



Pour un droit au service des mutations économiques et sociales fondamentales de notre société

Propositions pour la campagne présidentielle

Groupe de travail présidé par [Jacques Attali](#)
Février 2022



Pour un droit au service des mutations économiques et sociales fondamentales de notre société

Propositions pour la campagne présidentielle

Sous la direction de Jacques Attali



4, rue de la Planche 75007 Paris
Tél. : 01 53 63 40 04
www.leclubdesjuristes.com



Ce rapport vise à nourrir la campagne présidentielle, et le débat pour les élections législatives qui suivront, en fournissant aux électeurs, aux candidats, et en particulier aux législateurs à venir, les bases d'une réflexion opérationnelle sur les réformes juridiques à mener sur quelques-uns des principaux enjeux que la France devra affronter dans les années à venir.

Les conclusions de ce rapport sont parfois des recommandations précises ; et parfois seulement l'énoncé de problématiques, lorsque les sujets supposent encore des débats approfondis pour être clarifiés, avant qu'il ne soit possible de les transposer en droit.

Il ne s'agit pas ici de traiter de tous les enjeux de la prochaine décennie. Quelques-uns ont paru particulièrement importants à ce groupe et ont fait l'objet de ce travail. D'autres, très importants, comme ceux de la santé ou de l'éducation, ont été écartés pour le moment et feront l'objet d'analyses ultérieures. N'ont été retenus que ceux de l'efficacité de l'action publique, de l'attractivité du pays, de l'environnement, des conditions du travail, des questions de genre et de relations entre les sexes.

Naturellement, toute l'action du politique ne se résume pas à la règle de droit. Bien d'autres dimensions déterminent l'éventuelle efficacité d'une réforme : la culture, les mentalités, les moyens financiers, la compétence des administrations chargées de les mettre en œuvre, la force de conviction des acteurs, le choix du moment. Ces dimensions ne seront pas évoquées ici.

Pour parvenir à ces conclusions, les membres de ce groupe se sont beaucoup réunis ; ils ont bénéficié de l'appui de rapporteurs très compétents et ont eu le privilège de pouvoir auditionner des personnalités de très haut niveau, dont la liste est jointe en annexe.

N'ont été retenues que les conclusions ayant fait l'objet d'un consensus de la totalité des membres de la commission.

Jacques Attali

SOMMAIRE

SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS	8
Sur le genre, l'identité et l'égalité	9
▪ Du genre et de l'identité	9
▪ De l'égalité	9
Sur l'environnement et la transition énergétique	10
Sur l'avenir du travail	12
▪ La transformation du travail par sa numérisation	12
▪ La transformation du travail par la transition écologique	13
Sur les moyens de renforcer l'attractivité et la compétitivité de la France, préserver les intérêts nationaux et rester une économie ouverte	14
▪ Renforcer l'attractivité et la compétitivité de la France par le droit	14
▪ Promouvoir par le droit une autonomie stratégique européenne tout en préservant les intérêts nationaux	16
▪ Renforcer l'attractivité et l'efficacité du système judiciaire	17
▪ Renforcer la formation	18
Sur l'efficacité de l'action publique	19



SUR LE GENRE, L'IDENTITÉ ET L'ÉGALITÉ	20
1.1 DU GENRE ET DE L'IDENTITÉ	21
1.1.1 Propos liminaires	21
1.1.2 Genre et identité	21
■ L'avènement du genre	22
■ Le droit sous tension	22
■ Le droit au milieu du gué	24
■ Genre et état civil	25
■ Binarité des sexes	26
■ Genre et parenté	27

1.2 DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES	29
1.2.1 L'égalité professionnelle	30
■ Des politiques volontaristes à l'impact positif mais insuffisant	30
■ Des moyens de renforcement des dispositifs existants	32
▶ Faire de l'égalité un élément de mise en conformité des organisations de travail	32
▶ Appréhender l'égalité professionnelle comme un levier de modernisation des organisations	33
▶ Veiller à la réparation des inégalités les plus notables dès le plus jeune âge	34
1.2.2 Les violences sexuelles et sexistes	34
■ Les violences sexuelles, encore peu signalées et souvent sans réponse judiciaire	35
■ Des violences au sein du couple en recrudescence et encore insuffisamment reconnues en leur spécificité	35
■ Une justice spécialisée « violences sexuelles et sexistes »	36

2

SUR L'ENVIRONNEMENT ET LA TRANSITION ÉNERGÉTIQUE **38**

2.1 LE CONSTAT D'UN DÉCALAGE ENTRE L'AMPLEUR DE LA CRISE ÉCOLOGIQUE ET L'IMPUISSANCE DES POUVOIRS PUBLICS **39**

2.2 DIAGNOSTIC ET AXE D'ACTION **40**

2.2.1 Diagnostic : le poids insuffisant de l'intérêt environnemental dans la prise de décision politique et économique **40**

2.2.2 Axe d'action : des réformes structurelles, pour faire de la protection de l'environnement un élément majeur de toute décision politique ou économique **41**

2.2.3 Propositions **41**

- L'intégration dans la Constitution d'une « règle d'or climatique » 42
- La création d'un « Défenseur de l'environnement » 44
- Dans les grands ministères : la création de directions de la transition écologique 47
- Dans les entreprises : le renforcement du rôle des directeurs RSE et l'institution des « délégués à la protection de l'environnement » 48
- Renforcer la fiscalité environnementale pour orienter les décisions économiques 50
- Rôle de l'éducation et de la formation 53

3

SUR L'AVENIR DU TRAVAIL 54

3.1 LA TRANSFORMATION DU TRAVAIL PAR SA NUMÉRISATION 55

3.1.1 La clarification des frontières du travail indépendant et salarié 55

3.1.2 L'adaptation des frontières temporelles du travail salarié 59

3.2 LA TRANSFORMATION DU TRAVAIL PAR LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE 61

4

SUR LES MOYENS DE RENFORCER L'ATTRACTIVITÉ ET LA COMPÉTITIVITÉ DE LA FRANCE, PRÉSERVER LES INTÉRÊTS NATIONAUX ET RESTER UNE ÉCONOMIE OUVERTE 64

4.1 RENFORCER L'ATTRACTIVITÉ ET LA COMPÉTITIVITÉ DE LA FRANCE PAR LE DROIT 65

4.1.1 Encourager l'émergence d'acteurs européens majeurs et de nouveaux acteurs (notamment dans les secteurs d'avenir) pour renforcer l'attractivité et la compétitivité de la France 65

- Étudier un développement de la commande publique vis-à-vis des startups et entreprises nouvelles de l'économie de la vie 66
- Mettre en place une politique d'incitation à la réallocation de l'épargne dans le financement de l'économie 66
- Adapter les politiques de concurrence et bancaire européennes au besoin d'une nouvelle politique industrielle 67

4.1.2 Favoriser un cadre normatif et fiscal prévisible, stable et flexible dans le cadre d'études d'impacts 68

- Flexibiliser davantage la réglementation 68
- Engager une initiative internationale pour mieux répartir la charge fiscale et éviter le *dumping* 69
- Encadrer strictement la rétroactivité et la rétrospectivité fiscales 70
- Favoriser et généraliser la pratique des rescrits 70
- Développer les démarches de co-régulation 71

4.1.3 Tracer la voie juridique d'une économie responsable et durable 72

- Renforcer le rôle du conseil d'administration en matière de RSE 72
- Faire émerger rapidement des normes sur la performance extra-financière 73
- Encourager une taxonomie de transition 74
- Participer à la réduction des inégalités par le développement de l'actionariat salarié 74

4.2 PROMOUVOIR PAR LE DROIT UNE AUTONOMIE STRATÉGIQUE EUROPÉENNE TOUT EN PRÉSERVANT LES INTÉRÊTS NATIONAUX	75
4.2.1 Apporter des réponses juridiques concrètes à l'extraterritorialité	76
■ Sur les enjeux liés à l'éthique et à la lutte anticorruption	77
■ Sur les enjeux liés aux sanctions économiques	77
4.2.2 Affirmer un cadre juridique clair de contrôle des investissements étrangers pour les investissements extra-européens	78
4.2.3 Développer des standards mondiaux de régulation par le marché européen	79
■ Favoriser l'adoption d'un devoir de vigilance à l'échelle européenne	79
■ Assurer une concurrence loyale (« <i>level playing field</i> ») entre les entreprises françaises et européennes	80
■ Soutenir une réglementation européenne des géants du numérique	80
4.3 RENFORCER L'ATTRACTIVITÉ ET L'EFFICACITÉ DU SYSTÈME JUDICIAIRE	82
4.4 RENFORCER LA FORMATION	86

5

SUR L'EFFICACITÉ DE L'ACTION PUBLIQUE	88
5.1 LE DÉSORDRE NORMATIF	90
5.2 RESTAURER LA POSSIBILITÉ, POUR LES PARLEMENTAIRES, D'EXERCER EN PARALLÈLE DES RESPONSABILITÉS D'EXÉCUTIF LOCAL	93
5.3 RENDRE LA HAUTE FONCTION PUBLIQUE PLUS ATTRACTIVE POUR RENFORCER LA CAPACITÉ OPÉRATIONNELLE ET STRATÉGIQUE DE L'ÉTAT	96
5.3.1 Répondre au besoin d'une fonction publique efficace	97
5.3.2 Revaloriser la place de l'enseignement supérieur et de la recherche	99
5.4 QUELLE RESPONSABILITÉ POUR LES DÉCIDEURS PUBLICS ?	101
5.4.1 Réactiver la responsabilité politique	102
5.4.2 Rationaliser la responsabilité « juridictionnelle »	103

CONTRIBUTEURS DU RAPPORT	105
---------------------------------	------------

SYNTHÈSE DES PROPOSITIONS

1 Sur le genre, l'identité et l'égalité

Du genre et de l'identité

PROPOSITION N° 1

Fixer dès le début du prochain quinquennat, les nouveaux principes relatifs au genre et à l'état des personnes, permettant de concilier la dignité de la personne humaine, la protection de la liberté individuelle ainsi que le droit au respect de la vie privée, et l'exigence de stabilité de la règle de droit.

De l'égalité

PROPOSITION N° 2

Faire de l'égalité un élément de mise en conformité des organisations de travail, en durcissant les obligations de transparence, de précision et de négociation collective et en conditionnant le bénéfice d'aides publiques au respect de ces obligations.

PROPOSITION N° 3

Promouvoir l'égalité professionnelle comme un instrument de **modernisation des organisations** et de **bonne gouvernance**.

PROPOSITION N° 4

Mener une réflexion sur l'éducation et l'orientation afin d'en chasser les stéréotypes, proposer un brevet de l'égalité attestant du suivi de formations dédiées à la compréhension et à l'identification du sexisme.

PROPOSITION N° 5

Mieux protéger les femmes victimes de violences sexuelles et sexistes, par la mise en place d'une **procédure d'urgence efficace** pour éloigner rapidement la victime de l'auteur présumé et par l'institution d'une **justice spécialisée « violences sexuelles et sexistes »**.

2 Sur l'environnement et la transition énergétique

PROPOSITION N° 6

Intégrer dans la Constitution une « règle d'or climatique », afin de consacrer une obligation constitutionnelle d'action des pouvoirs publics contre le changement climatique, laquelle obligation devra être conciliée, au cas par cas, avec les autres considérations d'intérêt général, d'ordre économique et social. Plus généralement : **tout acte législatif ou réglementaire ayant un impact significatif sur l'environnement devra démontrer son absence de nocivité irréversible à l'égard des générations futures.**

PROPOSITION N° 7

Créer un défenseur de l'environnement, autorité publique indépendante spécialisée au service exclusif de la protection de la nature, autonome et distincte notamment du Défenseur des droits. Cette autorité devrait être confiée **à une forte personnalité politique et dotée de moyens et de pouvoirs conséquents**. Elle pourrait être saisie par les associations, collectivités territoriales et autres acteurs de terrain. Elle devrait disposer du droit d'agir en justice, et du droit de signaler au parquet la commission alléguée d'infractions au Code de l'environnement. Cette institution aurait naturellement sa place dans la Constitution.

PROPOSITION N° 8

Instituer dans chaque grand ministère une **direction de la transition** écologique, ayant pour responsabilité principale d'opérer un véritable pilotage de la stratégie environnementale française. Cette direction pourrait disposer d'un pouvoir de visa pour s'assurer que les mesures et politiques envisagées sont en cohérence avec un « budget carbone » propre à chaque ministère.

PROPOSITION N° 9

Dans les entreprises, **favoriser une gouvernance conforme aux enjeux environnementaux**, et ce, de manière générale pour éviter de fausser la concurrence, en accroissant la réflexion sur le développement d'éléments dans la comptabilité pondérés à l'impact social et écologique, et renforcer le rôle des directeurs RSE et/ou instituer des « délégués à la protection de l'environnement » sur le modèle du délégué à la protection des données.

PROPOSITION N° 10

Renforcer la fiscalité environnementale pour orienter les décisions économiques. Pour assurer son acceptabilité, le produit de cette fiscalité pourrait être affecté en majeure partie à la mise en place d'un revenu climatique à destination des ménages les plus affectés et à l'allègement du coût des biens et services écologiques.

PROPOSITION N° 11

Œuvrer à la sensibilisation des responsables publics et privés, notamment par l'instauration d'une formation obligatoire des hauts fonctionnaires en matière écologique.

3 Sur l'avenir du travail

La transformation du travail par sa numérisation

PROPOSITION N° 12

Adapter la protection sociale des travailleurs indépendants aux enjeux de l'intermédiation numérique du travail par l'identification des risques sociaux pris en charge par la protection sociale, spécialement en matière de chômage.

PROPOSITION N° 13

Sécuriser le financement la protection sociale des travailleurs indépendants par une détermination adaptée des assiettes de cotisation et l'existence d'une partie, étatique ou non, tierce à la relation de travail par laquelle transiteront les prélèvements sociaux.

PROPOSITION N° 14

Sécuriser les parcours professionnels hétérogènes en clarifiant la lecture des droits sociaux acquis par les travailleurs, salariés comme indépendants, ainsi que la transférabilité de ces droits lors du passage d'un statut de travailleur à un autre par le recours au compte personnel d'activité revisité.

PROPOSITION N° 15

Adapter le régime juridique du temps de travail au télétravail afin de préserver l'autonomie des salariés par la création d'un temps de travail spécifique à cette forme de travail, borné temporellement, durant lequel le télétravailleur accomplit son volume horaire de travail et peut vaquer à ses occupations personnelles, l'articulation entre ces deux éléments lui revenant. Les partenaires sociaux au niveau de l'entreprise définissent les modalités concrètes de ce temps de travail, notamment en vue de préserver la collectivité de travail d'un risque d'étiollement.

PROPOSITION N° 16

Renforcer la prise en charge des risques inhérents au télétravail (financiers et psychosociaux) notamment par un suivi adapté des télétravailleurs et par leur formation professionnelle.

La transformation du travail par la transition écologique

PROPOSITION N° 17

Centrer et renforcer la formation sur les activités s'inscrivant dans la dynamique de la transition écologique ; intégrer les enjeux environnementaux dans l'ensemble des parcours de formation initiale et continue.

PROPOSITION N° 18

Sécuriser les plans de transformation de l'activité ou de ses modalités en créant un motif légitime de suppression de poste tiré de l'adaptation aux exigences environnementales ou climatiques, rangé dans la catégorie des licenciements pour motif économique, de sorte que le plan social éventuel en résultant mette en place les actions nécessaires à la reconversion/adaptation des travailleurs à ces modalités nouvelles d'exercice de l'activité.

PROPOSITION N° 19

Alléger les prélèvements sociaux sur les activités économiques des travailleurs salariés et indépendants répondant aux besoins de la transition écologique.

PROPOSITION N° 20

Concrétiser, à travers la négociation collective de branche, les grandes orientations économiques de la croissance verte déterminées par l'État.

4 Sur les moyens de renforcer l'attractivité et la compétitivité de la France, préserver les intérêts nationaux et rester une économie ouverte

Renforcer l'attractivité et la compétitivité de la France par le droit

PROPOSITION N° 21

Favoriser la réciprocité en matière de marchés publics, encourager la réflexion en faveur d'un **principe de préférence européenne dans la commande publique** et en faire des **instruments de développement** des startups et des nouvelles entreprises européennes.

PROPOSITION N° 22

Inciter à la réallocation de l'épargne dans le financement de l'économie et en particulier dans les investissements avec une composante de risque (qui pourrait s'accompagner du renforcement ou du développement de fonds institutionnels français ou européens) afin, également, de contribuer au financement de projets d'entreprises ou de l'innovation dans les domaines tels que le digital ou l'écologie.

PROPOSITION N° 23

Adapter les politiques de concurrence et bancaire européennes pour **permettre l'émergence d'acteurs européens plus puissants** dans des domaines industriels et de services clés, ainsi que dans le domaine bancaire.

PROPOSITION N° 24

Flexibiliser davantage la réglementation et en particulier le droit des sociétés ; poursuivre et accélérer la simplification des règles applicables aux PME et ETIs, acteurs essentiels de l'efficacité du système économique et outils d'aménagement équilibré du territoire économique ; et **promouvoir à l'étranger une meilleure connaissance de l'état réel du droit du travail en France.**

PROPOSITION N° 25

Réaffirmer l'importance de la stabilité de la règle fiscale et éviter le *dumping* fiscal en encourageant la poursuite des initiatives internationales pour mieux répartir la charge fiscale des acteurs dominants et **en mettant en place des mécanismes fiscaux permettant d'attirer des talents et entrepreneurs étrangers** ; enrichir les études et exiger du législateur, en lui en donnant les moyens, une évaluation précise des conséquences financières des mesures projetées, y compris lorsqu'elles le sont par voie d'amendement. **Pousser la réflexion sur les moyens d'éviter la rétroactivité fiscale** qui peut nuire à l'attractivité, favoriser et **généraliser la pratique des rescrits.**

PROPOSITION N° 26

Poursuivre les réflexions sur la co-régulation au service d'une meilleure efficacité de la réglementation (plus de souplesse et de prise en considération des situations individuelles), en faisant en sorte que la loi fixe de grands principes généraux en certaines matières (environnement, droits de l'homme, etc.) et que les entreprises déterminent elles-mêmes la manière de s'y conformer, **avec des modalités transparentes pour respecter leurs objectifs.**

PROPOSITION N° 27

Renforcer, en matière RSE, l'exercice des pouvoirs du conseil d'administration, organe le mieux à même de défendre une approche tenant compte de l'ensemble des parties prenantes. **Inclure dans l'évaluation des objectifs des dirigeants des critères extra-financiers** cohérents avec l'émergence rapide de normes européennes en matière de *reporting* extra-financier, dans le cadre des travaux de l'EFRAG ou de ceux initiés par l'IASB. **Pousser la réflexion sur le développement d'un système de comptabilisation pondérée à l'impact social et écologique. Encourager une taxonomie de transition** pour récompenser les efforts de transition des entreprises plutôt que favoriser ceux qui ont déjà accompli toute leur transition.

PROPOSITION N° 28

Encourager le développement de l'actionnariat salarié et d'outils juridiques et fiscaux adaptés pour participer à l'efficacité du système économique et à **la réduction des inégalités**.

Promouvoir par le droit une autonomie stratégique européenne tout en préservant les intérêts nationaux

PROPOSITION N° 29

Créer un « paquet anticorruption européen » capable de rétablir une concurrence loyale (« *level playing field* ») au niveau européen.

PROPOSITION N° 30

Sur les enjeux liés aux sanctions économiques, affirmer la **souveraineté française et européenne** par la promotion du rôle de l'euro, favoriser le développement d'un fort **marché de capitaux européen**, développer un **cloud européen** et des infrastructures numériques européennes et créer une **OFAC européenne**.

PROPOSITION N° 31

Soutenir les initiatives visant à **élargir le contrôle des investissements étrangers** pour **protéger les véritables intérêts nationaux** et **veiller à une plus grande prévisibilité des investissements** concernés.

PROPOSITION N° 32

Définir des mécanismes de réciprocité au niveau européen à l'heure du renforcement des contrôles des investissements étrangers chinois et américains.

PROPOSITION N° 33

Favoriser l'adoption d'un devoir de vigilance à l'échelle européenne afin d'affirmer des valeurs éthiques fortes et communes à l'Europe.

PROPOSITION N° 34

Étudier les domaines dans lesquels les exigences éthiques (corruption, vigilance et RSE) et de probité pourraient être une condition d'accès au marché intérieur européen et trouver d'autres moyens pour assurer une réciprocité à l'instar de la taxe carbone en matière environnementale.

PROPOSITION N° 35

Soutenir une réglementation européenne des géants du numérique par la mise en œuvre rapide du *Digital Market Act* et du *Digital Services Act*, en les rendant plus efficaces, et par l'instauration d'un régime de responsabilité de ces firmes pour les contenus diffusés en ligne similaire à celui des médias, tout en veillant à ce que les services de médias audiovisuels européens d'intérêt général ne perdent pas en visibilité auprès du public.

Renforcer l'attractivité et l'efficacité du système judiciaire

De vastes réformes seront proposées par les États généraux de la Justice ; aussi, les recommandations se limitent ici à quelques moyens de rendre le système judiciaire français plus compréhensible et plus attractif aux yeux des entreprises étrangères et des investisseurs internationaux.

PROPOSITION N° 36

Réorienter une partie des moyens alloués à la cour d'appel au profit de la première instance dont les décisions en matière civile n'encourraient la réformation que pour des erreurs manifestes, de droit ou de fait.

PROPOSITION N° 37

Conforter la place de Paris en matière d'arbitrage en réaffirmant le principe de subsidiarité et en renforçant les règles de nomination des arbitres pour assurer leur indépendance et leur impartialité.

PROPOSITION N° 38

Financer de manière équitable les chambres commerciales internationales en mettant en place un dispositif budgétaire qui serait progressivement doté par chacune des parties s'adressant aux chambres commerciales internationales.

PROPOSITION N° 39

Encourager une meilleure coopération entre magistrats et avocats en favorisant des échanges plus réguliers tout au long des procédures, en permettant aux juridictions le recrutement d'assistants parmi les élèves avocats et en multipliant les formations communes aux magistrats et aux avocats.

PROPOSITION N° 40

Promouvoir le système judiciaire et le droit français par l'organisation d'événements internationaux et l'implication des avocats et magistrats à l'étranger.

Renforcer la formation

PROPOSITION N° 41

Favoriser l'émergence d'instruments juridiques et fiscaux (ou autrement incitatifs) **simples permettant d'accroître les passerelles** entre le système universitaire et les autres écoles et au sein même de ces systèmes (sachant que l'on pourrait même réfléchir au regroupement au sein de pôles) **et assurer la stabilité du nouveau cadre juridique sur l'apprentissage et la formation professionnelle, instauré par la loi Avenir en suivant de près sa mise en œuvre** (par la création d'un comité de suivi régulier destiné à veiller à une plus grande fluidité entre les différents acteurs, par exemple, en encourageant la digitalisation des processus et les passerelles pour passer d'un secteur ou d'une branche à l'autre).

5 Sur l'efficacité de l'action publique

PROPOSITION N° 42

Lutter contre le désordre normatif, non seulement par l'expression renouvelée d'une forte volonté au plus haut niveau de l'État, mais également par la création d'**une institution légère et efficace de veille et d'alerte**.

PROPOSITION N° 43

Restaurer la possibilité, pour les parlementaires, d'exercer en parallèle des responsabilités d'exécutif local, quelles que soient la taille et la nature de la collectivité locale, afin notamment de faire revenir de grands élus locaux au sein des Chambres.

PROPOSITION N° 44

Rendre la haute fonction publique plus attractive en améliorant la transparence et la rationalité de la gestion des carrières et en revalorisant les rémunérations.

PROPOSITION N° 45

Améliorer également l'attractivité des carrières d'enseignant-chercheur en allégeant les charges administratives, en garantissant les financements, en réservant la qualification et la gestion des carrières aux enseignants-chercheurs eux-mêmes et en revalorisant les rémunérations.

PROPOSITION N° 46

Rééquilibrer les conditions d'engagement de la responsabilité des décideurs publics en réactivant leur responsabilité politique et en rationalisant leur responsabilité juridictionnelle **par la fixation d'un délai maximum entre la mise en examen de quiconque et la clôture de l'information judiciaire** (délai qui pourrait être prorogé par décision motivée du juge si la complexité de l'affaire justifie des investigations plus longues).

