Vidéocolor* du 5 avril 1995⁹³ et l'apparition de la « sauvegarde de la compétitivité ».

Par cet arrêt, la Cour de cassation ouvre aux entreprises, qui ne disposaient pas de support légal en ce sens, la possibilité de restructurer préventivement leur activité. La « sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise » devient, à côté des mutations technologiques et des difficultés économiques avérées, une nouvelle cause justificative d'un licenciement économique.

• **Deuxième temps** : l'arrêt *SAT* du 8 décembre 2000 et l'appréciation de la « sauvegarde de la compétitivité »¹. L'entreprise SAT, qui possédait des établissements sur deux sites distincts, avait choisi, parmi les différentes hypothèses initialement envisagées pour réorganiser son activité, de supprimer l'un des deux sites d'exploitation pour regrouper l'ensemble de l'activité sur l'autre. Une telle solution, présentée par l'expert-comptable comme la seule de nature à permettre à l'entreprise d'atteindre les objectifs qu'elle s'était fixés, apparaissait également être la plus douloureuse en termes de suppression d'emplois.

Saisie par plusieurs salariés qui contestaient le bien-fondé de leur licenciement, une cour d'appel avait affirmé qu'en retenant une telle solution, l'entreprise n'avait pas « intégré dans ses calculs, comme elle en avait cependant l'obligation, le concept de préservation de l'emploi » et partant qu'elle « avait donc excédé la mesure de ce qui était nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité du secteur considéré de l'entreprise ». Se substituant ici au chef d'entreprise, la Cour d'appel contestait la pertinence du choix opéré.

Une telle analyse n'a pas convaincu l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui a désavoué la Cour d'appel en rappelant « que les licenciements ont une cause économique réelle et sérieuse lorsqu'il est établi que la réorganisation de l'entreprise, qui entraîne des suppressions d'emplois, est nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise ou du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient ; Qu'en statuant comme elle a fait, alors, d'une part, qu'elle reconnaissait que cette condition était remplie dans les trois hypothèses de réorganisation envisagées initialement par l'employeur, alors, d'autre part, qu'il ne lui appartenait pas de contrôler le choix effectué par l'employeur entre les solutions possibles, la Cour d'appel a violé les textes susvisés ». Pour l'Assemblée plénière, dès lors que la réorganisation apparaît effectivement nécessaire à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, le juge n'a pas à contrôler les choix effectués par l'employeur entre les différents modes de réorganisation possibles. Le contrôle du motif de licenciement ne doit pas être un prétexte pour le juge pour s'immiscer dans la gestion de l'entreprise.

• **Troisième temps** : la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale et la tentative de consécration légale du licenciement pour « sauvegarde de la compétitivité ». À l'occasion de la loi de modernisation sociale, le législateur a voulu, à l'initiative du parti communiste, contrer la jurisprudence de la Cour de cassation

1. Ass. plén., 8 déc. 2000, Dr. soc., 2001, 133, obs. A Cristau ; D. 2001, 1125, note J. Pélissier ; JCP E 2001, 426, note F. Dusquenes.

en modifiant l'ancien article L. 321-1 (art. L. 1233-3 nouveau) afin de préciser les diverses causes qui peuvent justifier le licenciement économique. La sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise se trouvait ainsi légalement consacrée comme cause de licenciement économique. Mais pour ce faire, le législateur a entendu, au passage, définir plus restrictivement chacune des causes de licenciement. Il était ainsi prévu que les mesures devaient être « consécutives soit à des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen, soit à des mutations technologiques mettant en cause la pérennité de l'entreprise, soit à des nécessités de réorganisation indispensables à la sauvegarde de l'activité de l'entreprise ». Autant dire que, sous couvert de consacrer la sauvegarde de la compétitivité, le législateur avait en réalité largement restreint la marge de manœuvre de l'employeur : le licenciement n'était possible que si les difficultés n'avaient pas pu être surmontées par tout autre moyen, ou encore lorsque la pérennité de l'entreprise était en cause. C'est dire que le licenciement économique ne pouvait plus être envisagé qu'en désespoir de cause, et que les juges saisis étaient appelés à aller très loin dans la gestion de l'entreprise.