1

**SUR
LE GENRE,
L'IDENTITÉ
ET
L'ÉGALITÉ**

1.1 DU GENRE ET DE L'IDENTITÉ

1.1.1 Propos liminaires

Crise du langage et des représentations, théorie du genre, explosion à venir de l'état civil, caractère multiforme des familles, violences sexistes : tant de sujets dont les militantismes, les médias, les politiques se saisissent sans forcément qu'ils ne trouvent un écho dans une législation efficace. S'il n'est pas possible de traiter ici ces sujets en intégralité, on peut cependant tenter de dégager pragmatiquement quelques pistes majeures d'action juridique.

1.1.2 Genre et identité

La campagne présidentielle ne saurait s'affranchir de débats portant sur les mutations fondamentales de la notion même de personne. Depuis l'instauration du PACS à la fin du siècle dernier jusqu'à aujourd'hui, la législation contemporaine est allée dans le sens d'une prise en compte des revendications des couples homosexuels et des femmes célibataires. La récente loi du 2 août 2021 relative à la bioéthique (ci-après, la « loi de bioéthique »)¹ a encore élargi l'accès à l'assistance médicale à la procréation (dite procréation médicalement assistée - PMA) aux couples de femmes et aux femmes célibataires. La mesure, on le sait, est critiquée comme excessive par certains, estimée insuffisante par d'autres² qui revendiquent la reconnaissance de la GPA.

Dans le même temps, le droit se trouve sous la pression de revendications visant ce que certains pourraient appeler un droit à « l'autodétermination identitaire » : les droits des personnes dites « LGBT+ », le statut des enfants intersexes, la conception même de la parenté sont en question. Et certains dénoncent ce qui est ressenti comme discriminatoire dans la sphère intime, à l'école, à l'Université, dans le monde du travail, dans le sport, etc.

À cela, il convient d'ajouter une emprise croissante de la volonté individuelle sur l'identité de la personne. La très récente proposition de loi du député Patrick Vignal relative au choix du nom issu de la filiation,

1. Loi n° 2021-1017.

2. Un nouveau mode de filiation est mis en place pour les enfants nés par PMA de couples de femmes. Les femmes concernées devront établir devant notaire une reconnaissance conjointe de l'enfant avant sa naissance. En outre, un amendement des députés permet aux couples de femmes qui ont eu recours à une PMA à l'étranger avant la publication de la loi de faire, pendant un délai de trois ans, une reconnaissance conjointe pour établir la filiation.

soutenue par le gouvernement et notamment son ministre de la Justice, en est une remarquable illustration³.

■ Lavènement du genre

L'identité de genre est définie comme celle qui est ressentie par chacun, indépendamment de l'apparence physique et des attributs attachés au sexe biologique. Aussi peut-elle ne pas correspondre au sexe « assigné » à la naissance. Le Conseil de l'Europe évoque ainsi, pour définir le genre, « les rôles, les comportements, les activités et les attributions socialement construits qu'une société donnée considère comme appropriés pour les femmes et les hommes ». La notion de genre gagne en importance dans la législation contemporaine⁴. Le Conseil constitutionnel lui a reconnu une existence juridique, dans une décision du 26 janvier 2017, pour en déduire que l'expression était suffisamment précise pour fonder une incrimination : « il résulte des travaux parlementaires qu'en ayant recours à la notion d'identité de genre, le législateur a entendu viser le genre auquel s'identifie une personne, qu'il corresponde ou non au sexe indiqué sur les registres de l'état civil ou aux différentes expressions de l'appartenance au sexe masculin ou au sexe féminin »⁵. C'est cet essor d'une identité de genre, directement corrélée à la vie privée et à l'intimité de chacun, qui met le droit sous tension.

■ Le droit sous tension

Les liens entre l'apparence et le sexe, la structure duale des sexes, sont en cause, qu'il s'agisse de caractériser l'identité de l'individu, de représenter les structures de la parenté, ou encore le droit à l'autodétermination dans l'assignation identitaire. Les évolutions juridiques en ces domaines sont à la fois fragmentaires et éclatées.

3. Proposition de loi n° 4853 pour garantir l'égalité et la liberté dans l'attribution et le choix du nom du 21 décembre 2021. Elle prévoit notamment que : « Toute personne majeure peut demander à l'officier de l'état civil dépositaire de son acte de naissance son changement de nom par substitution ou adjonction à son propre nom du nom de famille du parent qui ne lui a pas transmis le sien, dans l'ordre choisi par elle, dans la limite d'un nom de famille pour chacun des parents. Sans préjudice de l'article 61 [du Code civil], ce choix ne peut être fait qu'une seule fois. »

4. Ainsi, l'art. 171 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté, qui fait du caractère sexiste ou homophobe d'une infraction une circonstance aggravante générale, inclut la notion d'identité de genre ; v. également l'art. 132-77 du Code pénal qui vise, au titre des circonstances aggravantes générales, « l'identité de genre vraie ou supposée ».

5. Déc. 2016-745 DC sur la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, qui modifie les articles 24, 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 afin de réprimer de manière aggravée la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, la diffamation et l'injure publique lorsque ces infractions sont commises à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur identité de genre. Le Conseil constitutionnel poursuit : « Les termes "identité de genre", qui figurent d'ailleurs à l'article 225-1 du Code pénal dans sa version issue de la loi du 18 novembre 2016 mentionnée ci-dessus, sont également utilisés dans la convention du Conseil de l'Europe du 12 avril 2011 et dans la directive du 13 décembre 2011 mentionnées ci-dessus. Dans ces conditions, les termes d'"identité de genre" utilisés par le législateur sont suffisamment clairs et précis pour respecter le principe de légalité. Le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines doit être écarté ».

La première des revendications porte sur la détermination du sexe à l'état civil et la possibilité de changer de prénom. Afin de faciliter les changements, la loi du 18 novembre 2016⁶ permet aux personnes transgenres « *la modification de la mention du sexe à l'état civil* » (art. 61-5 à 61-8 du Code civil). Toute personne majeure ou mineure émancipée peut ainsi obtenir cette modification devant le tribunal judiciaire si elle démontre « *par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue* ». Avoir préalablement obtenu un changement de prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué est un des faits justifiant la modification de sexe.

Le même texte a parallèlement fait évoluer la procédure de changement de prénom : la demande s'adresse désormais au seul officier d'état civil. Si celui-ci estime que la demande ne revêt pas un intérêt légitime, il peut la renvoyer au procureur de la République.

La question du genre s'exprime également dans le traitement juridique des personnes intersexuées (personnes dont les caractéristiques physiques ou biologiques ne correspondent pas aux définitions classiques de la masculinité et de la féminité). On a longtemps parlé d'« hermaphrodisme » ou encore d'« anomalies du développement sexuel ». Selon les Nations unies : « les personnes intersexuées sont celles dont les caractéristiques physiques ou biologiques, telles que l'anatomie sexuelle, les organes génitaux, le fonctionnement hormonal ou le modèle chromosomique, ne correspondent pas aux définitions classiques de la masculinité et de la féminité ».

La loi de bioéthique a prévu, en son article 30, des dispositions relatives aux « *enfants présentant une variation du développement génital* ». Une concertation doit d'abord établir le diagnostic ainsi que les propositions thérapeutiques possibles, y compris d'abstention thérapeutique, et leurs conséquences prévisibles, en application du principe de proportionnalité mentionné à l'article L.1110-5. La loi s'attache à permettre une information complète et un accompagnement psychosocial approprié de l'enfant et de sa famille, et veille à ce qu'ils disposent du temps nécessaire pour procéder à un choix éclairé. Elle traite de la mention du sexe qui devra figurer à l'état civil : en cas d'impossibilité médicalement constatée de déterminer le sexe de l'enfant au jour de l'établissement de l'acte, le procureur de la République peut autoriser l'officier de l'état civil à ne pas faire figurer immédiatement le sexe sur l'acte de naissance. La procédure permet alors de déroger durant trois mois, au plus, à l'obligation de déclarer le sexe de l'enfant, sur la foi d'un certificat médical constatant l'impossibilité de déterminer le sexe de l'enfant.

Elle est toutefois l'objet de critiques importantes, notamment parce qu'elle ne rompt pas avec la vision très pathologique de l'intersexuation,

6. Loi n° 2016-1547.

qui favorise les interventions chirurgicales (castration, vaginoplastie, réduction clitoridienne, etc.) et les traitements administrés aux jeunes enfants. On déplore alors le fait d'imposer un genre et un sexe sans laisser la possibilité à l'enfant de prendre conscience de sa situation et de faire un choix pour lui-même. Diverses législations dans d'autres pays privilégient une telle approche.

Pour faire face aux dangers des thérapies de conversion, qui viennent inciter, voire contraindre des personnes transgenres à modifier ou réprimer leur identité de genre, une loi définitivement adoptée par le Parlement le 25 janvier 2022 interdit désormais les thérapies de conversion et sanctionne ceux qui les promeuvent ou les réalisent⁷. Est ici visé un phénomène que l'on dit en plein essor et qui repose sur l'idée que l'homosexualité et la transidentité seraient des maladies qu'il faudrait soigner.

Les évolutions procèdent parfois de textes bien moins visibles. Une circulaire du 29 septembre 2021, relative aux élèves transgenres dans l'enseignement primaire et secondaire, leur reconnaît ainsi la possibilité d'avoir recours à un « prénom d'usage » qui corresponde à leur identité de genre. Elle rejoint une précédente circulaire du 17 avril 2019 qui énonçait des recommandations similaires pour l'université. Le prénom choisi devra être « utilisé par l'ensemble des membres de la communauté éducative » et « substitué » à l'autre sur les listes d'appel, sur les cartes de cantine et de bibliothèque, sur les espaces numériques de travail (ENT). La circulaire vient clairement déroger à la loi, puisque celle-ci prévoit qu'« aucun citoyen ne pourra porter de nom ni de prénom autres que ceux exprimés dans son acte de naissance » (art. 1^{er}, loi du 6 fructidor an II). Certains en ont déduit que « ces circulaires ne réussissent, en somme, qu'à créer une monstrueuse double identité juridique, variable au gré des différents guichets »⁸.

■ Le droit au milieu du gué

Le mouvement ainsi entamé n'est pas achevé. Les partisans d'une prévalence du genre aspirent à des évolutions bien plus marquées. Les institutions européennes elles-mêmes, et notamment la Cour européenne des droits de l'homme à l'origine de la plupart des évolutions de notre droit en la matière, nourrissent ces revendications. Le Défenseur des droits lui-même a pris des positions bien plus « avancées » dans une importante décision-cadre du 18 juin 2020.

7. Proposition n° 4021, interdisant les pratiques visant à modifier l'orientation sexuelle ou l'identité de genre d'une personne, définitivement adoptée le 25 janvier 2022.

8. X. Mignot, Au chevet de la loi du 6 Fructidor an II, JCP.

■ Genre et état civil

Héritage de la Révolution française, l'état civil fut dominé par le fait que l'état des personnes était indépendant des volontés individuelles. Il s'agissait, à des fins de police civile, de pouvoir enregistrer les citoyens et d'être en mesure de suivre la trace de leurs activités les plus diverses. C'est une telle conception avec laquelle tranchent les diverses revendications tendant à ce que la mutation des principaux éléments en cause – prénom, sexe – soit libre et sans autre exigence que celle de répondre à la volonté de la personne elle-même.

Cela implique de ne pas faire dépendre les changements d'éléments de l'état civil des seules exigences médicales. On parle alors de « démedicalisation du changement d'état civil »⁹. Le mouvement est ici nettement entamé. Les troubles de l'identité de genre ont été retirés de la liste des affections psychiatriques de longue durée par un décret du 8 février 2010¹⁰.

Plus généralement, c'est la soumission à des conditions médicales – constats, interventions, thérapies – qui est perçue comme un obstacle à la reconnaissance de l'identité de genre vécue. Sur ce point aussi, les évolutions ont été importantes : la jurisprudence de la Cour de cassation sur les transsexuels (selon la dénomination alors retenue), posee il y a trente ans, faisait ainsi reposer le changement de sexe à l'état civil sur le fait que le requérant devait présenter le « syndrome du transsexualisme », qu'il devait avoir suivi un traitement médico-chirurgical dans un but thérapeutique (traitements hormonaux et opérations chirurgicales) et sur l'existence d'une apparence physique proche de l'autre sexe. Ainsi qu'on l'a relevé, « il y avait donc de fait une association étroite entre médecine et droit dans la compréhension et le traitement de la transidentité : seules la reconnaissance de la transidentité comme une pathologie et l'effectivité de son traitement médical autorisaient le changement d'état civil des personnes trans »¹¹. Désormais, le changement de sexe peut intervenir sans perte de la faculté de procréer et sans changement d'apparence¹². Plus encore, la loi précise même que « *le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande* » (art. 61-6, al. 2).

Certains estiment cependant qu'il faut aller plus loin.

Le Défenseur des droits promeut ainsi une procédure qui reposerait entièrement sur l'autodétermination, affranchie de tout contrôle par le juge ou même l'officier d'état civil, sans exigence tenant au

9. État civil de demain et transidentité, Rapport GIP Justice, L. Hérault dir., 2018, p. 36.

10. Décret n° 2010-125. Ils restent toutefois classés en ALD hors liste ou ALD 31.

11. État civil de demain et transidentité, Rapport GIP Justice, L. Hérault dir., 2018, p. 12.

12. Une circulaire du 14 mai 2010 permet au ministère public de « donner un avis favorable à la demande de changement d'état civil [...] sans exiger pour autant l'ablation des organes génitaux ».

comportement social ou à l'expérience de vie dans le sexe revendiqué, sans prise en compte, s'agissant du prénom, d'une inadéquation entre l'apparence physique et l'état civil. Ce qui autoriserait un prénom d'homme pour une apparence de femme, et réciproquement. Pour lui, imposer des justifications médicales ou sociales laissées à l'appréciation des autorités judiciaires ou administratives constitue une violation du droit au respect de la vie privée des personnes transgenres¹³. Il propose d'aller jusqu'à une procédure purement déclaratoire pour les demandes de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil¹⁴. Et donc vers un libre choix du sexe, dans une parfaite fluidité du genre.

■ Binarité des sexes

La mise en lumière des phénomènes d'intersexualité a provoqué une deuxième interrogation, portant sur la binarité des sexes : est-il envisageable que l'état civil puisse prévoir une mention autre que « du sexe féminin » ou « du sexe masculin » ? Si l'article 57 du Code civil prescrit de porter sur l'acte de naissance de l'enfant le sexe de celui-ci, sans préciser les mentions qui peuvent répondre à cette exigence, le droit français s'inscrit, jusqu'à présent, indéniablement dans cette logique de binarité. Dans la suite de l'instruction générale relative à l'état civil du 19 février 1970, une circulaire du 28 octobre 2011 a interdit de faire porter sur l'acte de naissance « de sexe incertain » ou de « de sexe indéterminé »¹⁵. Seule a été admise la possibilité de différer l'inscription.

De même, la Cour de cassation a refusé de reconnaître un sexe neutre par une décision de principe du 4 mai 2017, soulignant que « la loi française ne permet pas de faire figurer, dans les actes de l'état civil, l'indication d'un sexe autre que masculin ou féminin. (...) La dualité des énonciations relatives au sexe dans les actes de l'état civil poursuit un but légitime en ce qu'elle est nécessaire à l'organisation sociale et juridique, dont elle constitue un élément fondateur ». Aussi considérait-elle que « la reconnaissance par le juge d'un sexe neutre aurait des répercussions profondes sur les règles du droit français construites à partir de la binarité des sexes et impliquerait de nombreuses modifications législatives de coordination ».

Pourtant, des revendications inverses tendent de plus en plus à s'exprimer partout dans le monde. L'assemblée parlementaire du

13. Décision-cadre du Défenseur des droits n° 2020-136.

14. Décision-cadre préc., p. 8 : « En l'état actuel du droit, ni le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, ni celui de l'immutabilité ne sont des principes absolus. Le législateur peut délimiter le périmètre de disponibilité de l'état civil et décider d'établir une procédure déclaratoire pour les demandes de changement de prénom et de modification de la mention du sexe à l'état civil. L'officier d'état civil pourrait donc enregistrer le changement de prénom et/ou la mention du sexe en se fondant sur la présentation d'une attestation sur l'honneur produite par la personne transgenre, tout comme il peut, par exemple, modifier l'état matrimonial des personnes lors de l'enregistrement de leur mariage. Ce document permettrait à la personne d'attester sur l'honneur qu'elle ne se reconnaît pas dans le sexe qui lui a été assigné à la naissance et qu'elle souhaite vivre pleinement et juridiquement sous son identité de genre. La condition d'intérêt légitime serait ainsi satisfaite par la production d'un tel formulaire ».

15. Circulaire du 28 oct. 2011 relative aux règles particulières à divers actes de l'état civil relatifs à la naissance et à la filiation. V. IGREC, 19 févr. 1970 : JO, 23 avr. 1970, p. 3866, § 228b.

Conseil de l'Europe a ainsi encouragé les États membres à abandonner le caractère binaire du sexe par une résolution du 12 octobre 2017 : « lorsque les pouvoirs publics recourent à des classifications en matière de genre, [il convient de] veiller à ce qu'il existe un ensemble d'options pour tous, y compris pour les personnes intersexes qui ne s'identifient ni comme homme ni comme femme » (pour 7.3.1). Dans la suite d'un mouvement initié en Asie, notamment au Népal, les cours constitutionnelles allemande, autrichienne et belge rejettent également, au nom des droits fondamentaux, la classification binaire imposée par l'État¹⁶ : le libre épanouissement de la personnalité suppose, selon elles, que chacun puisse vivre conformément à son identité sexuelle réelle ; aussi le droit allemand prévoit-il à l'état civil un troisième genre, « divers ». La Belgique s'oriente dans cette direction. La Haute Cour d'Australie a également autorisé l'enregistrement d'une personne à l'état civil comme de « genre neutre ». La Cour suprême de l'Inde s'est ralliée à ce mouvement.

Certains prônent enfin, dans cette perspective, de rendre facultatif l'enregistrement du sexe sur les documents officiels (acte de naissance, documents d'identité), pour faire prévaloir le genre.

■ Genre et parenté

Ces différentes évolutions conduisent logiquement à s'interroger sur la parenté et sur la possibilité qu'un enfant ait deux parents d'un même sexe.

La question se pose lorsque l'un des parents change de sexe. S'il a déjà un ou plusieurs enfants, un tel changement ne pourra avoir d'effet sur leur état civil qu'avec leur accord ou celui de leurs représentants légaux (art. 61-7 du c. civ.).

La Cour de cassation a dû statuer sur la situation d'un homme qui, après avoir changé de sexe, conçoit un enfant avec son épouse. Précisément, un époux, quelques années après la naissance du second enfant du couple, avait saisi le TGI d'une demande de modification de la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil. Un jugement ayant accueilli sa demande, il devait dès lors être inscrit à l'état civil comme étant de sexe féminin, avec un prénom féminin. La décision fut portée en marge de son acte de naissance et de son acte de mariage. Trois ans plus tard, son épouse devait donner naissance à un troisième enfant, conçu avec l'époux qui avait changé de sexe, celui-ci ayant conservé la fonctionnalité de ses organes sexuels masculins. L'enfant est alors déclaré à l'état civil comme né de l'épouse. Son conjoint demande que soit reconnue sa maternité. La Cour de cassation a refusé, par un arrêt du 16 septembre 2020, d'admettre l'établissement d'une double filiation maternelle. Elle estime, notamment, que l'enfant né après la modification de la mention du sexe de son parent à l'état civil doit pouvoir bénéficier

16. C. Grossholz, La classification sexuelle des êtres humains à l'épreuve des droits fondamentaux, JCP éd. G, 2019, 650.

de la même filiation que celle de ses frères et sœurs, nés avant cette modification, pour éviter les discriminations au sein de la fratrie.

Une telle approche doit-elle évoluer ? On sait depuis longtemps que la filiation n'est pas enserrée dans la réalité biologique, qu'elle peut l'ignorer au profit de considérations sociales, et ce, aux fins de protéger d'autres droits et d'autres intérêts que ceux des géniteurs. Est-il, en ce sens, possible de dépasser ce que la nature humaine a, en matière de filiation, selon l'expression de Françoise Héritier, « de plus irréductible », à savoir « la différence des sexes »¹⁷ ? Faut-il admettre une influence du genre sur la parenté¹⁸ ? C'est ce qu'estime, dans une position exprimée le 28 juin 2019, le Défenseur des droits¹⁹.

Dans cette perspective, on envisage parfois de ne plus se référer aux père et mère pour s'en tenir à la seule dénomination de « parent »²⁰. On a d'ailleurs pu proposer naguère, par voie d'amendement au texte de la loi sur l'école de la confiance, de substituer la mention « parent 1 et parent 2 » à celle des père et mère²¹.

La loi de bioéthique a instauré un nouveau mode de filiation, fondé sur une déclaration anticipée de volonté par une reconnaissance conjointe de l'enfant avant sa naissance auprès d'un notaire, pour les enfants nés d'une PMA dans un couple de femmes. La filiation ainsi établie a la même portée et les mêmes effets que la filiation « par le sang » ou la filiation adoptive.

Ces avancées marquent la disjonction entre la filiation et la différence des sexes des parents. Faut-il entériner le mouvement pour permettre aux personnes transgenres d'être reconnues dans la lignée parentale selon leur genre ? Se prévalant de ce qu'elle estime être « un vide juridique indéniabla », la Cour d'appel de Toulouse vient de désavouer la Cour de cassation, dans une décision du 9 février 2022 rendue sur renvoi de l'arrêt précité du 16 septembre 2020. Elle admet l'établissement de la filiation maternelle de la personne transgenre homme devenu femme, qui après la modification de la mention de son sexe dans les actes de l'état civil, procréée avec son épouse au moyen de ses gamètes mâles. Cette décision contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation,

17. F. Héritier, *Masculin/Féminin I*. La pensée de la différence, Odile Jacob, 1996, p. 254, cité par A. Caron-Dégliose, av. gl., dans son avis sur l'arrêt du 16 sept. 2020. Cette dernière souligne que la filiation n'est « jamais un simple dérivé de l'engendrement »

18. V. A. Dionisi-Peyrusse et M. Pichard, *Le genre dans le droit de la filiation* [à propos du titre VII du Livre premier du Code civil], in *La loi et le genre*, S. Henette-Vauchez, M. Pichard et D. Roman : CNRS Ed., 2014, p. 49 s.

19. Il fait valoir « que les nouvelles réalités familiales impliquent désormais que le législateur procède à une révision des règles de la filiation et intègre dans l'avenir la double reconnaissance maternelle ou paternelle pour les couples de même sexe » : in avis A. Caron-Dégliose, préc.

20. V. ce qu'en dit H. Fulchiron, *Dr. de la famille*, n° 1, janv. 2019, comm. 6 : « Juridiquement, il n'y aurait plus que des "parents" et peu importe quel serait leur sexe. La suppression des qualités de père et de mère pourrait d'ailleurs s'accompagner de la disparition de la mention du sexe dans les actes de l'état civil. Cette solution s'inscrirait dans la ligne de ceux qui préconisent la disparition de toute référence au sexe dans notre système juridique (V. M.-X. Catto, *La mention du sexe à l'état civil*, in *La loi et le genre*, préc., p. 29 et réf. cit.). Encore faut-il souligner que ce n'est pas seulement un problème de sexe qui est ici en cause, mais une question de parenté : l'indifférenciation entre les statuts juridiques d'homme et de femme passe-t-elle par l'effacement des réalités sociales et anthropologiques liées au statut de père et de mère ? Après le "sexe neutre", le "parent neutre" ? »

21. Pour les formulaires administratifs. Par voie d'ajout d'un al. 1^{er} à l'article L. 111-4 du Code de l'éducation.

censée assurément satisfaire les revendications du couple de femmes concerné et donc réaliser une avancée considérable en faveur des personnes transgenres, a pourtant été d'emblée critiquée comme étant attentatoire à leurs droits fondamentaux, parce qu'elle revient à écarter la possibilité de recourir au droit commun de la filiation^{21b}. Où l'on voit combien il est regrettable que ces sujets fondamentaux ne soient traités que par des embardées législatives et juridictionnelles désordonnées, sans que les enjeux et les modalités d'évolution du droit soient clairement posés et débattus.

Notre société a besoin de réfléchir et de fixer dans la durée de grands principes nouveaux de l'état des personnes. Ils devront parvenir à concilier la liberté individuelle, la dignité de la personne humaine et l'organisation stable de la règle de droit. La tâche d'éclairer en cette matière les pouvoirs publics, et au premier chef le Parlement, ne saurait être expédiée avec légèreté et précipitation. Il y a lieu, dès lors, de la confier, de façon consultative, à des personnalités légitimes et compétentes, qui viendront éclairer le législateur. Une telle commission, constituée à l'initiative de l'exécutif et du législateur, devra faire des propositions de changement de la règle de droit sur tous les sujets dont nous n'avons voulu, ici, que clarifier les enjeux.

PROPOSITION N° 1

Fixer dès le début du prochain quinquennat, les nouveaux principes relatifs au genre et à l'état des personnes, permettant de concilier la dignité de la personne humaine, la protection de la liberté individuelle ainsi que le droit au respect de la vie privée, et l'exigence de stabilité de la règle de droit.

1.2 DE L'ÉGALITÉ ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES

« L'admission des femmes à l'égalité parfaite » peut constituer « la marque la plus sûre de la civilisation » et « doubler les forces intellectuelles du genre humain »²². L'intelligence collective grandira avec une plus grande égalité entre les sexes.

Les politiques menées au cours de ces dernières années ont eu un effet indéniable mais insuffisant sur l'égalité professionnelle. Les violences faites aux femmes demeurent très nombreuses, et le nombre de femmes tuées au sein du couple, inacceptable. Il faut, dans ce domaine aussi, aller beaucoup plus vite et beaucoup plus loin.

21b. B. Moron-Puech, L'arrêt toulousain sur la parenté transgenre, "une avancée majeure pour les droits fondamentaux des personnes transgenres ?", <https://sexandlaw.hypotheses.org/1033>.

22. Stendhal, *De l'amour*.

1.2.1 L'égalité professionnelle

Vivement critiquées lors de leur adoption – ainsi qu'en ont récemment témoigné les débats sur la loi Rixain de décembre 2021²³ –, les lois sur la parité ont pourtant fait leurs preuves.

Les détracteurs de ces lois font valoir que celles-ci favoriseraient les femmes parce qu'elles sont femmes, et non en raison de leurs compétences, au nom de l'égalité mais donc au détriment de l'intérêt général : leurs bénéficiaires ne seraient pas nécessairement aptes à exercer les mandats ou les missions qui leur sont confiés.

La réalité semble démontrer le contraire. Sur les nombreuses femmes qui ont pu, grâce à ces lois, accéder à des responsabilités au sein de collectivités territoriales, beaucoup, ayant accompli leur mission avec succès, ont été réélues comme têtes de listes aux élections locales suivantes ou comme parlementaires. De même, les entreprises, contraintes par la parité d'élargir le champ de leurs recrutements, se sont enrichies de collaboratrices aux parcours rares et aux compétences solides dont elles seraient restées privées en l'état du droit antérieur. Les mêmes constats sont transposables à la fonction publique.

■ Des politiques volontaristes à l'impact positif mais insuffisant

Depuis 2000, les lois sur la parité pénalisant les partis qui ne présentent pas un nombre égal de femmes et d'hommes aux scrutins de liste, ont permis l'émergence des femmes à la tête de collectivités territoriales, ainsi qu'à l'Assemblée nationale. Jusqu'en 1997, elles étaient moins de 10 %. Elles n'étaient que 155 sous la précédente législature. Aujourd'hui, 224 députés sont des femmes, soit 38,7 % des élus du Palais Bourbon.

Dans la fonction publique, la loi Sauvadet²⁴, votée en 2012 et imposant une représentation de 40 % de personnes de même sexe dans les primo-nominations aux postes les plus élevés a abouti, pour la première fois en 2020, à la présence de 42 % de femmes dans ces recrutements.

Dans les grandes entreprises, depuis 2011, la loi Copé-Zimmermann²⁵ impose 40 % de femmes dans les conseils d'administration et conseils de surveillance des entreprises du CAC 40. À ce jour, elles sont 45 %. Dans certaines entreprises comme Engie, elles y sont devenues majoritaires et les quotas jouent désormais en faveur des hommes.

L'index Pénicaut de l'égalité professionnelle, créé en 2018²⁶, impose aux entreprises de plus de 50 salariés de publier chaque année leurs

23. Loi n° 2021-1774 du 24 décembre 2021.

24. Loi n° 2012-347 du 12 mars 2012.

25. Loi n° 2011-103 du 27 janvier 2011.

26. Loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018.

résultats en la matière, l'entreprise ayant trois ans, en cas d'écart de rémunération, pour y remédier. Par l'obligation de transparence qu'il instaure et par les sanctions qu'il peut entraîner pour l'entreprise – pouvant aller jusqu'à 1 % de la masse salariale –, il a joué le rôle d'un accélérateur.

Dans le même sens, la loi Rixain du 24 décembre 2021 a franchi de nouvelles étapes en instaurant des quotas pour les postes de direction des grandes entreprises. Son objectif est d'imposer 30 % de femmes cadres-dirigeantes et 30 % de femmes membres des instances dirigeantes en 2027, puis de porter ces quotas à 40 % en 2030. La loi améliore aussi la transparence de l'index de l'égalité femmes-hommes en entreprise : à partir de 2022, les entreprises devront rendre publics non seulement l'ensemble des indicateurs composant la note finale de l'index, mais également les mesures de correction et les objectifs de progression qu'elles se sont fixés.

Malgré la mise en place de ces dispositifs, des inégalités entre les sexes persistent. Le document « Vers l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, chiffres clés – 2021 », édité par le ministère chargé de l'Égalité entre les femmes et les hommes, de la Diversité et de l'Égalité des chances, est à cet égard éloquent.

On compte, aujourd'hui en France, seulement trois patronnes d'entreprises cotées au CAC 40, pas plus d'une dizaine au SBF 120 et moins d'un tiers de femmes à la tête des plus grandes juridictions de France. Dans presque tous les secteurs, on fait le même constat : la carrière des femmes « piétine » à partir de 35 ans.

En outre, certaines données révèlent la persistance de puissants stéréotypes, que ce soit dans l'articulation des temps de la vie, comme dans les critères de recrutement. Ainsi, 79,5 % des signataires de contrats de travail à temps partiel sont des femmes. Pendant la période de confinement, 83 % des femmes indiquent avoir passé plus de 4 heures à s'occuper quotidiennement des enfants, contre 57 % des hommes. L'analyse des critères de sélection associés au recrutement est éloquent : pour les femmes, sont notamment privilégiés la compétence, la disponibilité, le diplôme... Pour les hommes, ce sont le savoir-faire, la recommandation, la motivation...

Têtues sont aussi les inégalités salariales : les écarts de salaire entre les femmes et les hommes demeurent de 27,2 % dans le privé et de 16,4 % dans le public. Dans le secteur privé, si les femmes représentent 42 % des hauts salaires, les plus élevés de ces hauts salaires sont perçus à 92 % par des hommes. Les écarts dans les pensions de retraite sont eux aussi notables, et ce, au préjudice des femmes : - 47 % dans le secteur privé, - 20 % dans le secteur public.

Les femmes demeurent les premières victimes de la pauvreté, représentant plus de 56 % des personnes accueillies dans des structures d'aide sociale et 88 % d'entre elles ont des enfants à charge. Leur vulnérabilité est

considérée par les travailleurs sociaux comme plus grave que celle des hommes en situation similaire. Les travailleurs pauvres sont surtout des *travailleuses* pauvres, aux ressources régulières mais très faibles d'environ 600 euros par mois. 82 % des parents isolés sont des mères.

■ Des moyens de renforcement des dispositifs existants

Augmenter encore le nombre de lois sur l'égalité n'est pas une solution satisfaisante ; pour autant, il existe une marge de progression dans l'application des textes existants, et notamment dans la mise en œuvre effective des dispositifs répressifs.

► Faire de l'égalité un élément de mise en conformité des organisations de travail

L'égalité professionnelle doit devenir un réel élément de conformité de toute organisation à la législation. Cela suppose plus de transparence, de précision et de négociation collective, et le conditionnement au respect de ces obligations du versement de toute aide publique.

La transparence : les obligations de publication doivent être mieux contrôlées. L'obligation de publier des résultats chiffrés sur la répartition femmes/hommes dans les postes d'encadrement pourrait, par exemple, être élargie à toutes les entreprises soumises à l'obligation de recourir à un commissaire aux comptes. Cela pourrait avoir un effet incitateur important, conforté par le risque réputationnel pour les entreprises ne respectant pas ces obligations. Par ailleurs, alors que le fait de fixer *a minima* des objectifs chiffrés semble toujours nécessaire, sanctionner leur non-respect l'est également. La transformation des objectifs chiffrés en quotas pourrait être envisagée, en cas de stagnation de certaines données et pour des sphères particulières, mais leur fixation devait alors être accompagnée d'une évaluation régulière de leur efficacité, permettant à terme d'envisager leur disparition.

La précision est indispensable pour mettre en lumière les phénomènes de plafond de verre et les lieux enregistrant les plus grandes disparités. S'agissant de la loi Sauvadet, par exemple, la décomposition des pourcentages de nominations au sein des administrations demeure insuffisamment connue. Une clarification serait nécessaire, avec des données fournies séparément par les différents ministères et directions.

Les négociations collectives. L'index Pénicaud a concentré les efforts des entreprises et de la direction générale du travail sur la note à obtenir et sur les indicateurs pour y parvenir. Mais cet index n'est pas une fin en soi et ne doit pas être exclusif des négociations collectives sur le sujet de l'égalité professionnelle. La signature d'accords professionnels ou l'adoption de plans d'action – certes toujours obligatoires, mais dont le recensement n'existe plus et dont le chiffre a clairement diminué depuis la mise en place de l'index – pourrait se multiplier si les pénalités encourues étaient, en cas de carence, plus élevées et donc plus dissuasives. Une autre solution consisterait à mieux accompagner les entreprises dans

l'intégration de ce sujet aux négociations collectives, en créant des équipes publiques de conseil et d'accompagnement *ad hoc*.

L'éga-conditionnalité. Elle repose sur l'idée que l'argent public n'est pas neutre, et qu'il suppose, pour être octroyé, une conformité aux obligations de parité ou de mixité. C'est déjà prévu, pour certaines entreprises, par la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes²⁷, mais la conclusion d'accords d'égalité n'est que peu contrôlée. Les entreprises doivent seulement remplir une attestation sur l'honneur selon laquelle elles ont entamé des négociations. Les contrôles sont donc, ici encore, à approfondir.

PROPOSITION N° 2

Faire de l'égalité un élément de mise en conformité des organisations de travail, en durcissant les obligations de transparence, de précision et de négociation collective et en conditionnant le bénéfice d'aides publiques au respect de ces obligations.

► Appréhender l'égalité professionnelle comme un levier de modernisation des organisations

L'égalité professionnelle doit être promue comme un instrument de **modernisation des organisations** et de **bonne gouvernance**. L'introduction d'objectifs de mixité permet une réflexion collective sur l'organisation du temps de travail, sur les procédures de recrutement, sur les fiches de postes, sur le rapport à la parentalité pour les hommes comme pour les femmes, etc. La parité peut entraîner toute une série de conséquences sur le bien-être des salariés et la **lutte contre les violences sexistes et sexuelles**. L'augmentation du nombre de femmes permet de faire des violences l'un des sujets des négociations collectives, et de promouvoir, au sein des collectifs de travail, la mise en place de formations et de nouveaux systèmes de prévention et d'accompagnement des victimes.

Lutter contre les stéréotypes de genre doit aussi constituer une priorité dans la gestion des ressources humaines dans le monde du travail, qu'il s'agisse du secteur public ou privé. Cette thématique pourrait figurer parmi celles retenues au titre des formations continues obligatoires.

PROPOSITION N° 3

Promouvoir l'égalité professionnelle comme un instrument de **modernisation des organisations** et de **bonne gouvernance**.

27. Loi n° 2014-873.

► Veiller à la réparation des inégalités les plus notables dès le plus jeune âge

Favoriser, dès le primaire ou le collège, une **orientation moins stéréotypée** permettrait de rééquilibrer la répartition par sexe dans les différents types de formations, alors que les femmes sont encore beaucoup trop peu nombreuses dans les formations qui conduisent aux métiers du numérique, de l'ingénierie et de la transition énergétique, tandis qu'elles sont surreprésentées dans les métiers, par ailleurs dévalorisés, du « care » et de première ligne (professeurs des écoles, métiers du soin, de l'accueil, etc.). Pour aider à la déconstruction de ces stéréotypes intégrés dès l'enfance et pour favoriser l'apprentissage du respect de l'autre, un « **brevet de l'égalité** » (attestant du suivi de formations dédiées à la compréhension de ce qu'est le sexisme et à l'identification des situations où il s'exerce) pourrait être mis en place dès le primaire et on devrait en tenir compte dans une diversification des enseignements au collège et au lycée.

De manière plus large, c'est au sein de la société tout entière que cette démarche devrait se trouver renforcée. Sensibiliser les enfants dès le plus jeune âge, veiller à ne pas leur transmettre des schémas X plaçant les femmes dans une posture de soumission, leur apprendre à respecter l'autre dans son intégrité physique et psychique... autant d'axes autour desquels enseignements et programmes pourraient davantage s'articuler. Alors, peut-être nos enfants pourront-ils construire une société plus juste.

PROPOSITION N° 4

Mener une réflexion sur l'éducation et l'orientation afin d'en chasser les stéréotypes, proposer un brevet de l'égalité attestant du suivi de formations dédiées à la compréhension et à l'identification du sexisme.

1.2.2 Les violences sexuelles et sexistes

La convention d'Istanbul, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en 2011 et ratifiée par la France en 2014, rappelle que « *les femmes et les filles sont souvent exposées à des formes graves de violence : violence domestique, harcèlement sexuel, viol, mariage forcé, mutilations génitales... lesquelles constituent une violation grave des droits humains et un obstacle majeur à la réalisation de l'égalité entre les femmes et les hommes* ».

■ Les violences sexuelles, encore peu signalées et souvent sans réponse judiciaire

Les enquêtes de victimation menées par le ministère de l'Intérieur établissent que le nombre de personnes victimes de violences sexuelles atteint 230 000 – dont 80 % de femmes – et précisent que plus de 80 % d'entre ces victimes s'abstiennent de signaler les faits aux forces de l'ordre²⁸. Seuls 10 % des viols font l'objet d'une plainte ; parmi ces plaintes, 10 à 15 % aboutissent à une condamnation criminelle.

Autre donnée qui ne peut qu'interroger la capacité de notre système pénal à traiter de ces faits : alors que le nombre de plaintes pour viol a augmenté de 42 % en 10 ans, le nombre de condamnations pour viol a diminué de 44 %²⁹.

L'une des explications réside dans la difficulté à établir les preuves dans des affaires où, en l'absence d'éléments matériels, c'est fréquemment « parole contre parole ». La question du consentement de la victime, alors cruciale, doit être appréhendée avec soin, par des professionnels (juges et enquêteurs) formés et sensibilisés aux problématiques de l'emprise, de la sidération, du psychotraumatisme. Les investigations doivent avoir pour objet de vérifier l'existence éventuelle d'un faisceau d'indices (témoignages, captures d'écran, enregistrements...) permettant de suppléer à l'absence d'éléments matériels probants. Le système pénal ne répond pas aujourd'hui suffisamment à ces exigences.

■ Des violences au sein du couple en recrudescence et encore insuffisamment reconnues en leur spécificité

La question de l'égalité au travail est primordiale dès lors que l'émancipation de la femme procède de sa sortie du foyer. Cependant, la pandémie a causé un retour à la maison synonyme, dans beaucoup de ménages, d'un retour à une répartition inégale des tâches. En outre, et au-delà d'un simple lieu d'inégalités pour les femmes, le foyer peut constituer aussi pour elles un lieu de violences.

Pour rappel et en moyenne, on estime à 213 000 le nombre de femmes âgées de 18 à 75 ans qui, au cours d'une année, sont victimes de violences physiques ou sexuelles commises par leur conjoint ou ex-conjoint. Parmi les femmes tuées par leur conjoint (146 en 2019), 35 % ont été victimes de violences antérieures de la part de leur compagnon. Parmi ces femmes victimes, 18 % déclarent avoir déposé une plainte en gendarmerie ou en commissariat de police. En 2020, 732 condamnations pour viol, soit 42,3 % des affaires criminelles jugées ; 7 066 condamnations pour délits sexuels, soit 1,5 % environ des condamnations correctionnelles³⁰.

28. Enquêtes annuelles « Cadre de vie et sécurité », ministère de l'Intérieur

29. Infostatorbh Justice, 2018.

30. Site du ministère de la Justice – *Chiffres clés de la justice 2021*.

D'importants efforts ont cependant été réalisés depuis le Grenelle des violences conjugales³¹ organisé par le gouvernement entre septembre et novembre 2019. Le signalement peut intervenir plus tôt (dérogation au secret médical, dépôt de plainte simplifié à l'hôpital), la réponse judiciaire est plus rapide (ordonnance de protection dans les 6 jours, filières de l'urgence dans les tribunaux), les moyens de protection des victimes ont été renforcés (déploiement massif des téléphones « grave danger » et mise en place de bracelets anti-rapprochement) et le suivi des auteurs est désormais mieux assuré (centres de prise en charge, protocoles de suivi renforcé). Pour la première fois depuis 2006, le nombre de femmes tuées par leur conjoint en 2020 a été inférieur à 120, s'établissant à 102. Il apparaît néanmoins encore trop souvent que les femmes auraient pu être protégées au moment où les faits ont été commis.

■ Une justice spécialisée « violences sexuelles et sexistes »

Pour pallier les difficultés de la protection, il y a lieu, tout d'abord, de mettre en place une **procédure d'urgence efficace qui permette d'éloigner la victime** de l'auteur présumé dans des délais beaucoup plus rapides encore que ceux prévus par l'ordonnance de protection. Une réflexion sur les compétences du parquet en cette matière pourrait être menée.

L'instauration d'une justice spécialisée « violences sexuelles et sexistes » serait une mesure plus ambitieuse. Reposant sur une double spécialisation des acteurs de ce domaine et des juridictions, elle permettrait une prise en charge plus rapide des cas de violences et une baisse de la correctionnalisation des crimes de viol.

Chaque étape de la procédure pourrait être traitée par des **personnels spécialement formés** : dépôt de plainte, enquête, information judiciaire, jugement, exécution et aménagement de la peine. Cela impliquerait, bien sûr, une spécialisation des enquêteurs, des procureurs, des juges d'instruction, des juges correctionnels, des présidents des cours criminelles et d'assises, des juges de l'application des peines et des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation.

Dans les juridictions les plus modestes, au sein desquelles un magistrat ne peut, à temps plein, exercer une spécialisation « violences sexuelles et sexistes », il conviendrait que les dossiers s'y rapportant soient quand même traités par des magistrats expressément désignés à cet effet et ayant reçu une formation *ad hoc*.

Le **jugement des violences** donnerait lieu à des audiences correctionnelles dédiées. En matière criminelle, les cours d'assises seraient spécialisées et les magistrats y siégeant, formés à ces fins. Les cours criminelles départementales, jugeant principalement des viols,

31. Site du ministère de la Justice : [Violences faites aux femmes #NeRienLaisserPasser](#), 25 novembre 2021

seraient composées de manière mixte, avec à la fois des magistrats professionnels spécialement formés et des personnes qualifiées. Une meilleure prise en considération de la spécificité de la matière et des espèces s'en trouverait rendue possible ; de par leur expérience et leur compétence dans la prise en charge des victimes de violences sexuelles et sexistes, psychiatres, membres du Haut conseil à l'égalité femmes-hommes, travailleurs sociaux et autres contribueraient ensemble à une justice plus efficace, plus adaptée et finalement transversale.

PROPOSITION N° 5

Mieux protéger les femmes victimes de violences sexuelles et sexistes, par la mise en place d'une **procédure d'urgence efficace** pour éloigner rapidement la victime de l'auteur présumé et par l'institution d'une **justice spécialisée « violences sexuelles et sexistes »**.

En voulant tendre à une égalité plus effective entre les femmes et les hommes, on ouvre de nombreuses voies à partir desquelles on peut construire des changements organisationnels profonds et susciter des avancées législatives notables laissant entrevoir, pour chacune et chacun d'entre nous, une amélioration de son quotidien comme de son avenir professionnel. Il est souhaitable que l'égalité professionnelle se construise avec l'ensemble des forces vives des institutions et des entreprises.

Il importerait aussi que la société reconnaisse, davantage encore, les violences faites aux femmes comme des atteintes à l'humanité tout entière et les traite à la hauteur de leur gravité. C'est une vie meilleure que l'accession des femmes à l'égalité avec les hommes peut nous promettre, à toutes et à tous. C'est aussi un plus grand respect de la dignité humaine qu'elle nous garantirait.

2

**SUR
L'ENVIRONNEMENT
ET
LA TRANSITION
ÉNERGÉTIQUE**

2.1 LE CONSTAT D'UN DÉCALAGE ENTRE L'AMPLEUR DE LA CRISE ÉCOLOGIQUE ET L'IMPUISSANCE DES POUVOIRS PUBLICS

L'humanité fait face à une triple crise planétaire sans précédent : changement climatique, perte de biodiversité et pollution globale. Au rythme actuel, la cible des 1,5 °C de l'Accord de Paris pourrait être dépassée à partir de 2030³². Les dernières statistiques de l'UICN révèlent que plus de 40 000 espèces sont menacées d'extinction, dont 41 % des amphibiens, 37 % des requins et des raies, 34 % des conifères, 33 % des récifs coralliens, 26 % des mammifères et 13 % des oiseaux³³. La pollution de l'air, à elle seule, est responsable en France d'au moins 40 000 décès par an, soit 7 % de la mortalité totale de la population française³⁴.

Ces résultats reflètent essentiellement un échec des politiques publiques. C'est notamment le cas en matière de biodiversité, où aucun des « 20 objectifs d'Aichi », fixés en 2010 lors d'une COP au Japon, n'a été atteint³⁵. En matière de climat, la situation est résumée de façon éloquente par l'émotion du président de la COP 26, le ministre britannique Alok Sharma qui, lors de la cérémonie de clôture de la conférence, les larmes aux yeux, a présenté ses excuses pour la faiblesse des résultats.

Le droit est un élément essentiel de la réponse urgente et nécessaire.

D'une part, le droit international de l'environnement se caractérise par une fragmentation en de nombreuses conventions internationales en matière de biodiversité, de changement climatique, de pollution en mer, de substances dangereuses, etc.

32. GIEC, 2018 : Résumé à l'intention des décideurs, Réchauffement planétaire de 1,5 °C, Rapport spécial du GIEC sur les conséquences d'un réchauffement planétaire de 1,5 °C par rapport aux niveaux préindustriels et les trajectoires associées d'émissions mondiales de gaz à effet de serre, dans le contexte du renforcement de la parade mondiale au changement climatique, du développement durable et de la lutte contre la pauvreté [Publié sous la direction de V. Masson-Delmotte, P. Zhai, H. O. Pörtner, D. Roberts, J. Skea, P.R. Shukla, A. Pirani, W. Moufouma-Okia, C. Péan, R. Pidcock, S. Connors, J. B. R. Matthews, Y. Chen, X. Zhou, M. I. Gomis, E. Lonnoy, T. Maycock, M. Tignor et T. Waterfield]. Organisation météorologique mondiale, Genève, Suisse, 32 p.

33. Liste rouge de l'UICN, mise à jour au 9 décembre 2021.

34. Medina S., Adélaïde L., Wagner V., de Crouy Chanel P., Real E., Colette A., Couvidat F., et al. Impact de pollution de l'air ambiant sur la mortalité en France métropolitaine. Réduction en lien avec le confinement du printemps 2020 et nouvelles données sur le poids total pour la période 2016-2019. Saint-Maurice : Santé publique France, 2021. 63 p.

35. Green, Elizabeth J., Graeme M. Buchanan, Stuart HM Butchart, Georgina M. Chandler, Neil D. Burgess, Samantha LL Hill, and Richard D. Gregory. "Relating characteristics of global biodiversity targets to reported progress." *Conservation Biology* 33, no. 6 (2019): 1360-1369.