Le Conseil constitutionnel y a vu une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre, et a en conséquence censuré la disposition litigieuse, dans une décision du 12 janvier 2002⁹⁵ :

« Considérant qu'en subordonnant les licenciements économiques à "des difficultés économiques sérieuses n'ayant pu être surmontées par tout autre moyen", la loi conduit le juge non seulement à contrôler, comme c'est le cas sous l'empire de l'actuelle législation, la cause économique des licenciements décidés par le chef d'entreprise à l'issue des procédures prévues par le Code du travail, mais encore à substituer son appréciation à celle du chef d'entreprise quant au choix entre les différentes solutions possibles ;

Considérant que le cumul des contraintes que cette définition fait ainsi peser sur la gestion de l'entreprise a pour effet de ne permettre à l'entreprise de licencier que si sa pérennité est en cause ; qu'en édictant ces dispositions, le législateur a porté à la liberté d'entreprendre une atteinte manifestement excessive au regard de l'objectif poursuivi du maintien de l'emploi »⁹⁶.

Retour à la case départ...

214. En l'absence de définition légale précise de la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, toujours absente du Code du travail lui-même, on se trouve donc en présence d'une notion jurisprudentielle aux contours mal définis, et dont le contrôle par le juge judiciaire est source d'incertitudes tant **il apparaît délicat de concilier contrôle du motif de licenciement et liberté d'entreprendre.**

La Cour de cassation exige ainsi des juges du fond qu'ils contrôlent le caractère indispensable à la sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise des licenciements prononcés, mais, dans le même temps, **elle rappelle qu'ils ne doivent pas se substituer à l'employeur dans ses choix de gestion**¹.

1. Il d'ailleurs été plus récemment précisé à cet égard que « s'il appartient au juge, tenu de contrôler le caractère sérieux du motif économique du licenciement, de vérifier l'adéquation entre la situation économique de l'entreprise et les mesures affectant l'emploi

On sait pourtant que le contrôle aboutit implicitement – mais nécessairement – à une analyse de la gestion. La Cour a ainsi pris soin de préciser :

- Qu’une simple réduction du chiffre d’affaire ou des bénéfices de l’entreprise, même si elle est établie pendant plusieurs années successives, ne permet pas de recourir au licenciement économique¹.
- Que des pertes, mêmes importantes, n’autorisent pas à fermer un établissement lorsque l’entreprise dans son ensemble réalise des profits².
- Que des pertes ne peuvent pas justifier le licenciement d’une partie du personnel si le secteur d’activité du groupe auquel elle appartient ne connaît pas de difficultés économiques³.

N’y-a-t-il pas là nécessairement, au-delà du contrôle de l’existence d’un motif de licenciement, une immixtion excessive dans la gestion de l’entreprise ?

215. À l’analyse, les difficultés et les incertitudes sur l’intensité du contrôle que doivent opérer les juges du fond sont directement liées à l’imprécision qui entoure encore la notion même de « sauvegarde de la compétitivité », dont on sait qu’elle justifie au surplus désormais que la réorganisation soit « **mise en œuvre pour prévenir des difficultés économiques liées à des évolutions technologiques et leurs conséquences sur l’emploi, sans être subordonnée à l’existence de difficultés économiques à la date du licenciement** », selon la formule de la Cour de cassation dans des arrêts du 11 janvier 2006⁴. À n’en pas douter la Cour de cassation n’a pas entendu donner « un blanc-seing pour les licenciements préventifs »⁵. Mais alors, que recouvre cette sauvegarde de la compétitivité, par définition, non conditionnée à l’existence de difficultés économiques⁶ ? Dans le communiqué publié avec les décisions⁷, la Cour de cassation a

ou le contrat de travail envisagées par l’employeur, il ne peut se substituer à ce dernier quant aux choix qu’il effectue dans la mise en œuvre de la réorganisation » (Soc., 8 juil. 2009, Bull. V, n° 173 ; JCP S 2009, 1479, note F. Dumont).

1. Soc., 6 juil. 1999, RJS 10/99, n° 1236.

2. Soc. 15 oct. 1997, RJS 12/97, n° 1349.

3. Soc., 5 avr. 1995, Dr. soc. 1995, 588, obs. P. Waquet.

4. Soc., 11 janv. 2006, Bull. V, n° 10 (arrêts n° 1 et n° 2) ; JCP S. 2006, 1076, note F. Favennec-Héry ; pourvoi n° 05-40976 (arrêt n° 3).