D'autre part, les politiques publiques nationales en matière d'environnement sont très insuffisantes. En France, le constat fait par le Conseil d'État dans l'affaire *Commune de Grande-Synthe*, le 1^{er} juillet 2021, indique clairement que les mesures actuellement en vigueur ne permettraient pas d'atteindre l'objectif de diminution de 40 % des émissions de gaz à effet de serre fixé pour 2030³⁶. D'autant plus que cet objectif de réduction des émissions de gaz vient d'être porté à l'échelle européenne à une diminution de 55 % d'ici 2030 !

Alors même que la réduction n'a été que de 20 % en 30 ans, entre 1990 et 2020, il reste donc à réaliser 35 % en moins de 10 ans... Dans la décision *Commune de Grande-Synthe*, le rapporteur public prenait l'image d'un coureur de marathon à qui on demanderait, à mi-parcours, de courir trois fois plus vite...

On mesure ainsi l'ampleur de la transition qu'il reste à réaliser dans les prochaines années.

2.2 DIAGNOSTIC ET AXE D'ACTION

2.2.1 Diagnostic : le poids insuffisant de l'intérêt environnemental dans la prise de décision politique et économique

Les constats sont connus de tous. Les actions à engager également. Pléthore de catalogues d'actions ont déjà été élaborés par le passé, qu'il s'agisse de la protection de la biodiversité ou de la lutte contre le réchauffement climatique. La question n'est plus tant de savoir quelles sont les actions à mener pour enrayer la crise, mais plutôt comment parvenir à les mettre en œuvre.

Une partie de l'impuissance des politiques publiques s'explique par le décalage temporel entre l'horizon de court terme des décideurs et les exigences de long terme de l'action en matière d'environnement. Selon la formule de Mark Carney, les décideurs politiques et économiques sont enfermés dans une véritable « tragédie des horizons »³⁷. Les premiers sont limités dans leur action par les échéances électorales ; les seconds sont évalués sur la base des profits semestriels, sous la vigilance des marchés financiers. L'ampleur des mesures requises pour conduire une véritable transition fait peser un risque d'impopularité pour les uns, ou de baisse du cours de l'action pour les autres. Or, le temps manque.

36. Par rapport au niveau atteint en 1990. Conseil d'État, 1^{er} juillet 2021, n° 427301, Commune de Grande-Synthe.

37. L'expression trouve son origine dans un discours prononcé par Mark Carney, gouverneur de la Banque d'Angleterre, intitulé « Briser la tragédie de l'horizon – changement climatique et stabilité financière », à Lloyd's of London, 29 septembre 2015.

La décennie qui s'ouvre, et donc le prochain quinquennat, seront cruciaux pour notre environnement. Plusieurs clubs de réflexion ont déjà demandé aux candidats à l'élection présidentielle de rendre public leur programme d'investissement pour le climat pour le quinquennat 2022-2027 et au-delà³⁸.

Les mécanismes de décision actuels ne permettent pas de donner à l'enjeu environnemental toute la place qu'il mérite. L'incapacité à répondre adéquatement à la crise écologique s'explique, en grande partie, par le fait que l'intérêt de la protection de la nature n'est pas suffisamment intégré à la prise de décision. Ce constat concerne à la fois les politiques publiques, les décisions des entreprises et les choix des ménages.

Plus généralement, les enjeux de long terme, et pas seulement ceux de l'environnement, ne sont pas pris en compte par les décideurs.

2.2.2 Axe d'action : des réformes structurelles, pour faire de la protection de l'environnement un élément majeur de toute décision politique ou économique

Pour toutes ces raisons, ce rapport ne cherchera pas à dresser un inventaire d'actions à engager. Ses propositions ne viseront pas à donner des solutions ponctuelles, mais à améliorer de façon structurelle la gouvernance – publique comme privée, afin de donner plus de poids à l'intérêt environnemental. En créant une obligation procédurale de prise en considération de l'intérêt environnemental à tous les échelons, dans toutes les décisions, publiques et privées.

2.2.3 Propositions

La consécration de l'objectif en matière de climat dans la Constitution demeure hautement souhaitable (1) ; cela passe par la création d'un poste de « Défenseur de l'environnement » (2) ; le renforcement du rôle des directeurs RSE et développement durable dans les grands ministères (3) ; et dans les entreprises (4) ; des mesures destinées à influencer les décisions des agents (5). Enfin, le rôle de l'éducation et de la formation paraît également essentiel (6).

38. Nicolas Berghmans, Lola Vallejo (Iddri), Benoît Leguet, Erwann Kerrand (I4CE), Andreas Eisl, Phuc-Vinh Nguyen, Thomas Pellerin-Carlin (Institut Jacques Delors), Xavier Timbeau (OFCE), « Climat : quels investissements pour le prochain quinquennat ? Pour une programmation pluriannuelle des investissements publics », décembre 2021.

■ L'intégration dans la Constitution d'une « règle d'or climatique »

On ne peut prétendre faire de la lutte contre la crise climatique un enjeu majeur pour nos sociétés et s'abstenir de le mentionner dans notre loi fondamentale. À ce jour, les notions même de « climat » ou de « politique climatique » ne figurent ni dans le texte même de la Constitution, ni même dans la Charte de l'environnement, alors qu'est longuement évoqué le principe de précaution. Cette lacune est regrettable. Le projet de révision constitutionnelle visant à compléter l'article 1^{er} de la Constitution sur ce point a échoué en raison d'un débat sémantique, certains craignant de faire peser sur les pouvoirs publics une obligation trop lourde³⁹. Paradoxalement, d'autres soutenaient au contraire que la révision était inutile, au motif que la Charte de l'environnement traitait déjà implicitement de la question, pour peu que le juge choisisse d'interpréter ses termes de façon constructive afin d'y ajouter le climat.

Dans son principe même, une telle révision constitutionnelle reste hautement souhaitable. D'une part, pour des raisons de sécurité juridique, il est toujours préférable que les textes soient aussi clairs que possible, et que le constituant assume sa responsabilité, sans s'en remettre au juge. D'autre part, la fonction même d'une Constitution est de *sanctuariser* certaines valeurs, afin de les mettre à l'abri des changements conjoncturels de majorité. Par analogie, l'abolition de la peine de mort, après avoir été introduite par la loi en 1981, a été inscrite dans la Constitution en 2005. L'exemple des politiques conduites par Donald Trump montre que nul pays n'est à l'abri d'un risque de régression, notamment dans le domaine de la protection de l'environnement. Compte tenu de l'importance de cet enjeu en ce début de XXI^e siècle, la protection du climat a toute sa place dans notre Constitution.

On pourrait penser à protéger constitutionnellement la participation de la France à l'Accord de Paris. Il n'est, en effet, pas inhabituel de faire référence à des conventions internationales dans la Constitution. L'article 88-1 de la Constitution se réfère explicitement au choix de la France d'exercer certaines de ses compétences « *en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007* ». Le paragraphe 14 du préambule de la Constitution de 1946 mentionne également le respect par la France des « *règles du droit public international* », ce qui a notamment permis au juge d'invoquer le respect de normes issues de la coutume internationale, comme le principe de *pacta sunt servanda*. Néanmoins, à l'examen des avantages et des écueils de cette proposition, il apparaît préférable de ne pas élargir le champ d'une éventuelle révision constitutionnelle à l'intégration de l'Accord de Paris. Ce dernier étant amené à évoluer au fil des COP, sa constitutionnalisation pourrait mener à intégrer des exigences encore incertaines, et porter atteinte au principe de sécurité juridique.

39. Le Sénat s'inquiétait de ce que l'emploi du verbe « garantir » risquerait d'aboutir à une obligation de résultat pour les pouvoirs publics.

Sans rentrer dans une querelle sémantique, il devrait être possible de s'entendre sur la nécessité de **consacrer une obligation constitutionnelle d'action des pouvoirs publics contre le changement climatique et de protection de la biodiversité**. Cette obligation serait destinée principalement aux pouvoirs publics, en vue de donner une base constitutionnelle à l'exigence de prise en compte de la protection du climat dans l'ensemble des politiques publiques.

À l'image des constitutions instituant certaines « règles d'or » dans des domaines particulièrement importants pour la Nation, cette règle assignerait un objectif clair de politique publique.

Il ne s'agira bien évidemment pas de faire primer la protection de l'environnement d'une façon générale et absolue. L'inscription de la protection du climat, et plus généralement de l'environnement, dans la Constitution n'établirait donc pas une primauté absolue de cette exigence par rapport aux autres principes constitutionnels. On ne préconise pas, ici, l'instauration d'un principe « *in dubio pro natura* », qui consiste à accorder la primauté absolue à l'intérêt de la protection de l'environnement sur tous les autres intérêts. La protection de l'environnement doit être conciliée, au cas par cas, avec d'autres considérations d'ordre économique et social. Comme le fait l'article 6 de la Charte de l'environnement, qui dispose que les politiques publiques « *concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social.* »

Toute atteinte à l'environnement, et en particulier au climat, devrait être dûment justifiée par un impératif majeur. On pourrait imaginer aller plus loin en inscrivant dans la Constitution elle-même une règle guidant la balance des intérêts : il pourrait ainsi, en substance, être retenu que tout acte législatif ou réglementaire ayant un impact significatif sur l'environnement devra démontrer son absence de nocivité irréversible à l'égard des générations futures.

Cette exigence de fond pourrait, par ailleurs, être accompagnée d'une obligation procédurale de réalisation d'une étude d'impact circonstanciée. Certes, à l'heure actuelle, la loi organique du 15 avril 2009⁴⁰ prévoit déjà que les études d'impact qui doivent obligatoirement être réalisées avant tout projet de loi comportent « l'évaluation des conséquences économiques, financières, sociales et environnementales ». Mais cette obligation reste souvent très formelle et n'est prévue que dans une loi organique. L'impact sur l'environnement étant un sujet majeur, il ne serait pas illégitime d'inscrire dans la Constitution l'obligation de réaliser cette étude d'impact environnemental préalablement à tout projet de texte.

40. Loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009.

PROPOSITION N° 6

Intégrer dans la Constitution une « règle d'or climatique », afin de consacrer une obligation constitutionnelle d'action des pouvoirs publics contre le changement climatique, laquelle obligation devra être conciliée, au cas par cas, avec les autres considérations d'intérêt général, d'ordre économique et social. Plus généralement : **tout acte législatif ou réglementaire ayant un impact significatif sur l'environnement devra démontrer son absence de nocivité irréversible à l'égard des générations futures.**

■ La création d'un « Défenseur de l'environnement »

Les intérêts de la nature sont mal représentés devant la justice. Le rapport de la commission « environnement » du Club des juristes de 2012, « Mieux réparer le dommage environnemental »⁴¹, proposait un triple test pour désigner la partie habilitée à porter l'intérêt environnemental :

- le test de la légitimité (qui est suffisamment légitime pour porter cet intérêt au nom de toute la société ?) ;
- le test de la spécialité (qui, eu égard au risque d'arbitrages d'intérêts, est suffisamment spécialisé pour ne pas devoir internaliser un arbitrage préalable entre protection de la nature et d'autres objectifs tels que le développement économique ?) ;
- et le test de la technicité (qui dispose des compétences requises, sous l'angle à la fois scientifique et juridique, pour défendre au mieux la nature ?).

Or, aucune institution existante, publique ou privée, ne répond totalement à cette triple exigence. Les autorités publiques à compétence générale, telles que le préfet ou les collectivités territoriales, répondent bien au critère de la légitimité, mais sont parfois conduites à arbitrer entre différentes politiques publiques, ce qui peut les amener à faire prévaloir les nécessités du développement économique ou les enjeux sociaux sur l'intérêt de la protection de la nature. Il en va de même du parquet, soumis au principe de l'opportunité des poursuites. Les associations font souvent preuve d'expertise scientifique, mais n'ont pas toujours la légitimité suffisante pour porter une action au nom de toute la société. En outre, malgré leur bonne volonté, elles manquent souvent de moyens et de compétence juridique, notamment face à leurs contradicteurs du secteur privé, ce qui pose un problème d'inégalité des armes.

La création d'un Défenseur de l'environnement permettrait de répondre à cette lacune. Celui-ci serait une autorité publique indépendante

41. Commission environnement du Club des juristes, Rapport intitulé « Mieux réparer le dommage environnemental », janvier 2012. Disponible sur le site du Club des juristes.

spécialisée, au service exclusif de la protection de la nature. Cette caractéristique lui permettrait d'être à la fois fort, en ayant une mission d'incarnation de la protection de l'environnement, compétent d'un point de vue technique, et impartial – puisque n'ayant pas à effectuer d'arbitrage entre des intérêts contradictoires.

On observera, à cet égard, que la figure du « défenseur » tend à se développer, à l'image du Défenseur des droits en France, ou du Defensor del Pueblo en Espagne. Une telle institution sert de verrou additionnel à la garantie des droits des citoyens. Veillant à l'application de la norme par les organes de l'État, il occupe une place spécifique, distincte de celle du juge. Il donne corps tant à l'article 15 de la Déclaration de 1789, qui dispose que « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* », qu'à l'article 16 de la même Déclaration, selon lequel « *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* ». Loin d'agir comme un organe politique, la fonction d'un Défenseur de l'environnement serait de veiller à l'application du droit existant par l'administration et à représenter la nature, notamment devant les juridictions.

Le Défenseur de l'environnement devrait être une **nouvelle autorité, autonome et distincte**, notamment du Défenseur des droits. Il ne devra pas être intégré au sein d'une institution existante – comme le proposent d'ailleurs toutes les autorités qui ont déjà réfléchi à cette proposition (voir, notamment, le rapport parlementaire Muschotti, prolongement de la convention citoyenne pour le climat). En effet, les questions environnementales nécessitent un savoir-faire technique que ne possède aucune institution existante. En outre, cette autonomie lui permettrait de répondre à une exigence de spécialité qui pourrait être mise à mal dans une institution généraliste où des arbitrages pourraient se faire au détriment de la protection de l'environnement.

Le Défenseur de l'environnement pourrait regrouper plusieurs institutions existantes. Le rapport parlementaire Muschotti évoque notamment la possibilité d'y intégrer la Commission nationale du débat public (CNDP), la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement (cnDAspe), ou encore l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA). Ces dernières pourraient fonctionner comme « collèges » sous l'autorité du Défenseur de l'environnement. En effet, l'expérience du Défenseur des droits révèle qu'une telle autorité peut être représentée par la personne du Défenseur, tout en reposant sur un mode de fonctionnement collégial. Ainsi, loin de constituer une charge supplémentaire, le Défenseur de l'environnement permettrait de regrouper et de rationaliser des institutions existantes.

Cette autorité devrait être confiée à une **forte personnalité politique et dotée de moyens et de pouvoirs conséquents**. Elle pourrait être saisie par les associations, collectivités territoriales et autres acteurs de terrain. Elle devrait disposer du droit d'agir en justice, soit directement (par exemple pour conduire une action en réparation du préjudice

écologique), soit dans un rôle *d'amicus curiae* devant les juridictions (à l'instar de la possibilité d'intervention du Défenseur des droits devant la Cour européenne des droits de l'homme à Strasbourg). Il faudrait également lui donner le droit de signaler au parquet la commission alléguée d'infractions au code de l'environnement. L'efficacité de ce signalement pourrait être renforcée par l'obligation pour le parquet d'indiquer de façon précise et motivée, dans un délai de six mois, la suite qui lui a été donnée. Comme pour de nombreuses autres autorités administratives indépendantes, il conviendrait, par ailleurs, d'attribuer à ce Défenseur de l'environnement des pouvoirs d'enquête et d'investigation. Des pouvoirs de recommandations et d'avis devraient lui être accordés pour renforcer la visibilité et l'efficacité de son action.

Cette autorité doit bénéficier d'un **réseau de correspondants** dans les ministères et les entreprises : les délégués à la protection de l'environnement (DPE), dont la mission est exposée plus loin. En effet, le risque de marginalisation de ces correspondants serait réduit s'ils étaient reliés à une autorité supérieure.

Cette institution aurait naturellement sa place dans la Constitution.

Tel est déjà le cas du Défenseur des droits, qui dispose d'un statut constitutionnel. Un tel statut permettrait de mettre le Défenseur à l'abri des changements conjoncturels de majorité politique. Cet ancrage constitutionnel marquerait l'importance de cette nouvelle institution et lui permettrait de s'inscrire dans le temps long.

Le Défenseur de l'environnement pourrait en particulier conduire des réflexions sur les notions de « droits » accordés à la nature, ou de personnalité morale octroyée à certains éléments naturels. Le débat en France n'est pas encore, pour certains, assez mûr pour proposer une telle évolution du droit positif, tant ces notions sont en contradiction frontale avec certains concepts de base du droit français. Peut-être est-il tout de même possible d'expérimenter l'attribution de la personnalité morale à une composante de la nature en danger, permettant au Défenseur de l'environnement de défendre ses droits en justice sur les modèles équatorien ou colombien.

PROPOSITION N° 7

Créer un défenseur de l'environnement, autorité publique indépendante spécialisée au service exclusif de la protection de la nature, autonome et distincte notamment du Défenseur des droits. Cette autorité devrait être confiée **à une forte personnalité politique et dotée de moyens et de pouvoirs conséquents**. Elle pourrait être saisie par les associations, collectivités territoriales et autres acteurs de terrain. Elle devrait disposer du droit d'agir en justice, et du droit de signaler au parquet la commission alléguée d'infractions au Code de l'environnement. Cette institution aurait naturellement sa place dans la Constitution.

■ Dans les grands ministères : la création de directions de la transition écologique

Parce qu'elle est éminemment transversale, la conduite de la transition écologique doit être inscrite au cœur de chacune des politiques publiques. Même en dehors du ministère chargé de l'Environnement, chaque administration participe à sa mise en œuvre.

Or, alors que toutes les grandes entreprises disposent désormais d'une direction « RSE » ou « développement durable », une telle fonction n'a quasiment pas d'équivalent dans les ministères. On a pu ainsi observer des difficultés pour décliner, dans chaque ministère, la stratégie nationale bas-carbone. Cette observation a récemment été corroborée par un avis du Haut Conseil pour le climat. Ce dernier a en effet souligné la faiblesse des plans climat des ministères, dont l'établissement avait pourtant été ordonné par le Premier ministre⁴².

Certes, une fonction de haut fonctionnaire au développement durable a été instituée en 2003⁴³. Théoriquement, ces hauts fonctionnaires préparent la contribution de chaque ministère à la stratégie nationale de développement durable et coordonnent ensuite l'élaboration des plans d'actions correspondants. Par ailleurs, ils sont réunis au sein d'un comité, présidé par un délégué interministériel, fonction actuellement remplie par le Commissaire général au développement durable. Toutefois, ce dispositif, tout louable qu'il soit, demeure limité. La fonction n'est souvent remplie qu'à titre accessoire, par une personne chargée d'autres missions. Elle n'est pas dotée de véritables services.

Il est ainsi proposé d'**instaurer, dans chaque grand ministère, une véritable « direction de la transition écologique »**, dotée de moyens adéquats et associée à la conduite des politiques du ministère. Tous les ministères disposent d'une direction juridique et d'une direction du budget, qui correspondent aux deux grandes fonctions support que sont le droit et le budget. Il convient de compléter ce binôme et de constituer un triptyque, avec un directeur de la transition écologique.

Cette direction aurait pour responsabilité principale d'opérer un véritable **pilotage de la stratégie environnementale française au sein des grands ministères**. Les défaillances du dispositif actuel ayant été largement exposées par l'avis du Haut Conseil pour le climat, il semblerait peu réaliste d'estimer pouvoir remplir les engagements climatiques de l'État sans en améliorer les assises institutionnelles. S'appuyant sur les réflexions récentes relatives au « *Green Budgeting* »⁴⁴, cette direction pourrait veiller au respect d'un « budget carbone » qui serait propre à

42. Haut Conseil pour le climat, avis portant sur les plans climat des ministères, décembre 2020, page 4, résumé exécutif : « *Le cadrage des plans demeure très proche des actions et des contours institutionnels existants, favorisant ainsi le statu quo. En conséquence, les premiers plans climat relèvent davantage d'un recensement des mesures déjà existantes ou prévues, plutôt que d'un outil de pilotage de la stratégie climatique française.* »

43. Décret du 21 février 2003 aujourd'hui codifié à l'article D. 134-11 du Code de l'environnement.

44. Voir, notamment, le rapport intitulé « *Green Budgeting : proposition de méthode pour une budgétisation environnementale* », <https://www.economie.gouv.fr/rapport-igf-budget-vert> rédigé notamment par l'Inspection des finances, septembre 2019.

chaque ministère. Elle pourrait ainsi disposer d'un pouvoir de visa pour s'assurer que les mesures et politiques envisagées soient en cohérence avec ce budget, comme le fait déjà le contrôleur financier pour le budget monétaire. Les ministères ou départements dont les efforts seraient insuffisants pourraient faire l'objet d'observations motivées au Journal officiel. De surcroît, cette direction pourrait contribuer à la rédaction des études d'impact requises pour les projets de textes ayant une incidence sur l'environnement. Finalement, elle pourrait jouer le rôle d'un correspondant du Défenseur de l'environnement (voir les développements sur ce sujet). Pourrait chapeauter l'édifice un secrétariat général, qui serait rattaché soit au ministère de la Transition écologique, soit au ministère de l'Économie et des Finances.

PROPOSITION N° 8

Instituer dans chaque grand ministère une **direction de la transition** écologique, ayant pour responsabilité principale d'opérer un véritable pilotage de la stratégie environnementale française. Cette direction pourrait disposer d'un pouvoir de visa pour s'assurer que les mesures et politiques envisagées sont en cohérence avec un « budget carbone » propre à chaque ministère.

■ Dans les entreprises : le renforcement du rôle des directeurs RSE et l'institution des « délégués à la protection de l'environnement »

Dans un monde où des règles environnementales de plus en plus strictes vont inévitablement s'imposer aux entreprises – c'est une donnée de départ incontournable –, il devient impératif pour les entreprises de s'assurer que tout le monde « joue le jeu ». Les mesures proposées devraient permettre de mieux respecter le principe d'égalité de concurrence entre les entreprises.

L'exigence de concurrence non faussée entre les acteurs économiques (« *level playing field* ») doit donc conduire non seulement à l'existence de règles communes, mais aussi, et même surtout, à des mécanismes de contrôle qui permettent de s'assurer du respect de ces règles. À l'heure des engagements de réduction d'émission de gaz à effet de serre, des mécanismes institutionnels devraient empêcher de satisfaire à des objectifs de façon fictive ou cosmétique.

Plusieurs mesures pourraient être suggérées pour renforcer la prise en compte de l'environnement dans la gouvernance de l'entreprise. La loi « Pacte » du 22 mai 2019 a entamé un changement en ce sens : le nouvel article 1833 du Code civil dispose ainsi qu'outre son objectif économique, l'entreprise doit être gérée « *en prenant en considération les*

enjeux sociaux et environnementaux de son activité »⁴⁵. Il faudrait aller plus loin que la loi PACTE de 2019, en enjoignant à toutes les entreprises de publier chaque année, et en toute transparence, leurs progrès en la matière, sauf à se résoudre à ce qu'il ne s'agisse que de marketing pour elles, sans véritable effet sur le réel... (à cet égard, voir les travaux en cours à la section 4.1.3.2 du rapport).

Reste à savoir si la gouvernance des entreprises permet de remplir réellement cet objectif.

Il convient tout d'abord de réitérer la recommandation développée, plus loin dans ce rapport, au sujet de l'attractivité : il faut pousser la réflexion sur le développement d'un **système de comptabilisation pondérée à l'impact social et écologique**.

Dans le même esprit, l'enjeu environnemental pourrait sans doute être mieux pris en compte dans le processus de décision des organes dirigeants. Une réponse pourrait être l'institution de « **délégués à la protection de l'environnement** ». En lien avec la proposition d'un Défenseur de l'environnement, cette idée puise son inspiration dans le système créé par le RGPD. Ce dernier repose sur un réseau de correspondants de la CNIL dans chaque entreprise, le « délégué à la protection des données », ou DPO, qui est le véritable « chef d'orchestre de la conformité en matière de protection des données au sein de son organisme », comme l'indique la CNIL sur son site internet⁴⁶. Il faut à tout prix assurer l'indépendance, comme pour le DPO, du délégué à la protection de l'environnement et sa protection – l'entreprise ne doit pas pouvoir le licencier ou le pénaliser pour l'exercice de ses missions.