5. J.-E. Ray, Un revirement ? Quel revirement, Dr. soc. 2006, 139.

6. La frontière étant parfois ténue : « Ayant constaté que le secteur d’activité du groupe dont relevait l’usine avait connu sur les neuf premiers mois de l’année 2009 un recul de près de 30 % et que les prévisions présentées au comité central d’entreprise réuni le 5 mars 2009 faisaient état d’une perte de près de 8 millions d’euros alors qu’un résultat positif de près de 7,5 millions avait été enregistré pour l’année 2008, la cour d’appel a pu décider que la réorganisation invoquée par l’employeur dans la lettre de licenciement était justifiée par la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l’entreprise » (Soc., 19 novembre 2014, n° 13-14688, F-D).

7. Disponible sur le site de la Cour de cassation : www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/communiqu_976.html

certes donné des pistes en ouvrant la voie à une prise en compte significative des mesures préalablement négociées au titre de la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences dans l'appréciation de la licéité des licenciements. Autant dire que leur bien-fondé se retrouve « tributaire de la manière dont l'employeur par une "super anticipation", se serait conformé à une politique négociée de gestion des compétences »¹.

La tâche des juges confine alors au numéro d'équilibriste : il leur faut « vérifier les efforts consentis par l'employeur et les actions menées en termes d'adaptation du personnel, de formation, de mobilité »², tout en prenant garde, dans le même temps, à « ne pas se substituer à l'employeur quant au choix qu'il prend dans la mise en œuvre de la réorganisation »³ !

216. Mais l'insécurité ne se limite pas ici seulement à l'intensité du contrôle du juge sur une notion floue. L'insécurité tient aussi et peut être même surtout **à la détermination du niveau auquel la nécessité de sauvegarder la compétitivité, comme d'ailleurs celui des « difficultés économiques », doivent s'apprécier.**

À ce titre, la Cour de cassation, suivie par le Conseil d'État⁴, considère que les difficultés économiques ou la nécessité de sauvegarder la compétitivité de l'entreprise doivent nécessairement être appréciées au niveau **de l'ensemble de l'entreprise** et non des établissements. Mais, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, la Cour de cassation va encore plus loin en considérant que l'appréciation doit être faite au niveau « **de l'ensemble des entreprises dans le même secteur d'activité du groupe** »⁵.

Au-delà de l'incertitude de la notion de « secteur d'activité », l'appréciation de la cause de licenciement au niveau du secteur d'activité d'un groupe apparaît en soi dépourvue de pertinence. Le Conseil des prud'hommes de Châlons saisi de la cause réelle et sérieuse des 12 licenciements économiques prononcés en France par General Electric doit-t-il réellement exiger les comptes des 1 117 filiales du groupe, dont 785 hors territoire américain, afin d'apprécier la réalité des difficultés économiques ? Comment, plus généralement, apprécier la situation d'une filiale en difficulté dans un groupe en pleine santé ?

1. A. Mazeaud, *Droit du travail*, préc. p. 496.

2. F. Favennec-Héry, note sous Soc., 11 janv. 2006, préc.

3. Soc., 8 juil. 2009, préc.

4. CE, 12 mars 2014, n° 36.8282.

5. Soc., 5 avril 1995, n° 93-42690 ; Soc., 4 mars 2009, n° 07-42381, JCP S 2009, 1190, note P-Y. Verkindt.

Des dangers de l'appréciation mondiale...

Un arrêt rendu le 28 février 2012 illustre bien les conséquences de l'appréciation des causes du licenciement au niveau du secteur d'activité du groupe.

Suite à la fermeture du site de Montauban justifiée par « des pertes colossales et l'impossibilité de continuer à embaucher les 110 salariés privés de toute activité compte tenu de la perte de son client unique », la société Aixor, filiale du groupe Dentressangle, a procédé à des licenciements économiques.

En dépit de la réalité des difficultés de l'entreprise, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel qui avait considéré que le licenciement n'était pas justifié au motif que « **le secteur d'activité du groupe auquel la société appartenait avait une excellente rentabilité, avec une marge opérationnelle qui conservait un haut niveau** », de telle sorte que « **la réorganisation invoquée par l'employeur dans la lettre de licenciement n'était pas justifiée par la nécessité de sauvegarder la compétitivité du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient** »⁹⁷.

Autrement dit, peu importe que l'établissement concerné par les licenciements enregistre des pertes colossales dès lors qu'il appartient à un secteur d'activité du groupe qui se porte bien. La solution n'est assurément pas gage d'attractivité pour les groupes internationaux.

217. Face à ces incertitudes, et à l'instabilité du système prétorien, la Commission considère qu'il convient, d'une part, de consacrer dans la loi la possibilité d'un licenciement économique pour sauvegarder la compétitivité de l'entreprise et, d'autre part, de rendre pertinent son niveau d'appréciation.

Aussi est-il proposé d'inclure à la fin du premier alinéa de l'article L. 1233-3 du Code du travail, « la sauvegarde de la compétitivité de l'établissement en cause, ou de l'entreprise si plusieurs établissements sont visés par la restructuration ».

Proposition n° 63 : Inclure à la fin du premier alinéa de l'article L. 1233-3 du Code du travail, « la sauvegarde de la compétitivité de l'établissement en cause, ou de l'entreprise si plusieurs établissements sont visés par la restructuration ».

On regrettera que le projet de loi Macron ne prévoie aucune évolution sur ce point.

Annexes

Annexe 1

Liste des personnes auditionnées¹

Pierre Cahuc

Professeur d'économie, École Polytechnique

Jean-François Cesaro

Professeur de droit, Université Panthéon-Assas

Caroline Coupet

Maître de conférences, Université Panthéon-Assas

Olivier Dutheillet de Lamothe

Avocat à la Cour, CMS Bureau Francis Lefebvre
Président honoraire de la Section sociale du Conseil d'État
Expert du Club des juristes

Hélène Farge

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
Présidente de l'Ordre des Avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Natalie Fricéro

Professeur de droit, Université Nice-Sophia Antipolis

Alain Lacabarats

Président de la Chambre sociale de la Cour de cassation

Armand Limongi

Directeur Fiscal, Groupe AXA

Hervé Moysan

Directeur de la Rédaction Législation de LexisNexis

Patrice Spinosi

Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Spinosi & Sureau
Expert du Club des juristes

Bernard Stirn

Président de la Section du contentieux du Conseil d'État
Membre du Club des juristes

1. Les fonctions indiquées sont celles à la date des auditions.

Frédéric Sudre

Professeur de droit, Université de Montpellier

Franck Terrier

Président de la Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Membre du Club des juristes

Eric Thiers

Conseiller des services de l'Assemblée nationale, chercheur au CEVIPOF
(Sciences Po)

Célia Vérot

Directrice chargée de la Simplification, Secrétariat général du Gouvernement

Annexe 2

Compilation des propositions

PREMIÈRE PARTIE : LA LÉGISLATION

Proposition n° 1 : Préférer les réformes globales aux toilettages à répétition.

Proposition n° 2 : Étendre le champ d'application des études d'impact aux propositions de loi mises à l'ordre du jour et aux amendements apportant des modifications substantielles au texte initialement examiné.

Proposition n° 3 : Procéder à une révision constitutionnelle afin d'autoriser le Parlement à solliciter les moyens d'expertise de l'Administration et d'autres acteurs extérieurs pour réaliser les études d'impact relatives aux propositions de loi.

Proposition n° 4 : Encourager le recours à l'expertise du Conseil économique, social et environnemental (CESE), à l'INSEE et aux laboratoires universitaires ou *think tanks* indépendants.

Proposition n° 5 : Enrichir la partie consacrée aux études d'impact dans les avis publics du Conseil d'État.

Proposition n° 6 : Systématiser la publicité des études d'impact en amont de la saisine du Conseil d'État et diffuser dans les meilleurs délais les études d'impact qui auraient été amendées à la suite de cet avis.

Proposition n° 7 : Organiser un débat parlementaire sur l'étude d'impact en début de procédure législative. En ce sens, modifier l'article 86 du Règlement de l'Assemblée nationale afin que l'intervention liminaire du rapporteur débute par une présentation de l'étude d'impact afin de susciter un débat sur ce point.

Proposition n° 8 : Systématiser l'intégration, dans les études d'impact, de critères d'évaluation *ex post*. En ce sens, modifier la loi organique du 15 avril 2009.

Proposition n° 9 : Exclure de la discussion, lors des séances publiques, les amendements déjà discutés en commission.

Proposition n° 10 : Exclure le dépôt d'amendements gouvernementaux – sauf coordination nécessaire – pour les projets de loi.