Les correspondants du Défenseur de l'environnement pourraient être les équivalents de ces correspondants pour les enjeux environnementaux – lesquels méritent autant d'attention que les enjeux des données personnelles. À l'heure où les entreprises responsables se soucient de plus en plus de leur conformité environnementale, un tel « délégué à l'environnement » pourrait être un atout précieux. Plusieurs variantes sont concevables autour de cette proposition : le délégué pourrait être mis en place de manière autonome ou être intégré dans le dispositif du Défenseur de l'environnement ; sa création pourrait conduire à l'institution d'un organe nouveau ou au renforcement du rôle des responsables « développement durable » ou RSE au sein des entreprises.

En outre, les entreprises étant de plus en plus invitées à garantir « l'acceptabilité sociale »⁴⁷ de leurs projets, cette démarche pourrait être facilitée, par exemple, par la création de **commissions spécialisées**

45. Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises.

46. [Site internet de la CNIL](#). Sur la définition du rôle du délégué à la protection des données (DPO), voir notamment les articles 37 à 39 du Règlement général sur la protection des données (RGPD) pour le volet européen. En droit français, Décret n° 2019-536 du 29 mai 2019 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

47. Cette notion, inspirée du concept anglo-saxon de « *social license to operate* (SLO) », est amenée à se développer en France de par le développement des normes RSE.

– au cas par cas lorsque cela (i) paraît approprié au vu des enjeux et (ii) n'est pas déjà couvert dans le reste de l'organisation de la gouvernance. Ces commissions pourraient être composées d'experts, d'associations de défense de l'environnement et de parties prenantes locales, composition qui serait amenée à varier selon les projets. Ces comités pourraient être supervisés par le conseil d'administration, qui est l'organe le mieux à même de faire la synthèse de l'intérêt social de la société. Leur consultation, qui pourrait être rendue obligatoire dans le cadre de décisions ayant un impact significatif sur l'environnement, permettrait de mieux prendre en compte les intérêts de la nature. Ce système bénéficierait également à l'entreprise en ce qu'il l'aiderait à mesurer l'impact réputationnel d'un projet. Plus fondamentalement, il permettrait à l'entreprise de s'ancrer plus profondément dans l'environnement multidimensionnel concerné par ses décisions.

PROPOSITION N° 9

Dans les entreprises, **favoriser une gouvernance conforme aux enjeux environnementaux**, et ce, de manière générale pour éviter de fausser la concurrence, en accroissant la réflexion sur le développement d'éléments dans la comptabilité pondérés à l'impact social et écologique, et renforcer le rôle des directeurs RSE et/ou instituer des « délégués à la protection de l'environnement » sur le modèle du délégué à la protection des données.

■ Renforcer la fiscalité environnementale pour orienter les décisions économiques

La fiscalité environnementale – ou encore fiscalité écologique ou verte – désigne des impôts qui frappent des comportements ayant des incidences négatives pour l'environnement dans le but de les réduire et réciproquement, et qui encouragent les comportements vertueux.

Cette fiscalité constitue l'une des concrétisations législatives possibles de l'aspect préventif du principe pollueur-payeur inscrit à l'article 3 de la Charte de l'environnement et selon lequel « *toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences* ». Elle est d'ailleurs envisagée expressément par la loi comme l'un des moyens de la politique énergétique de la France, le 4° de l'article L. 100-2 du Code de l'environnement prescrivant à l'État, pour atteindre les objectifs de cette politique, de « *procéder à un élargissement progressif de la part carbone, assise sur le contenu en carbone fossile, dans les taxes intérieures de consommation sur les énergies, cette augmentation étant compensée, à due concurrence, par un allègement de la fiscalité pesant sur d'autres produits, travaux ou revenus* ».

L'encadrement constitutionnel de la fiscalité environnementale, qui découle pour l'essentiel de la combinaison des principes d'égalité

devant la loi et devant les charges publiques⁴⁸, n'est pas un obstacle. En résulte surtout, outre l'interdiction des ruptures caractérisées d'égalité (interdiction des impositions confiscatoires), l'exigence d'une adéquation entre la différence de traitement induite par l'impôt et ses objectifs d'intérêt général : d'une part, l'impôt ne doit pas exclure les contribuables qui, au regard de son objet, devraient y être assujettis⁴⁹, d'autre part, et dès lors qu'il prétend à orienter les comportements, sa portée rétroactive ne doit pas remonter au-delà du dépôt de sa proposition sur le bureau de l'une des Chambres⁵⁰. Il s'agit donc, à tout prendre, moins de contraintes véritables que de garanties d'efficacité.

Il en va de même de son encadrement par le droit de l'Union européenne. Le régime européen des aides d'État est surtout susceptible d'interférer avec la fiscalité environnementale en tant qu'il encadre l'affectation du produit des taxes. Quant à l'interdiction des mesures discriminatoires, elle interdit seulement les dispositifs fiscaux qui, sous couvert d'écologie, permettraient de privilégier directement ou indirectement des produits nationaux.⁵¹

Cependant, comme pour tout instrument transparent d'internalisation du coût du carbone, l'acceptabilité sociale de la fiscalité environnementale est souvent moins bonne que celle des instruments qui agissent de façon indirecte. Les raisons en sont complexes et plurielles, mais l'on peut citer précisément le fait que la fiscalité est transparente, qu'elle est perçue comme plus injuste, ou que son efficacité pour réduire les émissions est mal comprise. D'ailleurs, la fiscalité environnementale souffre particulièrement, dans l'opinion, de ce qui fait son efficacité : à la différence des impôts de rendement, qui recherchent l'assiette la plus large et le taux le plus faible afin de limiter leurs effets distorsifs sur les échanges, les structures et les ressources, les taxes à visée comportementale, et en particulier les taxes écologiques, se caractérisent par nature par une assiette étroite et un taux élevé.

Un autre obstacle majeur auquel se heurte la fiscalité environnementale est que, comme toutes politiques climatiques à des degrés divers, elle est régressive, au sens où elle est susceptible de peser davantage sur les ménages les plus défavorisés. La taxe carbone pourrait être davantage acceptée si elle était compensée par la réduction d'une autre taxe régressive telle que la TVA : cela aurait un impact certainement positif puisque les consommateurs pourraient alors s'orienter vers les produits moins polluants pour un panier de consommation d'une

48. Art. 6 et 13 de la Déclaration de 1789.

49. Si la « contribution carbone » instaurée par la loi de finances pour 2010 a été censurée par le Conseil constitutionnel, c'est parce que, alors qu'elle poursuivait l'objectif « de réduire significativement les émissions de gaz à effet de serre », 93 % des émissions de dioxyde de carbone d'origine industrielle hors carburant se trouvaient totalement exonérées, que les activités assujetties représentaient moins de la moitié de la totalité des émissions de gaz à effet de serre, et qu'elle n'était appelée à porter essentiellement que sur les carburants et les produits de chauffage qui ne sont que l'une des sources d'émission de dioxyde de carbone. Cf. Cons. const., décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, § 80 et suivants.

50. Cf. mutatis mutandis, Conseil constitutionnel, décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, § 20.

51. Sur tous ces sujets, C. Beaufils, *Le cadre juridique de la fiscalité environnementale : Rapp. particulier n° 2 de la Cour des comptes*, févr. 2019.

même valeur. Cette fiscalité est aussi susceptible d'avoir des effets très différents en fonction de la localisation géographique des ménages (villes denses, habitat périurbain, monde rural) et de leurs équipements en matière de transport et de chauffage. Faire accepter la politique climatique par la fiscalité et la rendre juste suppose de corriger ces effets indésirables.

Comme les marchés de permis d'émissions (quand les permis sont vendus et non donnés gratuitement), **la fiscalité environnementale peut procurer à l'État des recettes supplémentaires**. En pratique, en effet, « la dichotomie "ressource financière, instrument d'intervention" (...) n'a pas de portée absolue (...) [dès lors que] les recettes d'un prélèvement fiscal institué à des fins d'intervention (...) nourrissent aussi, fût-ce modestement, les budgets publics »⁵². **Ces recettes ne devraient pas être destinées à alimenter le budget public général** (national ou européen), mais devraient être consacrées en majeure partie à corriger les effets régressifs de la politique climatique. L'acceptation de la fiscalité écologique viendra également de la lisibilité de son usage. Il serait possible de prévoir une répartition des recettes en les consacrant à l'accompagnement des transitions professionnelles des salariés des secteurs fragilisés par la transformation écologique, ou au chèque énergie, etc.

Ainsi, un **revenu climatique** pourrait être mis en place à destination des ménages les plus affectés, par exemple ceux dont le revenu est inférieur au revenu médian de la population, éventuellement modulé par un critère géographique. Ce revenu serait forfaitaire, c'est-à-dire indépendant des émissions du ménage, pour ne pas annuler l'incitation par le prix du carbone à réduire ses émissions. Compte tenu du faible degré de confiance des Français dans les institutions, il convient probablement, pour asseoir la crédibilité du dispositif, de verser ce revenu aux bénéficiaires au début de chaque année, afin qu'ils n'aient pas à payer le prix du carbone sur leurs émissions de l'année.

Enfin, **la modulation du prix devrait pouvoir jouer dans les deux sens, non seulement à la hausse, mais aussi à la baisse**. Certes, l'idée que le prix doit refléter le coût environnemental d'un produit peut, dans certains cas, créer un malus environnemental. Mais on oublie trop souvent que cette idée est réversible : d'autres biens, plus vertueux, devraient à l'inverse bénéficier d'un « bonus environnemental ». Il serait ainsi souhaitable de développer une politique positive qui allierait pouvoir d'achat et consommation écologique. Elle permettrait, avec d'autres mesures appropriées, en particulier des subventions, de surmonter l'objection de l'enjeu social et de l'acceptabilité.

52. P. Beltrame, L. Mehl, Techniques, politiques et institutions fiscales comparées, 2^e édition refondue, Thémis droit public, PUF, 1997, p. 41.

Cette politique fiscale, enfin, doit être déclinée en dehors même du champ de la fiscalité : gratuité des transports publics, réorientation des subventions vers l'économie verte, développement de la conditionnalité environnementale pour toute aide et subvention des pouvoirs publics.

PROPOSITION N° 10

Renforcer la fiscalité environnementale pour orienter les décisions économiques. Pour assurer son acceptabilité, le produit de cette fiscalité pourrait être affecté en majeure partie à la mise en place d'un revenu climatique à destination des ménages les plus affectés et à l'allègement du coût des biens et services écologiques.

■ Rôle de l'éducation et de la formation

Au-delà des textes de loi, **il est fondamental d'œuvrer à la sensibilisation de tous, et en particulier des responsables publics et privés**. Pour que la prise de décision tire réellement toutes les conséquences de la crise écologique, il faut que les administrateurs de l'État et des collectivités territoriales, comme les cadres supérieurs des entreprises privées soient pleinement conscients des enjeux en termes de préservation des équilibres naturels. Pourquoi l'écologie n'aurait-elle pas sa place, au même titre que le droit ou l'économie, dans les grandes écoles ou dans les programmes de formation continue des cadres publics ou privés ?

Au niveau de la fonction publique, il faudrait que les hauts fonctionnaires bénéficient d'une formation obligatoire en matière écologique. Celle-ci devrait comprendre non seulement des enseignements en droit de l'environnement, mais aussi tous les aspects connexes comme la physique, la géographie, la géologie, la chimie, la sociologie, l'économie de l'environnement. Les écoles de formation des fonctionnaires, l'École nationale de la magistrature, les écoles d'ingénieurs, les écoles de commerce et l'Institut national du service public créé en juin 2021, doivent renforcer cette dimension de leurs programmes pédagogiques⁵³.

PROPOSITION N° 11

Œuvrer à la sensibilisation des responsables publics et privés, notamment par l'instauration d'une formation obligatoire des hauts fonctionnaires en matière écologique.

53. L'École nationale de la magistrature fait une place significative à la justice environnementale dans son enseignement, comme en témoigne la publication, sur son site, du très riche numéro du mois de juin 2021 de la "Revue Justice actualité", consacré à la justice pénale environnementale.

3

**SUR
L'AVENIR
DU
TRAVAIL**

Le début du XXI^e siècle est marqué par une multiplicité des approches du travail. En particulier, deux grandes dynamiques bouleversent la compréhension même du travail : l'importance toujours croissante des nouvelles technologies, notamment digitales, et la question environnementale. Elles conduisent à renouveler son appréhension juridique.

3.1 LA TRANSFORMATION DU TRAVAIL PAR SA NUMÉRISATION

En premier lieu, la numérisation du travail invite à clarifier les frontières entre le travail indépendant et le travail salarié (1) et les conditions d'exercice du salariat (2).

3.1.1 La clarification des frontières du travail indépendant et salarié

L'influence des nouvelles technologies brouille la frontière classique entre indépendance et salariat, posant la question de l'encadrement de ces formes de travail.

Comme l'ont mis en évidence de récents rapports⁵⁴, plusieurs voies sont envisageables pour encadrer juridiquement le travail des plateformes. Chacune de ces perspectives présente des vertus et des risques. L'extension de la qualification de salarié aux travailleurs des plateformes permet l'octroi d'une protection efficace des travailleurs, au risque de constituer une menace sur l'emploi et d'appliquer un droit du travail inadapté à cette nouvelle forme de travail. Une autre voie consiste à créer un statut tiers au salariat et à l'indépendance, spécifique au travail des plateformes, au risque d'une complexification par l'adjonction d'une nouvelle frontière de distinction entre les formes de travail. Enfin, reste la voie du maintien du statut d'autoentrepreneur

54. V. spéc. le Rapport du 1^{er} décembre 2020 « Réguler les plateformes numériques de travail » de Monsieur Jean-Yves Frouin, ainsi que le Rapport du 1^{er} juillet 2020 « Travail à l'ère des plateformes. Mise à jour requise » du Conseil national du numérique

55. V. par ex. pour l'Espagne, la loi « Rider » de mai 2021. Cette loi confère le statut de salarié aux livreurs travaillant pour le compte des plateformes numériques. En Italie, une loi du 3 novembre 2019 étend aux travailleurs des plateformes des droits inhérents au salariat, sans pour autant leur octroyer cette qualité. À ces réponses légales s'ajoutent également des nombreuses réponses jurisprudentielles. Dans un arrêt du 19 février 2021, la Cour suprême britannique a, par exemple, reconnu la qualité de *worker* à des chauffeurs VTC travaillant pour une plateforme numérique, ce statut étant une catégorie intermédiaire entre le salariat et l'indépendance (v. cependant plus récemment encore : *Independent Workers Union of Great Britain v. Central Arbitration Committee and Deliveroo*, 24 juin 2021, Court of Appeal, EWCA Civ 952). Aux Pays-Bas, le Tribunal d'Amsterdam a estimé, le 23 septembre 2021, que plusieurs milliers de chauffeurs d'Uber étaient en réalité des salariés de l'entreprise. Outre-Atlantique, en Californie, après avoir été considérés comme des salariés par une loi de 2019, les travailleurs d'Uber ont été directement visés par un référendum à l'initiative de plusieurs plateformes numériques de travail. Les électeurs californiens ont majoritairement voté, en 2020, en faveur de la « proposition 22 », qui revenait sur la loi de 2019 au profit d'un statut plus souple. Cependant, le 20 août 2021, un juge californien a estimé que cette loi, adoptée par référendum, était inconstitutionnelle en ce qu'elle limitait le pouvoir du législateur à définir le statut des travailleurs des plateformes.

sous lequel ces travailleurs se présentent, aussi longtemps que les caractéristiques d'une activité subordonnée ne sont pas établies.

Au niveau européen, les États ont tour à tour réagi, apportant des réponses jurisprudentielles ou légales diverses⁵⁵. Récemment, un projet de directive a été avancé par la Commission européenne le 9 décembre 2021 et propose l'instauration d'une présomption simple de salariat au profit des travailleurs de plateformes numériques qui répondraient à certaines caractéristiques prédéfinies présumant un contrôle sur l'activité des travailleurs⁵⁶. Il appartiendrait alors à la plateforme, dans un second temps, de tenter de démontrer qu'elle n'emploie pas en réalité de salarié. Si la solution de présomption de salariat soulève des interrogations identiques à celles de l'extension des frontières du salariat en termes d'impact sur l'emploi et d'adéquation du droit du travail, cette solution ouvrirait cependant aux travailleurs des plateformes les bénéfices du salaire minimum, du respect du temps de travail et des congés annuels⁵⁷.

Dans ce contexte, le législateur français a écarté l'extension pure et simple du droit du travail aux travailleurs des plateformes, et rejeté la création d'un régime tiers. La voie adoptée pour le seul secteur de la mobilité (VTC/livraison) est celle de leur rattachement au travail indépendant avec une adaptation des mécanismes classiques du droit du travail, notamment celui relatif à la représentation collective des travailleurs⁵⁸ ou encore, à compter de 2023, le bénéfice de régimes collectifs de protection sociale (mutuelle, prévoyance⁵⁹). Toutefois, en agissant ainsi par touches successives, le législateur a laissé irrésolues des problématiques transversales intéressant l'ensemble des travailleurs des plateformes, voire l'ensemble des travailleurs indépendants.

La problématique de la qualification des travailleurs des plateformes comme salarié ou indépendant prend pour point de départ celle de leur protection. Lorsque le rattachement au salariat est proposé, la perspective sous-jacente est celle de déployer, à l'égard des travailleurs, la législation protectrice du droit social. Le statut d'indépendant n'offre qu'une protection sociale souvent perçue en retrait, ce qui avait justement mené le législateur français à transposer de façon résiduelle, aux travailleurs des plateformes, la protection contre les accidents

56. Cette présomption de salariat s'appliquerait aux relations contractuelles dont les conditions d'exécution remplissent deux critères parmi une liste de cinq (détermination ou plafonnement de la rémunération du travailleur par la plateforme ; supervision de l'exécution du travail par voie électronique ; détermination de règles quant à l'exécution du travail, notamment l'apparence ou la conduite à l'égard du bénéficiaire de la prestation de service ; limitation de la possibilité du travailleur de travailler pour un tiers ou de constituer une clientèle ; limitation du choix dans les horaires de travail, de refuser des tâches ou de faire appel à des remplaçants).

57. La Commission européenne estime, à cet égard, que cette solution permettrait de faire en sorte que sur les 28 millions de travailleurs des plateformes recensés en Europe, 5 millions seraient à reclasser comme des salariés.

58. Art. L. 7343-1 et s. du Code du travail.

59. Loi de financement de Sécurité sociale n° 2021-1754 du 23 décembre 2021 art. 105.

du travail⁶⁰. De plus, demeure une importante iniquité entre salarié et indépendant quant aux prélèvements sociaux et le retour sur ces prélèvements⁶¹.

Face à ces enjeux, réconcilier les différentes catégories d'actifs à travers la protection sociale constitue un moyen d'absorber les questionnements relatifs à la frontière entre salariat et indépendance. L'émergence des nouvelles formes de travail par l'intermédiation du numérique appelle à modifier l'architecture du modèle social français pour éviter un système à deux niveaux opposant le salariat à l'indépendance. Dépasser un immobilisme législatif pour résoudre ces disparités permettrait de pacifier, sur le terrain de la justice sociale, les rapports entre le statut de salarié, recherché pour sa protection, et le statut d'indépendant, recherché pour la promesse de liberté mais suspecté d'une faible protection, sécurisant de ce fait les frontières entre ces statuts.

Dans cette optique, plusieurs aspects doivent être traités.

D'abord, **identifier les risques sociaux pris en charge par la protection sociale** est une nécessité. Si le risque social des accidents du travail et des maladies professionnelles est analogue à celui du salariat, celui du chômage diffère. L'imputation de la cessation du travail, élément central dans l'ouverture au droit au chômage, se décalque difficilement du salarié au travailleur indépendant des plateformes, ce dernier ayant également une influence dans la détermination de ses périodes d'inactivité. L'existence d'un système de protection sociale adapté aux travailleurs indépendants impliquera ainsi de définir l'étendue de la couverture et les conditions d'accès aux droits en résultant. La pertinence de ce modèle pourra s'appuyer sur les acteurs du travail des plateformes, ce qui implique de garantir et de renforcer juridiquement la légitimité de leurs représentants.

PROPOSITION N° 12

Adapter la protection sociale des travailleurs indépendants aux enjeux de l'intermédiation numérique du travail par l'identification des risques sociaux pris en charge par la protection sociale, spécialement en matière de chômage.

60. La loi du 8 août 2016 (n° 2016-1088) relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, a partiellement ouvert aux travailleurs des plateformes un régime de protection contre les accidents du travail (art. L. 7342-1 et s. du Code du travail).

61. Le Rapport de septembre 2020 du Haut Conseil du financement de la protection sociale sur la protection sociale des travailleurs indépendants met particulièrement en évidence ces disparités.

Ensuite, **la mise en place d'un tel système de protection sociale des indépendants pose la question des modalités de son financement.**

Ce financement impliquera la définition des assiettes de cotisation et, plus spécifiquement, de faciliter et de garantir les recettes fiscales afin d'éviter les sous-déclarations et la fraude. Dans un rapport publié en novembre 2021, le Haut Conseil du financement de la protection sociale a constaté, à cet égard, un important phénomène de sous-déclaration parmi les travailleurs des plateformes⁶². Assurer la viabilité d'un système de protection sociale aux travailleurs des plateformes nécessite de sécuriser le recouvrement de leurs cotisations sociales. En ce sens, l'existence tierce d'une partie, étatique ou non, par laquelle transiteront les prélèvements, peut permettre une telle sécurisation.

PROPOSITION N° 13

Sécuriser le financement la protection sociale des travailleurs indépendants par une détermination adaptée des assiettes de cotisation et l'existence d'une partie, étatique ou non, tierce à la relation de travail par laquelle transiteront les prélèvements sociaux.

Enfin, la numérisation du travail exacerbe un phénomène déjà identifié, celui de la disparition du parcours professionnel « traditionnel » (un contrat de travail à durée indéterminée, au sein d'une unique entreprise, durant toute la carrière). Les trajectoires professionnelles sont moins linéaires, mais de plus en plus hétérogènes et fractionnées. La question de la **sécurisation des parcours professionnels** et de la **transférabilité des droits sociaux acquis par le travailleur** se pose plus fortement qu'auparavant. Plus facile d'accès, l'outil de travail numérisé favorise le passage d'une qualité de travailleur à une autre, voire leur cumul. Clarifier et sécuriser les droits sociaux acquis en une qualité de travailleur lors du passage ou du cumul avec l'autre qualité s'impose et a déjà été initié, par exemple, pour le plan d'épargne retraite réformé par la loi PACTE. S'engager dans un projet professionnel nécessite de la prévisibilité. Le travailleur doit pouvoir connaître, de façon rapide et lisible, l'ensemble des droits sociaux qu'il a acquis, ce que ne permet que difficilement le système actuel. L'outil susceptible de faciliter le traçage, comme l'évolution des droits détenus par un travailleur donné, pourrait utilement prendre appui sur le « compte personnel d'activité », dont la création a été actée en 2016 mais l'usage reste limité.

62. Dans le cadre de ses fonctions d'observatoire du travail dissimulé, le Haut Conseil relève par exemple qu'en 2020, « dans le secteur des VTC, près de 90 % ont déclaré à l'Urssaf des chiffres d'affaires inférieurs à ce que les plateformes ont enregistré ; 30 % n'ont rien déclaré » (Note de synthèse, p. 6).

PROPOSITION N° 14

Sécuriser les parcours professionnels hétérogènes en clarifiant la lecture des droits sociaux acquis par les travailleurs, salariés comme indépendants, ainsi que la transférabilité de ces droits lors du passage d'un statut de travailleur à un autre par le recours au compte personnel d'activité revisité.

3.1.2 L'adaptation des frontières temporelles du travail salarié

La numérisation du travail modifie les conditions d'exercice du salariat. Elle bouleverse le cadre spatiotemporel traditionnel de l'entreprise. Omniprésent depuis la crise sanitaire du Covid 19⁶³, le télétravail a vocation à s'ancrer de façon durable dans le monde du travail⁶⁴.

Le télétravail accentue la dynamique contemporaine d'accroissement de l'autonomie du salarié. Sans mener à son indépendance, ce gain d'autonomie du salarié contribue à un relâchement de la subordination juridique. Le salarié échappant à l'organisation collective classique du travail en entreprise, il gagne en liberté dans la gestion de son activité et de son temps de travail. De même, le télétravail offre une articulation plus souple entre la vie professionnelle et la vie personnelle, souplesse fréquemment recherchée par les salariés.