- Proposition n° 11 :** Soumettre le dépôt des amendements gouvernementaux à un délai spécial dont le non-respect serait sanctionné par l'irrecevabilité.
- Proposition n° 12 :** Confier au Président de la commission saisie au fond la faculté de déclarer recevable les amendements gouvernementaux hors-délai qui seraient essentiels à la cohérence du texte.
- Proposition n° 13 :** Raccourcir d'un jour ouvrable le délai de dépôt des amendements.
- Proposition n° 14 :** Organiser une procédure permettant aux parlementaires de saisir la Conférence des présidents afin qu'elle constate un éventuel détournement de la procédure d'amendement par le Gouvernement.
- Proposition n° 15 :** Mettre à disposition un accès efficace au *Journal officiel* avec la plus grande antériorité possible.
- Proposition n° 16 :** Donner accès, sur Légifrance, texte par texte, à la version authentifiée du *Journal officiel*.
- Proposition n° 17 :** Sécuriser l'accès à la version « fac-simile » des textes normatifs sur Légifrance.
- Proposition n° 18 :** Créer un Code de conduite relatif à la publication et la diffusion des instructions et circulaires afin qu'elles soient systématiquement publiées au *Journal Officiel* ou au *Bulletin Officiel* avant d'être versées au site Circulaires.gouv.fr.
- Proposition n° 19 :** Supprimer la pratique instaurée par la circulaire du 17 juillet 2013 visant à diffuser certaines instructions par voie d'intranet.
- Proposition n° 20 :** Créer une Commission *ad hoc* rattachée à la DILA chargée de l'évaluation du respect du Code de conduite.
- Proposition n° 21 :** Introduire un avertissement systématique sur le statut de l'information diffusée sur Légifrance.
- Proposition n° 22 :** Obliger les rédacteurs de textes normatifs à procéder à des modifications « en bloc » des dispositions.
- Proposition n° 23 :** Opérer une stricte séparation entre notice explicative et dispositif en séparant physiquement les deux instruments.
- Proposition n° 24 :** Compléter la loi organique du 15 avril 2009 afin que les études d'impact fassent état de la faisabilité de la consolidation.
- Proposition n° 25 :** Créer une Commission chargée de réaliser un recensement exhaustif des textes en vigueur afin de déterminer ceux à abroger formellement ou à codifier.

Proposition n° 26 : Procéder à un recensement et à une abrogation systématique des dispositions remplacées par de nouvelles.

DEUXIÈME PARTIE : LA COUR DE CASSATION

Proposition n° 27 : Consacrer officiellement le contrôle de proportionnalité opéré par la Cour de cassation dans la protection des droits et libertés fondamentaux.

Proposition n° 28 : Mettre en place une Commission *ad hoc* sur la transformation de l'office du juge sous l'influence de la CEDH et de la Constitution qui puisse envisager une meilleure articulation des contrôles de la loi au regard des droits et libertés fondamentaux.

Proposition n° 29 : Outre le contrôle opéré dans le cadre des droits et libertés fondamentaux et le contrôle disciplinaire, limiter la recevabilité des pourvois aux questions de droit nouvelles ou présentant une difficulté sérieuse.

Proposition n° 29 bis : Affecter des lettres aux arrêts en fonction de la nature du contrôle opéré par la Cour : D pour le contrôle disciplinaire, DLF pour le contrôle de la loi aux droits et libertés fondamentaux, N pour le contrôle normatif.

Proposition n° 29 ter : Mettre fin à la pratique du rapport en cas de non-admission. Les pourvois irrecevables doivent faire l'objet d'une ordonnance d'irrecevabilité du Président de la chambre concernée, dépourvue de motivation.

Proposition n° 30 : Systématiser le recours au communiqué de presse pour les arrêts à portée normative.

Proposition n° 31 : Publier le chaînage de chacune des décisions en même temps que la décision elle-même.

Proposition n° 32 : Publier tous les arrêts rendus sur le site de la Cour de cassation, à l'exception des arrêts opérant un contrôle purement disciplinaire.

Proposition n° 33 : Supprimer les mentions données aux arrêts (PBRI) et favoriser une hiérarchisation en fonction de la nature du contrôle opéré et de la formation ayant rendu la décision.

Proposition n° 34 : Favoriser le développement des avis et pour cela :

- Institutionnaliser davantage la procédure sur le modèle de la procédure de QPC ;
- Permettre aux parties de solliciter l'avis de la Cour de cassation ;
- Etendre la procédure d'avis aux questions de conformité de la loi aux droits et libertés fondamentaux consacrés par un Traité international ;
- Permettre que la question posée soit circonstanciée.

TROISIÈME PARTIE : LE DROIT FISCAL

Proposition n° 35 : Procéder à une réforme constitutionnelle afin que les règles fiscales soient l'apanage des lois de finances.

Proposition n° 36 : Engager une démarche de concentration au sein de l'administration sous l'égide de la Direction de la législation fiscale.

Proposition n° 37 : Abroger l'article 40 de la Constitution afin de sauvegarder l'initiative parlementaire en matière budgétaire.

Proposition n° 38 : Créer une Commission de recevabilité des amendements parlementaires en matière budgétaire, composée d'un nombre restreint de parlementaires, devant laquelle :

- Les parlementaires porteurs d'amendements devront fournir une évaluation des conséquences financières de leurs amendements ; et
- Le Gouvernement, pour s'opposer à la recevabilité d'un amendement, devra fournir une évaluation chiffrée.

Proposition n° 39 : Soumettre à la consultation publique les projets de lois de finances.

Proposition n° 40 : Créer une cellule dédiée au pilotage de la concertation publique en matière fiscale.

Proposition n° 41 : Ouvrir à la consultation publique les projets d'instructions relatives à une loi fiscale au même moment où cette loi est soumise à la consultation publique et en confier l'organisation à la « cellule concertation publique ».

Proposition n° 42 : Introduire systématiquement des mécanismes d'entrée en vigueur spécifiques pour chaque nouvelle mesure fiscale avec pour objectif de préserver la stabilité des situations en cours.

Proposition n° 43 : Subordonner la recevabilité des amendements en matière fiscale à la condition qu'ils ne s'appliquent qu'aux opérations réalisées à compter du vote définitif du texte.

Proposition n° 44 : Reprendre et étendre dans une loi organique les engagements énoncés dans la Charte de non rétroactivité.

Proposition n° 45 : Appliquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la protection des situations légalement acquises et des effets qui peuvent être attendus des décisions prises par le contribuable et proscrire toute modification rétrospective de la fiscalité pour les opérations ne correspondant pas à des revenus récurrents d'une activité professionnelle.

Proposition n° 45 bis : Appliquer la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur la protection des situations légalement acquises et des effets qui peuvent

être attendus des décisions prises par le contribuable pour empêcher que la fiscalité des plus-values puisse varier après la date de leur réalisation.

Proposition n° 46 : Réduire de moitié les délais de réponse de l'administration fiscale en matière de rescrit.

Proposition n° 47 : Instituer un recours contre les rescrits sur le modèle du référé précontractuel.

Proposition n° 48 : Établir un véritable « rescrit-contrôle » consacré à l'article L. 80 A du LPF.

Proposition n° 49 : Limiter la durée des contrôles fiscaux et réguler les interruptions intervenant lors de ces contrôles.

Proposition n° 50 : Sanctionner plus strictement l'inertie de l'administration fiscale lors de la procédure contentieuse en prévoyant un dégrèvement d'office en cas d'absence de réponse de l'administration fiscale à la suite d'une mise en demeure de produire ses observations par la juridiction.

Proposition n° 51 : Encourager les juges du fond à transmettre les demandes d'avis formulées par les parties.

Proposition n° 51 bis : Créer une procédure de demande d'avis particulière à la matière fiscale permettant aux parties d'interroger directement les Cours suprêmes.

Proposition n° 52 : Autoriser le « Comité National d'experts » à s'autosaisir des problèmes de droit posés par certains redressements « de place » lorsqu'il estimera que son avis pourra utilement éclairer l'administration dans l'appréciation de leur bien-fondé.

Proposition n° 53 : Réguler les modifications injustifiées du BOFiP par l'administration fiscale.

QUATRIÈME PARTIE : LE DROIT DU TRAVAIL

Proposition n° 54 : Créer un Institut des Hautes Études du Droit du Travail regroupant divers acteurs du monde social.

Proposition n° 55 : Rétablir le régime fiscal et social antérieur pour l'indemnité versée en cas de rupture conventionnelle homologuée du contrat de travail.

Proposition n° 56 : Prévoir l'échevinage systématique dans les Conseils de prud'hommes en faisant présider la formation de jugement par un juge du tribunal d'instance.

Proposition n° 57 : Prévoir l'instauration d'une formation restreinte de trois membres, présidée par le juge d'instance, pour les affaires les plus simples.

Proposition n° 58 : Supprimer la phase de conciliation obligatoire en modifiant l'article L. 1411-1 du Code du travail.

Proposition n° 59 : Élaborer un référentiel indicatif national, statistique et évolutif qui serve à la fixation des diverses indemnités en cas de rupture du contrat de travail et puisse être utilisé aussi bien pour la conciliation que pour le contentieux de la rupture du contrat.

Proposition n° 60 : Supprimer l'article L. 1233-4-1 du Code du travail et ajouter : « sur le territoire national » à la fin de l'alinéa 1 de l'article L. 1233-4 du même code.