Toutefois, excepté dans l'hypothèse où le salarié travaille dans le cadre d'un forfait en jours ou en heures, le régime juridique applicable demeure celui du temps de travail élaboré sur le modèle du travail en entreprise. L'extension croissante du télétravail à des salariés ne travaillant pas dans le cadre d'un forfait mène ainsi à l'apparition d'une catégorie de travailleurs se voyant appliquer un régime juridique inadapté à leurs conditions de travail salarié. Les règles du temps de travail relatives aux heures supplémentaires et au travail dissimulé accentuent ce décalage. Calquées sur la compréhension classique du temps de travail, elles exposent les entreprises à des risques de contentieux en raison du caractère inadapté de l'encadrement du temps de travail. Plus encore, pour conjurer ce risque, les entreprises pourraient être tentées de contrôler plus fortement les salariés en télétravail, contrariant l'autonomie pourtant souhaitée à travers cette forme de travail.

63. En mars 2020, plus d'un travailleur sur cinq à travers le monde a télétravaillé (soit plus de 550 millions de travailleurs).

64. V. not. en ce sens le Rapport d'information du 22 octobre 2021, fait au nom de la délégation sénatoriale à la prospective n° 89 (2021-2022) ; v. déjà antérieurement le Rapport « Le télétravail dans les grandes entreprises françaises » (2012) et le Rapport « Le développement dans la société numérique de demain » (2009). Le télétravail connaît, de façon plus générale, des différences importantes d'un pays à l'autre. Là où les États-Unis sont allés jusqu'à créer une agence fédérale pour le déploiement du télétravail, certains pays européens, comme l'Italie, la Grèce ou encore l'Espagne, ont – hors hypothèse de pandémie – un faible nombre de télétravailleurs.

Si la récente consécration légale du droit à la déconnexion⁶⁵ a mis en évidence la nécessité d'adapter le régime du temps de travail aux spécificités du télétravail, cette dynamique doit être accentuée. Définir un régime juridique spécifique permettrait de préserver l'autonomie du télétravailleur tout en préservant les entreprises du risque lié à une mobilisation inadéquate des règles de droit commun du temps de travail.

D'abord, un **régime juridique nouveau**, à mi-chemin entre l'autonomie organisationnelle du temps de travail en forfait et le temps de travail de droit commun, pourrait permettre un bornage temporel d'une période au cours de laquelle le salarié est tenu de réaliser un certain volume horaire de travail, tout en lui laissant l'autonomie d'agencer, au sein de cette période, son volume horaire de travail avec ses occupations personnelles. Défini dans ses modalités au plus près des réalités de terrain par les partenaires sociaux, ce régime juridique devra répondre aux particularités du travail intermédié par le numérique.

PROPOSITION N° 15

Adapter le régime juridique du temps de travail au télétravail afin de préserver l'autonomie des salariés par la création d'un temps de travail spécifique à cette forme de travail, borné temporellement, durant lequel le télétravailleur accomplit son volume horaire de travail et peut vaquer à ses occupations personnelles, l'articulation entre ces deux éléments lui revenant. Les partenaires sociaux au niveau de l'entreprise définissent les modalités concrètes de ce temps de travail, notamment en vue de préserver la collectivité de travail d'un risque d'étiement.

Ensuite, adapter le droit du travail aux particularités du télétravail impliquera de **prendre soin de la sécurité du télétravailleur**, en particulier quant aux risques psychosociaux spécifiques à ce mode de travail, au risque d'étiement de la collectivité de travail, au risque financier que peuvent représenter, pour le salarié, les frais exposés dans le cadre du télétravail, et au risque d'inégalité d'accès au numérique⁶⁶.

PROPOSITION N° 16

Renforcer la prise en charge des risques inhérents au télétravail (financiers et psychosociaux) notamment par un suivi adapté des télétravailleurs et par leur formation professionnelle.

65. Prévu à l'article L. 2242-17 du Code du travail, le droit à la déconnexion a formellement intégré ces dispositions par la loi du 8 août 2016 (n° 2016-1088) relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

66. Si la Proposition de loi n° 4674 du 16 novembre 2021 avance, à cet égard, la création d'un « forfait télétravail » à hauteur de 600 euros par an et par salarié, elle évoque, sans le résoudre, le risque d'inégalité numérique (v. déjà sur l'importance de ce risque le Rapport d'information sénatorial du 17 septembre 2020).

3.2 LA TRANSFORMATION DU TRAVAIL PAR LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE

En second lieu, l'avenir du travail est intimement lié à celui de la transition écologique. Des pans entiers de l'économie sont voués à disparaître⁶⁷, d'autres à s'adapter aux nécessités de la transition écologique⁶⁸. Paradoxalement peu étudiée, pour l'heure, par le prisme du droit social, cette dynamique est pourtant appelée à bouleverser en profondeur le monde du travail. Les processus de production doivent intégrer les problématiques environnementales : pollution, énergie, raréfaction des matériaux nécessaires à la transition écologique...

Ces problématiques sont d'autant plus pressantes qu'elles sont liées à la question de l'emploi. La transformation des modes de production implique une transformation des emplois. Les entreprises et les travailleurs de demain devront développer des activités économiques compatibles avec les exigences de la transition écologique. Transition écologique et transition économique vont ainsi de pair. Le travail évolue sous l'influence de la transition écologique ; l'adaptation du travail permettra d'appuyer la réussite de la transition écologique. Ces deux adaptations doivent s'articuler afin de garantir leur réussite.

Face à l'imminence et l'importance des questions environnementales, les réformes menées en droit du travail sur ces aspects sont pourtant décevantes. Les textes portant la transition écologique en droit du travail sont doublement inadaptés :

- soit les réformes s'attachent ponctuellement à des aspects très spécifiques (forfait de mobilité durable⁶⁹, formation des chauffeurs routiers pour réduire l'incidence de leur conduite sur l'environnement⁷⁰...);
- soit les réformes déclinent des directives très générales dont l'efficacité s'éémousse lorsqu'il s'agit de répondre concrètement aux enjeux écologiques : si les partenaires sociaux ont obligation de négocier sur la gestion prévisionnelle des emplois pour répondre aux questions environnementales⁷¹, cette obligation n'emporte pas celle de conclure un accord collectif sur ces dernières ; l'employeur est tenu de consulter les représentants du personnel en matière environnementale, mais la définition même du contenu de cette consultation manque de détermination⁷². En outre, ces obligations

67. V. notamment dans le secteur de l'énergie, l'ordonnance n° 2020-921 du 29 juillet 2020 portant diverses mesures d'accompagnement des salariés dans le cadre de la fermeture des centrales à charbon.

68. V. par ex. le Pacte vert de la Commission européenne de juillet 2021 quant à la fin des moteurs thermiques.

69. Décret n° 2020-541 du 9 mai 2020 relatif au « forfait mobilités durables ».

70. Art. L. 3314-1 du Code du transport.

71. Pour la négociation collective au niveau des branches professionnelles, v. art. L. 2242-12 du Code du travail ; au niveau des entreprises, v. art. L. 2242-20 du Code du travail.

72. V. par ex. pour les attributions générales du Comité social et économique : Art. L. 2312-8 du Code du travail.

à portée générale sont fréquemment associées à un risque pénal⁷³, alors même qu'elles présentent une certaine indétermination, ce qui dilue un peu plus encore le respect effectif de leurs prescriptions.

Dans ces conditions, la difficulté à laquelle est confrontée la transformation du travail par la transition écologique n'est pas tant celle de la prise *en considération* juridique de ces enjeux que celle de l'*effectivité* de leur intégration. Se doter d'un arsenal juridique adéquat est une nécessité pour éviter la disparition pure et simple de secteurs d'activité, sans qu'ils soient remplacés par des activités conformes aux nécessités écologiques.

À cette fin, plusieurs leviers du droit contemporain peuvent être mobilisés afin de permettre une mise en adéquation entre les exigences environnementales et les évolutions du travail.

D'abord, les conséquences économiques de la transition écologique ne seront absorbées que pour autant que les travailleurs d'aujourd'hui et de demain disposent des **compétences appropriées à cette transition**. De la même façon, les acteurs économiques ne pourront accompagner la transition écologique que pour autant qu'ils disposent des connaissances permettant de l'intégrer dans leurs décisions. Aussi, les parcours de formation initiale et de formation continue doivent être adaptés pour porter la transition écologique, tant en termes de compréhension des enjeux environnementaux qu'en termes d'employabilité⁷⁴.

PROPOSITION N° 17

Centrer et renforcer la formation sur les activités s'inscrivant dans la dynamique de la transition écologique ; intégrer les enjeux environnementaux dans l'ensemble des parcours de formation initiale et continue.

Ensuite, les plans de transformation de l'activité ou de ses modalités doivent être sécurisés par la création d'un **motif légitime de suppression de poste tiré de l'adaptation aux exigences environnementales ou climatiques**. Ce motif, non inhérent à la personne du salarié, doit être rangé dans la catégorie des licenciements pour motif économique. L'éventuel plan social en résultant devra évidemment mettre en place les actions nécessaires à la reconversion et l'adaptation des personnes à ces modalités nouvelles d'exercice d'une activité dans l'entreprise.

73. Le fait de se soustraire aux obligations des articles L. 2242-20 et L. 2312-8 du Code du travail est pénalement punissable par une amende, voire de l'emprisonnement.

74. Cette rénovation des parcours de formation est d'autant plus pressante que les enseignements scientifiques et la position de la France dans le monde dans les domaines scientifiques font l'objet d'un affaiblissement fréquemment souligné (v. not. le Rapport de l'HCERES, « La position scientifique de la France dans le monde et en Europe, 2005-2018 » 2021 ; v. ég. le classement TIMSS de 2019).

PROPOSITION N° 18

Sécuriser les plans de transformation de l'activité ou de ses modalités en créant un motif légitime de suppression de poste tiré de l'adaptation aux exigences environnementales ou climatiques, rangé dans la catégorie des licenciements pour motif économique, de sorte que le plan social éventuel en résultant mette en place les actions nécessaires à la reconversion/adaptation des travailleurs à ces modalités nouvelles d'exercice de l'activité.

En outre, la disparition ou la transformation des emplois contraires aux objectifs environnementaux devra être **accompagnée financièrement par l'État**. Les activités professionnelles, salariées comme indépendantes, répondant à la transition écologique seront encouragées par un allègement des impôts ou des cotisations sociales. De même, les transitions professionnelles subies et nécessitant un fort investissement devront être prises en charge pour éviter de laisser de côté les actifs les plus susceptibles de perdre leur emploi, notamment les moins qualifiés.

PROPOSITION N° 19

Alléger les prélèvements sociaux sur les activités économiques des travailleurs salariés et indépendants répondant aux besoins de la transition écologique.

Enfin, les objectifs de la transition écologique déterminés par l'État doivent être clarifiés à un niveau économique adéquat. Cette transition ayant vocation à transformer chaque secteur d'activité dans ses spécificités, **la branche professionnelle constitue un niveau pertinent pour déployer concrètement les orientations environnementales**. Mettre en œuvre au niveau de la branche professionnelle les réponses aux enjeux environnementaux permettra de préserver les conditions de concurrence entre les entreprises d'un même secteur économique. Le traitement de la transition écologique au niveau de la branche ne doit pas demeurer tributaire de la réussite des négociations collectives, sous peine de paralyser le processus de transition écologique à un secteur entier de l'économie.

PROPOSITION N° 20

Concrétiser, à travers la négociation collective de branche, les grandes orientations économiques de la croissance verte déterminées par l'État.

4

**SUR LES MOYENS
DE RENFORCER
L'ATTRACTIVITÉ
ET
LA COMPÉTITIVITÉ
DE LA FRANCE,
PRÉSERVER
LES INTÉRÊTS
NATIONAUX
ET
RESTER
UNE ÉCONOMIE
OUVERTE**

4.1 RENFORCER L'ATTRACTIVITÉ ET LA COMPÉTITIVITÉ DE LA FRANCE PAR LE DROIT

Dans un contexte marqué par la crise sanitaire, la fragmentation du monde et le Brexit, la France a confirmé en 2020 sa place de première destination européenne pour les investissements directs étrangers (IDE), devant le Royaume-Uni (2^e) et l'Allemagne (3^e), et ce, malgré une baisse de 18 % des projets d'IDE accueillis. 16 600 entreprises étrangères sont implantées en France et représentent plus de 20 % du chiffre d'affaires de l'économie, 2,3 millions d'emplois, plus de 14 % de l'investissement des entreprises et près du tiers des exportations françaises⁷⁵.

Renforcer l'attractivité et la compétitivité de la France commande d'encourager l'émergence de nouveaux acteurs européens et acteurs (notamment dans les secteurs d'avenir) dans un cadre européen réaffirmé (1), de favoriser un cadre normatif et fiscal prévisible, stable et flexible (2), et de tracer la voie d'une économie responsable et durable (3).

La France pourrait prendre des initiatives sur ces sujets.

4.1.1 Encourager l'émergence d'acteurs européens majeurs et de nouveaux acteurs (notamment dans les secteurs d'avenir) pour renforcer l'attractivité et la compétitivité de la France

En 2021, on dénombrait 27 000 startups en France (dont 52 % créées hors Île-de-France), représentant 1 million d'emplois (dont 90 % en CDI) générant 7 milliards d'euros de revenus⁷⁶. Par ailleurs, la pandémie a mis en exergue la nécessité du passage d'une « économie de la survie à l'économie de la vie »⁷⁷ au moyen du développement de secteurs essentiels comme la santé, de l'alimentation, l'agriculture, l'éducation, le digital, l'intelligence artificielle, la distribution, les énergies durables. Favoriser l'émergence d'acteurs clés dans ces domaines apparaît essentiel.

75. Baromètre EY de l'attractivité de la France, juin 2020.

76. France digitale, Présidentielle 2022 – *Le Manifeste des startups françaises*, novembre 2021.

77. J. Attali, *L'économie de la vie*, Fayard, 2020.

■ Étudier un développement de la commande publique vis-à-vis des startups et entreprises nouvelles de l'économie de la vie

Les marchés publics pourraient jouer un rôle moteur dans la construction d'une économie plus innovante et durable : ils représentent 14 % du PIB de l'Union européenne et constituent un élément fondamental de la participation des pouvoirs publics au développement de notre écosystème d'investissement⁷⁸. On ne peut que regretter, comme l'a fait France Stratégie, que 95 % des marchés publics européens soient ouverts aux acteurs économiques extra-européens quand ce taux n'excède pas 32 % des marchés publics aux États-Unis, 28 % au Japon ou 16 % au Canada, et que 25 % seulement de la commande publique européenne soient aujourd'hui honorés par des entreprises européennes⁷⁹, alors même que des partenaires commerciaux majeurs comme les États-Unis, la Corée du Sud ou Israël défendent un principe de préférence nationale dans le cadre de l'accès à leurs marchés publics.

Il convient de défendre l'application d'un **principe de réciprocité en matière de marchés publics** et d'encourager la réflexion en faveur d'un **principe de préférence européenne dans la commande publique** qui sont deux priorités. La question d'une adaptation du droit de la concurrence à cette fin doit, ainsi, également être posée.

PROPOSITION N° 21

Favoriser la réciprocité en matière de marchés publics, encourager la réflexion en faveur d'un principe de préférence européenne dans la commande publique et en faire des **instruments de développement** des startups et des nouvelles entreprises européennes.

■ Mettre en place une politique d'incitation à la réallocation de l'épargne dans le financement de l'économie

Le retard français dans le développement d'un vaccin contre le Covid-19 apparaît symptomatique d'une difficulté française à développer et à financer des projets d'innovation de rupture dans un ensemble de domaines clés de l'économie de la vie (transition énergétique, santé, intelligence artificielle) en raison du risque élevé d'échec lié, par nature, à de tels investissements. Cette réticence au risque se ressent en France et freine le financement d'entreprises et de startups. Contrairement aux États-Unis, les investissements sécurisés sont plébiscités en France

78. Communication de la Commission au Parlement européen, au conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions – Faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe, 3 octobre 2010.

79. France Digitale, Présidentielle 2022 – *Le Manifeste des startups françaises*, op. cit.

alors même qu'ils mobilisent une grande partie de l'investissement des Français qui pourrait servir au financement de l'économie et à l'innovation (*via* des placements en actions et non dans des livrets garantis par l'État ou des assurances vie à fonds euros, par exemple).

Il y a lieu d'inciter à la **réallocation de l'épargne dans l'investissement à long terme comportant une part de risque**, étant précisé qu'il est crucial pour la France de disposer d'importants investisseurs à long terme, au travers de fonds institutionnels français ou européens forts (sur le modèle de grands fonds de pension ou souverains américains et canadiens dans le monde), pour contribuer au financement de projets d'entreprises et à l'innovation dans les domaines de l'économie de la vie.

PROPOSITION N° 22

Inciter à la réallocation de l'épargne dans le financement de l'économie et en particulier dans les investissements avec une composante de risque (qui pourrait s'accompagner du renforcement ou du développement de fonds institutionnels français ou européens) afin, également, de contribuer au financement de projets d'entreprises ou de l'innovation dans les domaines tels que le digital ou l'écologie.

■ Adapter les politiques de concurrence et bancaire européennes au besoin d'une nouvelle politique industrielle

Les difficultés rencontrées par l'industrie française exigent une réponse rapide des pouvoirs publics français et européens. L'actuelle « subordination » de la politique industrielle à la politique de concurrence n'est plus acceptable.

Le **droit de la concurrence et la politique bancaire doivent être adaptés** pour permettre l'émergence d'acteurs européens importants et pour mettre fin à la dissonance entre l'activisme industriel de certains États membres de l'Union européenne et le contrôle strict opéré par la direction générale de la concurrence de la Commission européenne. Il est également recommandé d'adopter une approche plus dynamique dans la définition des marchés.

PROPOSITION N° 23

Adapter les politiques de concurrence et bancaire européennes pour permettre l'émergence d'acteurs européens plus puissants dans des domaines industriels et de services clés, ainsi que dans le domaine bancaire.

4.1.2 Favoriser un cadre normatif et fiscal prévisible, stable et flexible dans le cadre d'études d'impacts

La sécurité du cadre normatif et fiscal est souvent présentée comme l'un des principaux critères de choix dans la décision de localisation d'un investissement, ou encore comme la condition de sa faisabilité. Par deux fois (en 1991 puis 2005), le Conseil d'État a consacré son rapport annuel à la question de la sécurité juridique et à celle de la complexification du droit. En 2005, il dressait le constat selon lequel « la France légifère trop et légifère mal » et en dénonçait « l'effet néfaste exercé sur notre compétitivité économique extérieure » tout en relevant 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 »^{80/81} (voir également, sur l'inflation législative, la partie 5.1 du rapport).

■ Flexibiliser davantage la réglementation

L'innovation technologique est de nature à permettre le développement de nouvelles pratiques, commerciales ou financières par exemple, dont l'encadrement normatif reste souvent indéterminé. Le développement massif de la *blockchain* et des cryptomonnaies a donné un exemple récent de la nécessité, pour l'Autorité des marchés financiers (AMF), d'identifier un équilibre entre différentes préoccupations : veiller à ce que nos cadres réglementaires restent adaptés, permettre de gérer les risques, protéger efficacement les utilisateurs, mais sans perdre le bénéfice de ces innovations et de leurs potentialités économiques. À cet égard, le visa développé par l'AMF, sous la forme d'un label facultatif qu'une société émettrice peut solliciter ou non en cas d'*Initial Coin Offering*⁸², témoigne de la manière dont le régulateur peut participer à l'attractivité d'une place en développant des outils incitatifs et flexibles. Par ailleurs, en droit des sociétés, cette fois-ci, certains appellent aujourd'hui à davantage de souplesse dans le cadre de l'émission d'actions, de préférence à droits de vote multiples, utile à l'attractivité de la France et à la cotation de nouveaux acteurs en France plutôt qu'à l'étranger⁸³, ainsi qu'à l'harmonisation du statut de la SAS en Europe⁸⁴.

Suivant ces exemples, il est recommandé (i) **d'intégrer, dans le mandat des autorités de régulation, de contribuer à l'attractivité et la compétitivité de la France**, (ii) **d'offrir davantage de flexibilité en droit des sociétés** après études d'impacts et *benchmarking* afin de

80. Conseil d'État, Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport public 2005.

81. Conseil d'État, Sécurité juridique et complexité du droit, Rapport public 2005.

82. Opération de levée de fonds par laquelle une société ayant un besoin de financement émet des jetons, aussi appelés « tokens », auxquels les investisseurs souscrivent principalement avec des cryptomonnaies.

83. Dans le prolongement de la loi PACTE, qui a commencé à flexibiliser partiellement le régime des actions de préférence pour les sociétés non cotées. Elles peuvent désormais créer des actions de préférence à droit de vote double, voire à droits de vote multiples sans qu'il soit nécessaire que celles-ci soient entièrement libérées ni de justifier d'une inscription nominative depuis au moins 2 ans.

84. Rapport sur la société européenne simplifiée (SES) du Haut Comité juridique de la place financière de Paris du 31 mars 2021.

s'assurer de l'absence de contre-productivité des mesures prises (iii) et **d'accélérer la simplification des règles applicables aux PME et aux ETIs**, outils d'aménagement équilibré du territoire; et promouvoir à l'étranger une meilleure connaissance de l'état réel du droit du travail en France (devenu plus flexible).

PROPOSITION N° 24

Flexibiliser davantage la réglementation et en particulier le droit des sociétés ; poursuivre et accélérer la simplification des règles applicables aux PME et ETIs, acteurs essentiels de l'efficacité du système économique et outils d'aménagement équilibré du territoire économique ; et **promouvoir à l'étranger une meilleure connaissance de l'état réel du droit du travail en France**.

■ Engager une initiative internationale pour mieux répartir la charge fiscale et éviter le *dumping*

Le quinquennat actuel a été marqué par la baisse progressive du taux de 33,3 % appliqué en 2017 pour atteindre 25 % en 2022. La dernière étude statistique de l'impôt sur les sociétés de l'OCDE⁸⁵ montre que le taux moyen d'impôt des sociétés a continué à reculer pendant la crise Covid (20 % en 2021 comparé à 28,3 % en 2000), alors que la création d'un impôt mondial minimum sur les grandes entreprises internationales pourrait rendre plus neutre l'impôt sur les sociétés (en ce que ce taux influencerait moins – voire plus – les choix de localisation des entreprises et/ou de leurs bénéficiaires taxables).

Dans le même temps, l'émergence de nouveaux modèles de création de valeur (à l'image de ceux qui caractérisent l'économie numérique) rend difficile l'identification des lieux où cette valeur est créée et complique donc la répartition des droits à taxer.

Par ailleurs, la recherche de talents et d'entrepreneurs a incité de nombreux pays, à l'instar du Royaume-Uni et de l'Italie, à faire du *dumping* fiscal en proposant aux étrangers des incitations fiscales en cas d'installation dans leur pays.

La recherche d'une plus grande équité face à ces nouveaux modèles de création de valeur a vocation à encourager la France à **soutenir les initiatives internationales pour mieux répartir la charge fiscale**. Il convient de donner les moyens au législateur de réaliser une évaluation précise des conséquences financières de toute mesure envisagée – y compris celles introduites par voie d'amendement. Par ailleurs, afin de **rester attractif dans la recherche de talents et d'entrepreneurs étrangers**, et sans subir le *dumping* fiscal d'autres États, la France

85. OCDE, Statistiques de l'impôt sur les sociétés de l'OCDE, 29 juillet 2021.

devrait étudier la mise en place de mécanismes fiscaux lui permettant de rester compétitive dans cette quête.

■ Encadrer strictement la rétroactivité et la rétrospectivité fiscales

Au-delà des taux d'imposition, la faiblesse de la stabilité et de la sécurité fiscale est un handicap à l'attractivité et la compétitivité de la France en ce qu'elle nuit aux anticipations légitimes des contribuables quant aux conséquences fiscales de leurs décisions et notamment d'investissement, d'emploi ou de production. La problématique n'est pas nouvelle : le Conseil des impôts relevait, déjà en 2003, 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 »⁸⁶ et identifiait, à cet égard, que la stabilité de la norme était « la revendication la plus courante en matière de sécurité fiscale »⁸⁷.