Proposition n° 61 : Créer une sanction spécifique et forfaitaire au défaut de reclassement individuel, à la place de son assimilation actuelle à un défaut de cause réelle et sérieuse du licenciement économique prononcé.

Proposition n° 62 : Modifier la loi afin de :

- Préciser que le périmètre de l'ordre des licenciements, dont les critères restent les mêmes, doit être fixé par la loi au niveau « du site concerné », et non au niveau de l'entreprise dans son ensemble ;
- Poser en principe que l'éventuel non-respect des critères « ne constitue pas une insuffisance de plan de sauvegarde de l'emploi » ;
- Définir une indemnité légale spécifique à la violation du périmètre des critères d'ordre des licenciements qui lierait les deux ordres de juridiction.

Proposition n° 63 : Inclure à la fin du premier alinéa de l'article L. 1233-3 du Code du travail, « la sauvegarde de la compétitivité de l'établissement en cause, ou de l'entreprise si plusieurs établissements sont visés par la restructuration ».

Table des matières

Composition de la Commission	7
Remerciements	13
Introduction	15

PREMIÈRE PARTIE LA LÉGISLATION

I – Préférer les réformes globales aux toilettages à répétition	59
II – Perfectionner les études d’impact	69
A. Les lacunes du dispositif.....	71
1. <i>Un champ d’application limité</i>	71
2. <i>Des études de qualité inégale</i>	73
3. <i>Des études sous-exploitées</i>	77
B. Les facteurs explicatifs	78
1. <i>Au stade de l’élaboration des études d’impact :</i> <i>le faible recours à la consultation</i>	78
2. <i>Au stade du contrôle des études d’impact :</i> <i>la faible efficacité des mécanismes de contrôle et de sanction</i>	79
3. <i>L’absence de culture de l’évaluation</i>	82
C. Les voies de perfectionnement du dispositif.....	83
1. <i>L’extension souhaitable du champ d’application normatif</i> <i>des études d’impact</i>	83
2. <i>Le recours à la consultation d’experts au stade de l’élaboration</i> <i>des études d’impact</i>	88
3. <i>Le renforcement des mécanismes de contrôle et de sanction</i> <i>des études d’impact</i>	92
4. <i>La nécessaire appropriation des études d’impact</i> <i>par les décideurs politiques</i>	94
5. <i>Le nécessaire recours aux études d’impact</i> <i>dans le cadre de l’évaluation a posteriori</i>	95

III – Réguler l’usage du droit d’amendement	97
A. Restreindre la discussion en séance des amendements déjà discutés en commission	109
B. Restreindre le droit d’amendement gouvernemental en matière de projet de loi	111
C. Soumettre les amendements d’origine gouvernementale à des délais de dépôt et raccourcir ledit délai pour l’ensemble des amendements	112
D. Organiser une procédure permettant de contrôler l’usage du droit d’amendement par le Gouvernement	114
IV – Favoriser la consolidation des textes normatifs	117
A. Faciliter l’accès aux sources faisant foi	122
1. <i>Permettre un accès efficace au Journal Officiel</i>	122
2. <i>Clarifier le régime de publication des circulaires et instructions</i>	123
3. <i>Attirer l’attention sur le statut du produit fini de la consolidation</i>	126
B. Faciliter l’appréhension des modifications opérées par les textes normatifs	126
1. <i>Lutter contre le pointillisme des modifications opérées</i>	127
2. <i>Lutter contre l’intégration de dispositions normatives en dehors du dispositif des textes</i>	130
3. <i>Permettre au Conseil d’État d’émettre un avis sur la qualité rédactionnelle des textes et la faisabilité de leur consolidation en complétant la liste des points envisagés par les études d’impact</i>	131
C. Déterminer avec précision le stock de textes en vigueur	131
1. <i>Procéder à un recensement des textes applicables</i>	133
2. <i>Entraver le développement du stock de textes à l’applicabilité douteuse</i> ..	133

DEUXIÈME PARTIE LA COUR DE CASSATION

I – Permettre l’évolution du rôle de la Cour de cassation sous l’influence de la CEDH	143
A. La consécration du contrôle de proportionnalité	146
B. Vers une centralisation du contrôle de conventionnalité entre les mains de la Cour de cassation ?	153
II – Améliorer la rationalité et l’efficacité de la jurisprudence	159
A. Affirmer le pouvoir normatif de la Cour de cassation et réduire drastiquement le nombre de décisions	159
B. Motivation et brièveté des décisions	172

C. Motivation et ésotérisme des décisions.....	175
D. Diversité des formations et cohérence des décisions	179
E. La politique de diffusion des décisions.....	184
III – Favoriser les avis de la Cour de cassation.....	193

TROISIÈME PARTIE LE DROIT FISCAL

I – Concentrer les règles à portée fiscale au sein des seules lois de finances	207
II – Abroger l'article 40 de la Constitution	213
III – Systématiser le recours à la concertation publique lors de l'élaboration des dispositifs fiscaux	217
IV – Réguler la rétroactivité des règles fiscales	225
A. Systématiser le recours aux mesures transitoires	239
B. Mieux encadrer l'application des rétroactivités juridique et économique	242
C. Réguler la petite rétroactivité relative aux « revenus exceptionnels » et aux plus-values	242
V – Développer le mécanisme du rescrit en matière fiscale	245
VI – Réduire les délais du contentieux en matière fiscale	257
VII – Encadrer toute nouvelle interprétation administrative de la norme fiscale	263

QUATRIÈME PARTIE LE DROIT DU TRAVAIL

I – Approche structurelle.....	269
A. Accroître le consensus dans l'élaboration de la norme pour favoriser la stabilité du droit du travail.....	305
B. Encourager les mécanismes de « déjudiciarisation » du droit du travail.....	310
C. Permettre à la Cour de cassation de statuer plus rapidement.....	311
D. Eviter les effets dilatoires de l'invocation des normes supra-législatives.....	313
E. Réformer la justice prud'homale	313
1. <i>Faut-il conserver les Conseils de prud'hommes dans leur forme actuelle ?.....</i>	<i>314</i>

2. <i>La structuration de la procédure prud'homale</i>	319
3. <i>La résolution des litiges</i>	322
II – Approche substantielle : trois causes d'insécurité juridique récurrentes pour les groupes internationaux	323
A. L'obligation de reclassement (à l'international) en cas de projet de licenciement économique.....	325
B. Périmètre de l'ordre des licenciements : éviter la déstabilisation de toute l'entreprise.....	331
C. La cause réelle et sérieuse du licenciement économique dans les groupes de sociétés, y compris internationaux	336

ANNEXES

Annexe 1 – Liste des personnes auditionnées	345
Annexe 2 – Compilation des propositions	347

Achévé d'imprimer par TREFLE COMMUNICATION

50 Rue Saint-Sabin, 75011 Paris

Dépôt légal : Mai 2015

Imprimé en France

Depuis une vingtaine d'années, de très nombreux rapports publics, thèses, articles et travaux en tous genres dénoncent le climat d'insécurité juridique qui règne en France. Toutes les sources du droit sont concernées par ces maux qui semblent caractériser notre droit contemporain : inintelligibilité, frénésie normative, instabilité et imprévisibilité des solutions. Le diagnostic délivre l'image d'un système juridique qui ne maîtriserait plus le flot des règles qui le composent : c'est l'emballement normatif généralisé.

En dépit d'initiatives nombreuses des pouvoirs publics, constitutionnelles, législatives et réglementaires, les causes comme les manifestations de l'insécurité perdurent. Doit-on alors se résigner ? La période récente marque pourtant une nette prise de conscience des enjeux extra-juridiques de la question. La sécurité juridique, classiquement envisagée comme une exigence démocratique, est devenue une exigence de bonne politique économique. Obstacle majeur à toute forme d'initiative, l'imprévisibilité du droit entrave la compétitivité de notre économie. Dans une période de forte concurrence entre les systèmes juridiques, il est désormais indispensable d'apporter des solutions efficaces, pour promouvoir une culture de la sécurité juridique.

C'est dans cette perspective que le Club des juristes a réuni pendant plus de dix-huit mois des personnalités d'horizons différents, praticiens comme universitaires, sous la présidence d'Henri de Castries et de Nicolas Molfessis.

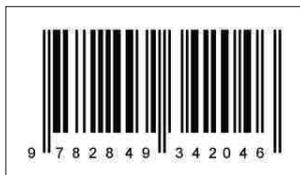
Fruit des travaux de cette Commission, le présent Rapport présente des mesures destinées à renouer avec la sécurité juridique et, par conséquent, l'initiative économique. Ses propositions s'articulent autour de quatre grands chapitres : la législation, la Cour de cassation, le droit fiscal et le droit du travail.

Henri de Castries est le Président Directeur Général d'AXA

Nicolas Molfessis est Professeur de droit à l'Université Panthéon-Assas et Secrétaire général du Club des juristes



www.leclubdesjuristes.com



mare & martin