Il convient de réaffirmer l'importance de la stabilité fiscale et de **pousser la réflexion sur les moyens d'éviter la rétroactivité** et la rétrospectivité fiscales, qui peuvent nuire à l'attractivité de la France. Pour conforter l'efficacité du contrôle exercé par les juridictions constitutionnelle, administrative et judiciaire sur les mesures fiscales rétroactives, il pourrait notamment être envisagé de donner plus de moyens au Parlement pour évaluer les effets de ses propositions et, ainsi, permettre un renforcement de l'exigence de leur justification.

■ Favoriser et généraliser la pratique des rescrits

Faciliter la compréhension des dispositifs fiscaux passe par un plus grand dialogue entre l'administration fiscale et les contribuables, ainsi que par le développement d'une culture partenariale, à même de lever les éventuelles incertitudes sur la portée de la règle fiscale et d'encourager une relation de confiance.

Il y a lieu de **favoriser et de généraliser la pratique des rescrits**, soit la « *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 présentée par une personne et qui ne requiert aucune décision administrative ultérieure* »⁸⁸.

86. Conseil des impôts.

87. *Ibid.*

88. Conseil d'État, *Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets*, 26 mars 2014, p. 20.

PROPOSITION N° 25

Réaffirmer l'importance de la stabilité de la règle fiscale et éviter le *dumping* fiscal en encourageant la poursuite des initiatives internationales pour mieux répartir la charge fiscale des acteurs dominants et **en mettant en place des mécanismes fiscaux permettant d'attirer des talents et entrepreneurs étrangers**; enrichir les études et exiger du législateur, en lui en donnant les moyens, une évaluation précise des conséquences financières des mesures projetées, y compris lorsqu'elles le sont par voie d'amendement. **Pousser la réflexion sur les moyens d'éviter la rétroactivité fiscale** qui peut nuire à l'attractivité, favoriser et **généraliser la pratique des rescrits**.

■ Développer les démarches de co-régulation

L'intervention accrue des acteurs économiques dans des domaines classiquement apanages des États (à l'image des droits de l'homme ou de la protection de l'environnement) participe d'une nouvelle refondation des rapports entre pouvoirs dans laquelle « l'entreprise est un acteur de la société qui ne se réduit plus à un centre de profit »⁸⁹ et qui embrasse des considérations toujours plus larges, sous l'effet de différentes incitations. À cet égard, la loi Sapin 2⁹⁰ et la loi sur le devoir de vigilance⁹¹ ont, l'une puis l'autre, offert en France « un nouveau modèle d'interaction entre la loi et les sources privées du droit à travers la volonté des pouvoirs publics de faire supporter par ou (...) partager avec des acteurs privés, qu'il s'agisse des entreprises ou d'ONG, la charge et le coût global de certains problèmes clés »⁹². Ce nouveau modèle d'interaction participe à faire de l'entreprise un acteur responsable de la société tout en créant de la confiance en la réglementation.

Les démarches de co-régulation doivent être approfondies en associant l'entreprise à l'élaboration de la norme au service d'une meilleure efficacité de la réglementation (plus de souplesse et de prise en considération des situations particulières), **en faisant en sorte que le législateur fixe des objectifs généraux en certaines matières** (environnement ou droits de l'homme, par exemple) tout en laissant les entreprises concernées fixer, de manière transparente, les moyens de s'y conformer. Pour s'assurer que cette flexibilité ne soit pas non plus dévoyée, les entreprises doivent avoir l'obligation d'être transparentes sur les modalités qu'elles définissent pour respecter ces objectifs.

89. N. Molfessis, « Créer la confiance par la réglementation », in Renaissance, Le Cherche Midi éd., 2021, p. 209 et s.

90. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

91. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017.

92. B. Frydman, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », in Responsabilités des entreprises et corégulation, T. Berns dir., Bruylant, 2017, spéc. p. 46.

PROPOSITION N° 26

Poursuivre les réflexions sur la co-régulation au service d'une meilleure efficacité de la réglementation (plus de souplesse et de prise en considération des situations individuelles), en faisant en sorte que la loi fixe de grands principes généraux en certaines matières (environnement, droits de l'homme, etc.) et que les entreprises déterminent elles-mêmes la manière de s'y conformer, **avec des modalités transparentes pour respecter leurs objectifs.**

4.1.3 Tracer la voie juridique d'une économie responsable et durable

En janvier 2020, l'investissement « durable » mondial aurait atteint 35 300 milliards de dollars sur les cinq principaux marchés mondiaux, soit une augmentation de 55 % au cours des quatre dernières années (2016-2020). Les actifs sous gestion déclarés en matière d'investissement durable représenteraient un total de 35,9 % du total des actifs sous gestion⁹³.

Les questions non strictement financières sont prises en compte de manière croissante par les fonds dans leur stratégie d'investissement et influencent les banques dans leur stratégie de financement de l'économie. Cette préoccupation, intégrée par les marchés financiers, et par le régulateur boursier qui en a fait sa principale priorité pour 2022⁹⁴, est aussi celle d'une société civile et de consommateurs. Le régulateur européen entend, lui aussi, renforcer cette dynamique : à travers la mise en œuvre du Pacte vert, la Commission européenne ambitionne de faire de l'Europe « le premier continent climatiquement neutre au monde » d'ici à 2050, avec la volonté de mettre en œuvre ces objectifs d'« une manière juste, rentable et compétitive »⁹⁵.

■ Renforcer le rôle du conseil d'administration en matière de RSE

Au sein des entreprises, les conseils d'administration devraient réaliser la synthèse d'un intérêt social ne se réduisant pas au seul intérêt des actionnaires. Pour ce faire, il faudrait aller plus loin, comme dans d'autres pays, dans la prise en compte des autres parties prenantes que les actionnaires, évolution déjà amorcée par une nouvelle diversité au sein des conseils d'administration.

93. Global Sustainable Investment Review 2020.

94. *Les Échos*, « Bourse : la finance durable, principale priorité de l'AMF pour 2022 », 5 janvier 2022 : « Le président de l'Autorité des marchés financiers, Robert Ophèle, veut accélérer la transition vers la finance durable cette année. Il entend également apporter son aide technique au ministère de l'Économie et des Finances, alors que la France a pris la présidence de l'Union européenne pour six mois. »

95. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_fr

Les conseils d'administration doivent travailler, avec les directions générales, à des politiques ambitieuses de transition écologique, dans le respect d'un dialogue de qualité avec, d'une part, les actionnaires et, d'autre part, les autres parties prenantes. Il convient de renforcer le rôle du conseil d'administration au travers notamment de la création, au cas par cas, de commissions spécialisées, lorsque cela (i) paraît approprié au vu des enjeux et (ii) n'est pas déjà couvert dans le reste de l'organisation de la gouvernance. La fixation du suivi des critères appropriés de performance est également recommandée en ce sens (voir section 4.1.3.2 ci-dessous).

■ **Faire émerger rapidement des normes sur la performance extra-financière**

L'avance prise aujourd'hui par l'Europe dans la transition vers une économie plus durable et responsable constitue une garantie d'attractivité et de compétitivité. Encourager cette transition, ainsi que la motivation des administrateurs et dirigeants, nécessite l'émergence rapidement de normes européennes sur la performance extra-financière. À cet égard, il est important de ne pas reproduire les difficultés connues, au début des années 2000, avec les normes comptables IFRS : la nécessité de standards mondiaux dans ce domaine ne doit pas conduire à la simple imposition aux entreprises européennes de normes et de règles conçues hors de l'Union européenne, en fonction d'intérêts et de caractéristiques qui ne sont pas les leurs (des normes imposées par les États-Unis, qui ne les appliquent pas eux-mêmes). Elle ne doit pas non plus conduire à la multiplication de contraintes, sources de complexités accrues, pour les entreprises.

Il y a lieu d'**encourager l'émergence rapide, à l'échelle européenne, de normes claires sur la mesure de la performance extra-financière** ; les travaux de l'EFRAG⁹⁶ ou ceux initiés par l'IASB pourraient faciliter cette rationalisation des standards en matière de *reporting* extra-financier. Seule, *in fine*, l'harmonisation internationale (y compris avec les États-Unis) assurera l'efficacité de telles normes.

Au-delà, des **propositions d'évolution des normes comptables et financières** pourraient voir le jour pour permettre une considération des investissements en matière environnementale et en capital humain en tant qu'actifs de l'entreprise. Ils ne devraient pas être systématiquement considérés comme de simples charges et diminuer le résultat comptable de la société. Il faut, à ce titre, accroître la **réflexion sur le développement d'éléments dans la comptabilité, pondérés à l'impact social et écologique** afin de leur attribuer une valeur monétaire⁹⁷.

96. Groupe consultatif européen sur l'information financière – est une association internationale sans but lucratif qui a été créée en 2001 avec les encouragements de la Commission européenne afin de servir l'intérêt général.

97. Voir, sur ces points : Impact-Weighted Accounts Initiative, Harvard Business School : <https://www.hbs.edu/impact-weighted-accounts/Pages/default.aspx>

■ Encourager une taxonomie de transition

Par ailleurs, les travaux actuellement menés par la Commission pour une « taxonomie européenne », qui entend promouvoir les investissements durables « *en donnant une vision plus claire des activités économiques qui contribuent le plus à la réalisation des objectifs environnementaux de l'UE* »⁹⁸, révèlent la nécessité du caractère incitatif de telles mesures.

Il faut **récompenser les efforts de transition des entreprises selon une logique incitative**, ce qui implique de défendre « **une taxonomie de transition plutôt qu'une taxonomie de situation** ». Il convient également de faire des entreprises européennes les leaders de cette profonde transformation, en s'assurant que celles qui partent de loin, et qui font le plus d'efforts de transition, ne soient pas pénalisées. La France doit notamment protéger les secteurs de son économie – à l'instar de la défense – qui sont, par essence, difficilement compatibles avec ces enjeux ; elle doit, en particulier, veiller à nouer des alliances avec un plus grand nombre d'États membres pour arriver à des solutions acceptables sur ces sujets. L'accord récent franco-allemand, sur la reconnaissance comme durables des investissements dans le nucléaire pour produire de l'électricité, va dans le bon sens.

PROPOSITION N° 27

Renforcer, en matière RSE, l'exercice des pouvoirs du conseil d'administration, organe le mieux à même de défendre une approche tenant compte de l'ensemble des parties prenantes. **Inclure dans l'évaluation des objectifs des dirigeants des critères extra-financiers** cohérents avec l'émergence rapide de normes européennes en matière de *reporting* extra-financier, dans le cadre des travaux de l'EFRAG ou de ceux initiés par l'IASB. **Pousser la réflexion sur le développement d'un système de comptabilisation pondérée à l'impact social et écologique. Encourager une taxonomie de transition** pour récompenser les efforts de transition des entreprises plutôt que favoriser ceux qui ont déjà accompli toute leur transition.

■ Participer à la réduction des inégalités par le développement de l'actionnariat salarié

Vouloir mettre en œuvre une économie durable nécessite de participer à la réduction des inégalités qu'elle pourrait aggraver. À cet égard, la répartition inégale de la croissance entre les revenus du travail et du capital, qui a accompagné, dans la quasi-totalité des pays de l'OCDE, l'amointrissement de la part du travail au profit du capital dans la valeur ajoutée, est de nature à mettre en péril la cohésion politique et la durabilité du modèle économique et social. En France, la question

98. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_21_1804

est davantage celle des inégalités de patrimoine que de revenus⁹⁹, qui risque de créer une économie de rente patrimoniale, source de concentration des pouvoirs, d'inefficacité et de perte de croissance et d'attractivité.

L'actionnariat salarié, dans les sociétés cotées comme non cotées, doit être renforcé. Ce renforcement des mesures, facilitant l'accès du salarié au capital de l'entreprise et au revenu qu'il génère, permettra à cette dernière de bénéficier d'un actionnariat stable et, en général, particulièrement sensibilisé aux questions de durabilité, tout en faisant profiter le plus grand nombre des bénéficiaires issus, par exemple, de la transition écologique.

PROPOSITION N° 28

Encourager le développement de l'actionnariat salarié et d'outils juridiques et fiscaux adaptés pour participer à l'efficacité du système économique et à **la réduction des inégalités.**

Des mécanismes juridiques doivent être inventés pour renforcer le lien entre économie et territoire, formation et industrie comme clé complémentaire de notre attractivité. Les industriels doivent être capables de définir leurs besoins en compétences par filière, sur une durée de moyen à long terme, pour pouvoir ensuite mettre en place des partenariats d'avenir avec l'État, lesquels sont nécessaires pour rapprocher l'entreprise du territoire dans lequel elle est implantée, mais aussi pour développer les formations et donc les compétences, avec une priorité donnée aux filières à forte valeur ajoutée.

4.2 PROMOUVOIR PAR LE DROIT UNE AUTONOMIE STRATÉGIQUE EUROPÉENNE TOUT EN PRÉSERVANT LES INTÉRÊTS NATIONAUX

Depuis le début de la crise sanitaire mondiale, l'Union européenne a su démontrer une capacité d'adaptation qui a permis de protéger assez largement entreprises et citoyens, même si la pauvreté et la précarité y règnent encore trop largement. Le désintérêt croissant des États-Unis pour l'Europe, le contexte actuel de crise qui entoure l'Europe, l'intensification de la rivalité sino-américaine ont rappelé la nécessité, pour les Européens, de se doter des moyens d'une action à la hauteur

99. Voir, notamment : <https://www.oecd.org/fr/apropos/editionsocde/41934087.pdf>

de leur position dans le monde et de s'affirmer dans une mondialisation de plus en plus fragmentée. L'Union européenne reste, cependant, avant tout une « Union de régulation »¹⁰⁰ ; le principe de primauté du droit européen¹⁰¹ répond à l'exigence de s'assurer que l'Union ne s'enlise pas dans « un système aux applications excessivement aléatoires ou contingentes »¹⁰². À cet égard, le Brexit donne un nouveau cadre permettant à la France de mieux faire peser ses intérêts à Bruxelles qui sont, pour beaucoup, des intérêts partagés par nos voisins. La France a, dorénavant, la possibilité d'être au cœur de l'évolution normative européenne tout en agissant de façon inclusive vis-à-vis de chacun des États membres.

4.2.1 Apporter des réponses juridiques concrètes à l'extraterritorialité

Les condamnations d'entreprises françaises et européennes par les autorités américaines ont fait l'objet d'une abondante littérature depuis 2010 et de multiples rapports parlementaires. Dès septembre 2012, le *New York Times* s'inquiétait lui-même du « manque de noms américains » à propos des principaux accords transactionnels conclus avec le gouvernement américain sur le fondement de sa législation anticorruption¹⁰³. Le « pouvoir structurant » des États-Unis – qu'il s'exprime par la puissance de sa monnaie, de ses marchés de capitaux, de ses services de paiement ou par sa domination dans le domaine des nouvelles technologies (*cloud* et serveurs, notamment) – participe à expliquer ce pouvoir américain de déterminer les cadres de l'économie mondiale au moyen de son droit. Une « nouvelle géopolitique de la norme »¹⁰⁴ aux contours encore mal maîtrisés se dessine, au sein de laquelle l'Europe doit trouver toute sa place afin d'affirmer sa souveraineté et ses particularismes par son droit.

La faiblesse des dispositifs français en matière de lutte contre la corruption transnationale, dénoncée par l'OCDE¹⁰⁵ comme par les institutions et organismes spécialisés¹⁰⁶, doit être rapidement dépassée.

100. P. Sellal, « Les chemins de la puissance européenne », *Revue européenne du droit*, décembre 2021.

101. Sur cette question, voir : D. de Béchillon, « Réformer la Constitution pour qu'elle prévale sur le droit européen serait une vraie folie », *L'Express*, 22 octobre 2021.

102. B. Lasserre, « Les juges nationaux et la construction européenne : unis dans la diversité », *Revue européenne du droit*, décembre 2021.

103. S. L. Wayne, *Foreign Firms Most Affected by a U.S. Law Barring Bribes*, *The New York Times*, 4 septembre 2012. "A law intended to prohibit the payment of bribes to foreign officials by United States businesses has produced more than \$3 billion in settlements. But a list of the top companies making these settlements is notable in one respect: its lack of American names".

104. H. de Vauplane, « Une nouvelle géopolitique de la norme », in *Deals de Justice*, pp. 23-40.

105. OCDE, « L'OCDE déplore le peu de condamnations en France pour corruption transnationale, mais reconnaît les efforts récents pour assurer la pleine indépendance du parquet », 23 octobre 2012.

106. GRECO ou Transparency International.

■ Sur les enjeux liés à l'éthique et à la lutte anticorruption

Le contexte susvisé a conduit à l'adoption, par le législateur français, de la loi Sapin 2 destinée à permettre à la France d'exercer pleinement son rôle et sa souveraineté en matière d'éthique et de lutte anticorruption à la faveur d'une meilleure coordination dans l'enquête et la résolution des litiges entre les différentes autorités nationales.

L'effort doit être poursuivi **en dotant l'Union européenne d'un « Paquet anticorruption européen »** capable d'instaurer une concurrence loyale (« *level playing field* ») au niveau européen en rapprochant les autres pays européens des standards français, qui sont parmi les plus exigeants au monde, et ainsi défendre les intérêts des entreprises européennes en rééquilibrant la relation de l'Union européenne avec les États-Unis¹⁰⁷ et en jouant un rôle de régulateur international sur ces sujets.

PROPOSITION N° 29

Créer un « paquet anticorruption européen » capable de rétablir une concurrence loyale (« *level playing field* ») au niveau européen.

■ Sur les enjeux liés aux sanctions économiques

Le renforcement de la protection des entreprises françaises et européennes et l'affirmation de notre souveraineté supposent de faire la promotion du rôle de l'euro et de favoriser le développement d'un fort marché de capitaux européen, ainsi que de services de paiement européens pour renforcer l'autonomie financière de l'Europe.

Suivant la même logique, il y a lieu de recommander l'utilisation d'une partie des fonds issus du plan de relance pour **favoriser le développement d'un cloud européen** et d'infrastructures numériques européennes et **la création d'une OFAC¹⁰⁸ européenne** capable d'apporter des réponses concertées entre les services de la Commission européenne et les États membres, entreprises et individus victimes de sanctions étrangères, tout en uniformisant les règles régissant les sanctions décidées par l'Union européenne¹⁰⁹.

107. Bernard Cazeneuve et Antoine Gaudemet, Pour un droit européen de la compliance, Club des Juristes, novembre 2020.

108. Site internet du département américain du Trésor: "The Office of Foreign Assets Control ("OFAC") of the US Department of the Treasury administers and enforces economic and trade sanctions based on US foreign policy and national security goals against targeted foreign countries and regimes, terrorists, international narcotics traffickers, those engaged in activities related to the proliferation of weapons of mass destruction, and other threats to the national security, foreign policy or economy of the United States."

109. M.-H. Bérard, E. Fabry, F. Fatah, E. Knudsen, P. Lamy, G. Pons, L. Schweitzer, P. Vimont « Sanctions extraterritoriales américaines, vous avez dit autonomie stratégique européenne ? », Institut Jacques Delors, 22 mars 2021.

PROPOSITION N° 30

Sur les enjeux liés aux sanctions économiques, affirmer la **souveraineté française et européenne** par la promotion du rôle de l'euro, favoriser le développement d'un fort **marché de capitaux européen**, développer un **cloud européen** et des infrastructures numériques européennes et créer une **OFAC européenne**.

4.2.2 Affirmer un cadre juridique clair de contrôle des investissements étrangers pour les investissements extra-européens

La nécessité renouvelée d'une protection d'un ensemble d'intérêts stratégiques nationaux a conduit à un renforcement global des mécanismes de contrôle des investissements étrangers à travers le monde.

Aux États-Unis, l'élargissement du contrôle aux investissements non contrôlés et aux transactions permettant l'accès aux données personnelles sensibles de citoyens américains par le FIRRMA (2018), a marqué une profonde extension du mécanisme de contrôle américain dans la lignée des pratiques qui étaient mises en œuvre ces dernières années. En Chine, un nouveau mécanisme prévoit qu'un investissement étranger déclenchera une *national security review* dans l'un des deux scénarios suivants : indépendamment du montant ou du contrôle, s'il intervient dans l'industrie militaire ou dans son industrie de soutien ou dans une zone proche d'installations militaires, ou s'il intervient dans l'industrie affectant la sécurité nationale, comme l'énergie et les ressources importantes, les infrastructures importantes, etc., et que l'investisseur étranger a le « contrôle effectif » de l'entreprise investie.

L'Europe n'est pas en reste : un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union européenne, adopté le 19 mars 2019, comporte un mécanisme de coopération entre États membres et la définition des secteurs économiques stratégiques visés (hautes technologies, défense, infrastructures, télécoms, énergie, données personnelles...). En France, l'abaissement récent temporaire à 10 % du seuil de détention déclenchant le contrôle (contre 25 %), et l'inclusion des biotechnologies dans la liste des « technologies critiques », témoignent aussi d'une volonté de durcissement de ces mécanismes ; une appréciation trop large de la notion d'intérêts nationaux pourrait nuire à la prévisibilité de la réglementation et à l'investissement dans le pays.

Face à ce durcissement global des mécanismes de contrôle des investissements étrangers, et à l'heure du renforcement des contrôles chinois et américains, il convient de veiller à une plus grande prévisibilité des investissements concernés pour **ne protéger que les véritables intérêts nationaux, et réfléchir à des mécanismes de réciprocité au niveau européen**.

PROPOSITION N° 31

Soutenir les initiatives visant à **élargir le contrôle des investissements étrangers** pour **protéger les véritables intérêts nationaux** et **veiller à une plus grande prévisibilité des investissements** concernés.

PROPOSITION N° 32

Définir des mécanismes de réciprocité au niveau européen à l'heure du renforcement des contrôles des investissements étrangers chinois et américains.

4.2.3 Développer des standards mondiaux de régulation par le marché européen

Sur le marché intérieur, il convient de mettre à l'agenda de la Commission européenne l'adoption de dispositifs complémentaires dans les domaines éthiques (corruption, droits de l'homme ou protection de l'environnement). Au-delà des cadres internes propres à chaque pays européen, la prise en compte de certaines réalités sociales et économiques doit inviter l'Europe à user de son pouvoir de marché¹¹⁰ pour promouvoir l'adoption de nouvelles normes de régulation mondiales, à l'exemple de ce qui a été fait avec le RGPD en matière de données personnelles.

■ Favoriser l'adoption d'un devoir de vigilance à l'échelle européenne

L'adoption, en France, d'un devoir de vigilance des entreprises sur les conséquences de leurs activités envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes, ainsi que l'environnement, a toujours été conçue par comme une étape nécessaire.

La France doit être à l'initiative de l'adoption d'un **devoir de vigilance à l'échelle européenne** afin d'affirmer des valeurs éthiques fortes et communes à l'Europe sans créer (ou faire perdurer) une distorsion de compétitivité au détriment des sociétés françaises.

PROPOSITION N° 33

Favoriser l'adoption d'un devoir de vigilance à l'échelle européenne afin d'affirmer des valeurs éthiques fortes et communes à l'Europe.

110. « Effet Bruxelles ».

■ Assurer une concurrence loyale (« *level playing field* ») entre les entreprises françaises et européennes

Les forts standards développés par la France et l'Union européenne ne doivent cependant pas conduire, en pratique, à une concurrence déloyale au bénéfice des entreprises du reste du monde, souvent soumises à des standards moins élevés.

Il convient d'**identifier les domaines dans lesquels les exigences éthiques et de probité** (corruption, vigilance et RSE) **pourraient être une condition d'accès au marché intérieur** européen et de trouver d'autres moyens afin d'assurer une réciprocité, à l'instar de la taxe carbone en matière environnementale.

PROPOSITION N° 34

Étudier les domaines dans lesquels les exigences éthiques (corruption, vigilance et RSE) et de probité pourraient être une condition d'accès au marché intérieur européen et de trouver d'autres moyens pour assurer une réciprocité à l'instar de la taxe carbone en matière environnementale.

■ Soutenir une réglementation européenne des géants du numérique

La force du marché européen est, enfin, de permettre :

- (i) une évolution des règles de concurrence pour tenir compte du caractère systémique de certaines plateformes qui, en raison de leur taille et de leur part de marché, fonctionnent presque comme une porte d'entrée vers internet (*gatekeepers*) et, ainsi, écartent leurs concurrents et réduisent les opportunités offertes aux consommateurs ;
- (ii) la défense des services de médias audiovisuels d'intérêt général et l'évolution des règles de responsabilité juridique des intermédiaires en ligne afin de lutter contre les biens, services et contenus illicites dans tous les secteurs économiques. En effet, l'espace informationnel est une arme tant politique qu'économique qui peut, de nos jours, déstabiliser un État, un secteur économique ou une entreprise *via*, par exemple, les réseaux sociaux.

Il convient, cependant, de **mettre en œuvre rapidement le *Digital Market Act (DMA)*¹¹¹ et le *Digital Services Act (DSA)*¹¹²** qui devraient permettre d'adapter nos règles de concurrence en faveur des consommateurs

111. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM/2020/842 final.

112. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE, COM/2020/825 final.

comme des nouveaux acteurs (européens) et de protéger États, secteurs économiques et entreprises contre la diffusion de biens, services et contenus illicites. Doit, en particulier, être approuvée la généralisation, à l'échelle européenne, dans le cadre du Digital Services Act, des initiatives visant à permettre un accès réglementé et continu à la compréhension des règles de fonctionnement des plateformes afin, en particulier, d'évaluer le fonctionnement des algorithmes et leurs impacts sur les consommateurs et les entreprises¹¹³. Il est, toutefois, regrettable que le *Digital Service Act* (i) n'impose pas de délai et de procédure pour faire respecter les obligations incombant aux acteurs du numérique, en particulier pour supprimer les services et contenus illicites, et (ii) ne confie pas à une autorité européenne ou à des autorités nationales d'assurer l'exécution de ces règles.

Les nouveaux acteurs du numérique étant devenus des supports de diffusion de l'information, il est suggéré de réfléchir à **l'instauration, sur les contenus** qui y sont diffusés, **d'un régime de responsabilité** proche de celui des médias.

Dans un contexte où les fabricants de téléviseurs connectés ont tendance à mettre en avant, pour leurs utilisateurs, les plateformes et services audiovisuels dont l'assise est mondiale (Netflix, Amazon, etc.)¹¹⁴, il est important de **veiller à ce que les services de médias audiovisuels européens d'intérêt général soient mis en avant**¹¹⁵, afin d'éviter (i) leur perte de visibilité auprès du public sur l'ensemble des environnements connectés et (ii) d'assurer une pluralité dans l'information.

La transparence des algorithmes pourrait enfin être envisagée *via* le DMA, comme obligation de transparence des *gatekeepers* ; *l'explicitabilité* est une bonne pratique de gouvernance qui doit être intégrée chez les développeurs des grands acteurs du secteur privé, dès lors qu'elle permet d'anticiper les erreurs et les risques de discrimination technologique.

PROPOSITION N° 35

Soutenir une réglementation européenne des géants du numérique par la mise en œuvre rapide du *Digital Market Act* et du *Digital Services Act*, en les rendant plus efficaces, et par **l'instauration d'un régime de responsabilité de ces firmes pour les contenus diffusés en ligne similaire à celui des médias**, tout en veillant à ce que les services de médias audiovisuels européens d'intérêt général ne perdent pas en visibilité auprès du public.

113. Voir sur ces points J. Toledano et J. Cattan, « Le Digital Markets Act permettra-t-il à l'Europe de reprendre le pouvoir sur les GAFA ? », RED, 2021.

114. Les exemples concrets de mise à l'écart des services et contenus européens sont nombreux : boutons Netflix et Amazon sur les télécommandes des téléviseurs mis en vente aujourd'hui dans le commerce, algorithmes mettant en avant les contenus et applications de groupes également producteurs de terminaux (enceintes connectées Amazon ou Apple qui renvoient vers leurs contenus).

115. La directive européenne « Services de médias audiovisuels » n° 2018/1808 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 (SMA, article 7 bis) dispose que « les États membres peuvent prendre des mesures afin d'assurer une visibilité appropriée pour les services de médias audiovisuels d'intérêt général ». La France avait joué un rôle majeur pour l'adoption de cette mesure lors de son examen par le Parlement européen.

4.3 RENFORCER L'ATTRACTIVITÉ ET L'EFFICACITÉ DU SYSTÈME JUDICIAIRE

De vastes réformes seront proposées par les États généraux de la Justice. C'est pourquoi il a été choisi de limiter les recommandations à quelques moyens de rendre, aux yeux des entreprises étrangères et des investisseurs internationaux, plus compréhensible et plus attractif le système judiciaire français. Il sera donc abordé exclusivement des recommandations relatives à de grands contentieux, c'est-à-dire à des procédures civiles, commerciales ou pénales opposant ou concernant des sociétés françaises et étrangères et portant sur des sujets complexes, ou sur des sommes importantes.

Néanmoins, comme tous ceux et celles qui se sont penchés sur la situation générale de notre justice, l'on ne peut qu'être saisi de vertige devant la pauvreté de ses moyens. Si on n'y remédie pas par le **recrutement massif de magistrats et d'auxiliaires** leur permettant de se consacrer au cœur de leurs missions, et par une **augmentation considérable de budget**, en particulier celui de l'assistance judiciaire, il est vain d'espérer, pour notre pays, une justice plus moderne, de meilleure qualité et plus attractive¹¹⁶.

Il est essentiel que la justice apporte une réponse satisfaisante dès le premier examen des affaires qui lui sont soumises. Il faut donc, en matière civile, **réorienter une partie des moyens alloués à la cour d'appel au profit des juridictions de première instance** dont les décisions, améliorées par ce renforcement, n'encourraient la réformation que pour des erreurs manifestes de droit ou de fait. Pour sa part, la Cour de cassation, développant la gestion des circuits diversifiés de traitement des pourvois, consacrerait le temps et l'expertise nécessaires aux questions portant sur des enjeux de grande importance. Cette évolution ne sera, en tout état de cause, viable que s'il y a avant tout un effort de recrutement massif qui doit être lancé sur cinq années afin de permettre à la justice française de se mettre au niveau des standards européens moyens.

PROPOSITION N° 36

Réorienter une partie des moyens alloués à la cour d'appel au profit de la première instance dont les décisions en matière civile n'encourraient la réformation que pour des erreurs manifestes, de droit ou de fait.

116. Il existe également une voie complémentaire pour désengorger les juridictions et donc, leur permettre de réallouer des moyens à d'autres procédures, qui consiste à instituer des systèmes de règlement des conflits sur le modèle de la composition administrative créée par l'AMF en 2010 et qui permet de transiger en matière de manquements à la réglementation boursière. Ce type de procédure, qui connaît un véritable succès, pourrait se développer en d'autres matières (A. Maréchal et B. Legris, « La composition administrative de l'AMF : un premier bilan très positif », BJB, décembre 2016). Il convient néanmoins d'avoir à l'esprit l'absence de recours dans ce type de procédure pour déterminer les domaines auxquels il pourrait être étendu.

L'expérience enseigne que les justiciables étrangers, notamment les personnes morales, ne sont pas enclins à se tourner vers la justice française, dans des matières civile et commerciale, car elle leur paraît abstraite, éloignée des faits, lente¹¹⁷, pour tout dire obscure et aride, alors que les avocats et les juges n'ont, pour ainsi dire, aucun contact. La mise en état se limite à des échanges d'écritures dont le juge n'est que témoin, l'audience se déroule devant des magistrats le plus souvent muets, elle est brève même si le contentieux est important ou complexe, le temps des magistrats étant compté, la durée des plaidoiries est limitée. Les conclusions d'élaboration de la décision affaiblissent la confiance des parties.

Il existe pourtant à Paris deux institutions plus adaptées aux exigences des contentieux importants : l'arbitrage et les chambres commerciales internationales du tribunal de commerce et de la cour d'appel.

Paris est depuis longtemps une place reconnue pour l'arbitrage, mais son importance décline au profit de Londres et de certaines places asiatiques. L'explication de ce déclin tiendrait à des scandales affectant l'impartialité des arbitres, mais aussi à l'évolution de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris vers un contrôle plus approfondi des motifs de la sentence. Pourtant, les parties recourent à l'arbitrage justement parce que les arbitres interprètent avec souplesse la norme à appliquer.

Pour **conforter la place de Paris en matière d'arbitrage**, il convient de :

- **réaffirmer le principe de subsidiarité**, c'est-à-dire un contrôle minimum du juge étatique, à l'exception des matières et des dossiers dans lesquels l'intérêt public doit faire l'objet d'une attention particulière, afin d'éviter que l'arbitrage n'y soit perçu comme une voie permettant de couvrir des pratiques contraires à l'ordre public international ;
- **renforcer les règles de nomination des arbitres** pour assurer leur indépendance et leur impartialité.

PROPOSITION N° 37

Conforter la place de Paris en matière d'arbitrage en réaffirmant le principe de subsidiarité et en renforçant les règles de nomination des arbitres pour assurer leur indépendance et leur impartialité.

117. Sous réserve du renforcement massif des moyens déjà mentionné, il pourrait être remédié à la lenteur de la justice française, en certaines matières, par l'introduction d'un délai imparti aux juges pour rendre leurs décisions à compter de leur saisine. Une telle solution, qui a fait ses preuves en matière de recours contre les offres publiques mentionnées aux sections 1 à 3 du chapitre III du titre III du livre IV du Code monétaire et financier (cf. l'article L. 621-30 de ce code), pourrait être appliquée en d'autres matières.

Les chambres commerciales internationales créées il y a quelques années au sein du tribunal de commerce et de la cour d'appel de Paris offrent, pour des procès importants, des moyens exceptionnels qui les rapprochent des mécanismes de l'arbitrage comme des procédures pratiquées par les grandes juridictions étrangères. Ce système est par nature coûteux (appel à des témoins, des experts, traductions, recherches de précédents français et étrangers, mise en place d'un appareil numérique puissant) et demeure largement ignoré, notamment des avocats étrangers. Son développement suppose des ressources *a priori* incompatibles avec le principe de gratuité de la justice. Mais parce que les parties qui choisissent de soumettre leurs litiges à ces chambres disposent d'importants moyens financiers, il serait objectif, rationnel et proportionné de les faire participer au financement des moyens particulièrement coûteux mis en œuvre à cette fin.

Chacune des parties s'adressant aux chambres commerciales internationales pour trancher leurs litiges devrait progressivement doter un dispositif budgétaire. Ce financement spécialement affecté permettrait aux chambres de disposer des moyens nécessaires pour traiter de façon attractive des contentieux du droit des affaires international et de se faire connaître et apprécier à l'étranger.

PROPOSITION N° 38

Financer de manière équitable les chambres commerciales internationales en mettant en place un dispositif budgétaire qui serait progressivement doté par chacune des parties s'adressant aux chambres commerciales internationales.

Les procédures suivies devant les arbitres et les chambres commerciales internationales indiquent des pistes recommandées pour améliorer la confiance des justiciables. Dans les procédures commerciales complexes et importantes qui ne sont pas attribuées aux chambres internationales, le manque de moyens matériels et humains conduit, dans la plupart des cas, les juges à ne pas utiliser les outils offerts par le Code de procédure civile pour rechercher la preuve des faits allégués, obtenir des pièces, entendre des témoins, désigner des experts (titre VII du CPC), que ce soit donc au stade de la mise en état ou à celui de l'audience.

Il convient de s'inspirer de l'organisation des pratiques suivantes, déjà mises en œuvre par certaines chambres de la cour d'appel de Paris :

- le président ne se contente pas de fixer les dates de dépôt des conclusions, mais reçoit à intervalles réguliers les avocats pour faire un point sur l'avancement du dossier et préciser ce qui demeure obscur, doit être souligné ou complété éventuellement par la production d'éléments probants ;

- l'audience y est orale et très interactive¹¹⁸.

Les parties, dans l'attente de la décision, ont de la sorte clairement conscience de la connaissance par le juge du dossier, de ses enjeux et des problèmes soulevés. La décision, favorable ou défavorable, est ainsi mieux comprise et acceptée.

Cette procédure, pour être menée à bien, implique que les magistrats soient aidés dans ces matières, pour classer et étudier des dossiers très volumineux et techniques, analyser les arguments, la jurisprudence, mais aussi les précédents étrangers lorsque l'affaire est inédite. Il n'est pas traditionnel, en France, que les juges soient assistés dans l'accompagnement de leur mission.

À cet égard, il convient de poursuivre et défendre de telles initiatives en **permettant le recrutement, pour assister les magistrats, d'excellents élèves avocats**. Il pourrait également être envisagé d'accueillir, pour des stages de longue durée, de jeunes magistrats candidats à des affectations dans les chambres commerciales des cours d'appel. Enfin, il convient de créer des équipes de soutien aux juges dans les contentieux complexes, en particulier dans ceux relevant des chambres commerciales internationales.

Cette procédure suppose une évolution culturelle afin que, comme aux États-Unis ou au Royaume-Uni, les rapports entre juges et avocats reposent sur la conviction commune de participer ensemble, chacun dans leur rôle, à l'efficacité de la justice. Cela n'est pas le cas en France, où l'on constate une dégradation des relations avocats/magistrats. Chacune des professions se méfie de l'autre et les matières financières amplifient cette disposition d'esprit. Il existe bien sûr des exceptions. Elles permettent des décisions mieux comprises et acceptées par les parties, car rendues dans un contexte apaisé.

À l'université, aux écoles d'avocats, à l'École nationale de la magistrature, il convient de faire en sorte que les **étudiants travaillent le plus possible ensemble et apprennent ainsi à mieux se connaître et se respecter**. À ce titre, l'expérience de cours communs aux avocats et aux magistrats, dans le cadre de leurs formations professionnelles continues, doit être amplifiée. L'organisation de colloques, de conférences, de réunions par les barreaux et la magistrature est une piste qui mérite aussi d'être encouragée.

118. La Cour, après avoir communiqué un rapport résumant les faits tels que présentés par les parties et les thèses en présence, avant d'entendre leurs plaidoiries, interroge les avocats sur les sujets, à ses yeux, les plus importants.

PROPOSITION N° 39

Encourager une meilleure coopération entre magistrats et avocats en favorisant des échanges plus réguliers tout au long des procédures, en permettant aux juridictions le recrutement d'assistants parmi les élèves avocats et en multipliant les formations communes aux magistrats et aux avocats.

Enfin, **le système judiciaire français gagnerait à ce que sa promotion soit assurée à l'international**, en particulier par ses avocats et magistrats, afin de renforcer son attractivité, et ce, au moyen, par exemple, de l'organisation de grands événements internationaux, de déplacements de délégations à l'étranger, ou encore de partenariats avec d'autres barreaux.

PROPOSITION N° 40

Promouvoir le système judiciaire et le droit français par l'organisation d'événements internationaux et l'implication des avocats et magistrats à l'étranger.

4.4 RENFORCER LA FORMATION

Les propositions formulées plus haut entendent renforcer l'attractivité et la compétitivité par la norme. Bien entendu, elles ne sauraient prétendre à l'exhaustivité et d'autres enjeux essentiels d'attractivité et de compétitivité n'ont pas été traités dans les précédents développements.

On évoquera ici le nécessaire développement de la formation et des compétences – et plus largement du capital humain – afin de répondre aux transformations induites par la nouvelle économie et au besoin impérieux d'une réindustrialisation.

Le droit a, ici encore, un rôle à jouer en favorisant l'émergence d'instruments juridiques et fiscaux (ou autrement incitatifs) simples permettant d'accroître les passerelles entre le système universitaire et les autres écoles et au sein même de ces systèmes (sachant que l'on pourrait même réfléchir au regroupement au sein de pôles).

Par ailleurs, la loi Avenir professionnel du 5 septembre 2018¹¹⁹ a refondu en profondeur l'apprentissage et la formation professionnelle afin d'en faire une filière d'excellence de manière durable. La loi a notamment simplifié les conditions d'exécution du contrat d'apprentissage et créé un nouvel établissement public, France compétences, chargé d'assurer le financement, la régulation et l'amélioration du système de la formation professionnelle et de l'apprentissage.

S'il est encore trop tôt pour tirer des conclusions de cette loi, il est recommandé d'assurer, au moins dans un premier temps, la stabilité de ce nouveau cadre juridique et de suivre de près sa mise en œuvre. Pour ce faire, un comité de suivi régulier pourrait être créé afin de vérifier la réalisation des objectifs escomptés et de veiller à une plus grande fluidité entre les différents acteurs, par exemple, en encourageant la digitalisation des processus et les passerelles pour passer d'un secteur ou d'une branche à l'autre.

Enfin, le développement de l'apprentissage, qui se traduit par une augmentation du nombre d'apprentis, soulève la question des ressources affectées, celles-ci dépendant des entreprises dont il ne semble pas opportun d'augmenter les charges. En fonction de l'équilibre qui sera atteint dans les prochaines années, il conviendra de réfléchir à un ajustement des ressources disponibles en évitant de mettre davantage à contribution les entreprises.

PROPOSITION N° 41

Favoriser l'émergence d'instruments juridiques et fiscaux (ou autrement incitatifs) **simples permettant d'accroître les passerelles** entre le système universitaire et les autres écoles et au sein même de ces systèmes (sachant que l'on pourrait même réfléchir au regroupement au sein de pôles) **et assurer la stabilité du nouveau cadre juridique sur l'apprentissage et la formation professionnelle, instauré par la loi Avenir en suivant de près sa mise en œuvre** (par la création d'un comité de suivi régulier destiné à veiller à une plus grande fluidité entre les différents acteurs, par exemple, en encourageant la digitalisation des processus et les passerelles pour passer d'un secteur ou d'une branche à l'autre).

119. Loi n° 2018-771.

5

**SUR
L'EFFICACITÉ
DE
L'ACTION
PUBLIQUE**

Confrontée à des crises multiples et d'une ampleur inédite, l'action publique est régulièrement dénoncée comme étant inefficace, voire inadaptée. Le lien de confiance entre les citoyens et leurs représentants s'est détérioré. La problématique de l'efficacité de l'action publique relève pourtant d'une exigence démocratique : les acteurs publics doivent, en effet, répondre aux attentes formulées par les citoyens.

Ce bouleversement de la perspective de l'action publique offre l'opportunité d'une réflexion sur son identité. Interroger le thème de l'action publique n'est cependant pas une œuvre anodine, tant les mutations qui affectent le rôle de l'État sont profondes et questionnent le choix d'un modèle de société. L'action publique revêt, en effet, une double dimension. Reposant sur une logique d'action, elle suppose, d'abord, que les collectivités publiques soient en capacité d'agir *réellement* sur la société, en prenant des décisions dont les résultats sont à la mesure des problèmes sociaux. La question de l'efficacité, entendue comme la capacité à produire les effets attendus, lui est donc consubstantielle. Mais l'action publique induit aussi l'interaction d'une multiplicité d'acteurs, publics et privés, dans la mise en œuvre des politiques publiques. Elle renvoie alors à des problématiques relatives à l'organisation administrative, aux pratiques institutionnelles, ou encore au processus d'élaboration et d'évaluation de ces politiques.

La transformation de l'action publique est une ambition poursuivie par les gouvernements successifs depuis vingt ans. Pourtant, si les différentes réformes ont tendu à renforcer le rôle des collectivités publiques, notamment à l'échelon local, force est de constater qu'elles n'ont su qu'imparfaitement répondre aux attentes sociales. La complexité croissante de l'environnement normatif, comme le développement d'une culture de la défiance à l'égard des décideurs ont, au contraire, conduit à une forme d'inhibition de l'action publique.

Au regard de l'ampleur du phénomène, il y a lieu d'articuler la réflexion autour de cinq axes principaux : la prolifération et la qualité des normes (1) ; la compétence du politique et la question du cumul des mandats (2) ; l'attractivité de la haute fonction publique (3) ; la responsabilité des décideurs publics (4) ; enfin, la prise en compte du long terme dans la décision publique (5).

5.1 LE DÉSORDRE NORMATIF

L'excès de législation et de réglementation est un mal ancien dans notre pays. « Nous avons en France plus de lois que le reste du monde ensemble et plus qu'il n'en faudrait à régler tous les mondes d'Épicure » écrit déjà Montaigne, dans les *Essais*, en 1588. Dans *l'Esprit des lois*, Montesquieu rappelait, en 1748, que « les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires ».

Mais le phénomène s'est aggravé et amplifié. Le nombre de textes augmente, leur longueur s'accroît, leur instabilité s'accélère, leur qualité se dégrade. Dès 1991, le Conseil d'État sonne l'alarme, dans son rapport public annuel, intitulé « De la sécurité juridique ». Il écrit que « lorsque la loi bavarde, le citoyen ne lui prête qu'une oreille distraite ». Il revient sur le sujet dans son rapport public de 2006 qui a pour titre « Sécurité juridique et complexité du droit ». Il observe que : « Le droit, au lieu d'être un facteur de sécurité, devient un facteur d'inquiétude et d'incertitude. La démarche de simplification court après ses objectifs ». Dix ans plus tard, dans son rapport public de 2016 qui a pour objet « Simplification et qualité du droit », le Conseil d'État constate que peu d'améliorations ont été réalisées et il note, au total, « des efforts indéniables, des résultats insuffisants ».

Un véritable désordre normatif s'est, en vérité, installé. Plusieurs pathologies en témoignent. Le volume de la plupart des codes s'est considérablement accru. D'incessantes modifications sont apportées aux lois et règlements. Le rythme est particulièrement inquiétant dans des matières comme la législation fiscale, la procédure pénale, l'entrée et le séjour des étrangers. La « révolution juridique » souhaitée en 1958 pour recentrer la loi sur des règles essentielles n'a pas porté ses fruits. Les lois traitent de questions de détail et empiètent, trop souvent, sur le domaine réglementaire. Les amendements parlementaires se multiplient au-delà du raisonnable, si bien qu'un projet de loi, déjà long au départ, double ou triple de volume à l'issue des débats. Regardé à l'origine comme exceptionnel, le recours aux ordonnances s'est banalisé, au point que plus de la moitié des nouvelles dispositions de nature législative sont aujourd'hui issues d'ordonnances.

De surcroît, l'activité normative ne se mesure désormais plus seulement en nombre de textes, mais en nombre d'articles ou de mots. Pour s'en tenir à l'activité législative, le nombre d'articles de loi en vigueur a augmenté de 41,4 % entre 2008 et 2021. Plus spectaculaire est l'évolution du nombre de mots dans les lois en vigueur, qui a augmenté de 69,6 % sur la même période¹²⁰.

120. Secrétariat général du gouvernement, *Indicateurs de suivi de l'activité normative*, 2021, 36 p., disponible sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/Media/Files/autour-de-la-loi/legislatif-et-reglementaire/statistiques-de-la-norme/indicateurs-de-suivi-de-l-activite-normative-2021-format-pdf-4-2-mo.pdf>. Le droit législatif en vigueur est évalué, au 25 janvier 2021, à 89 185 articles et 13 286 607 mots, contre 63 062 articles et 7 834 180 mots en 2008, à la même date.

De multiples causes se conjuguent pour aboutir à cette dégradation constante. Une part de la production normative est exigée pour transposer ou appliquer un droit de l'Union européenne qui est, lui-même, souvent foisonnant. De manière générale, les autorités publiques interviennent de plus en plus sur des sujets complexes, qui appellent des normes développées. Un effet d'engrenage se produit : modifier ou préciser un texte volumineux demande des dispositions de plus en plus prolifiques. Un certain perfectionnisme conduit à toujours ajouter des précisions ou à affiner des prescriptions. Dotées de compétences normatives, les autorités indépendantes contribuent, elles aussi, volontiers à l'accumulation des règles. Les collectivités territoriales prennent leur part au mouvement. De manière sans doute plus fondamentale, la croyance est répandue que toute difficulté trouve sa solution dans un texte supplémentaire et que produire de la norme est le témoignage d'une volonté d'action.

Complexité, insécurité, lourdeur s'aggravent en conséquence, d'année en année. En dépit de bonnes intentions régulièrement affichées, les gouvernements successifs n'ont jamais réussi à inverser la tendance. Les conséquences qui en découlent sont préoccupantes. L'administration, elle-même, est débordée par un droit qu'elle édicte sans le maîtriser. Les initiatives privées se heurtent à des contraintes paralysantes. L'attractivité même du pays se trouve atteinte.

Quelques palliatifs ont, certes, été mis en place. Un important travail de codification a été accompli après la création, par le décret du 12 septembre 1989, de la Commission supérieure de codification. Des codes anciens ont été rénovés, de nombreux nouveaux codes ont été adoptés. Plus de 60 % des normes de valeur législative sont aujourd'hui codifiées. L'accessibilité et l'intelligibilité du droit s'en trouvent fortement améliorées. Mais il s'agit, pour l'essentiel, d'une codification à droit constant, qui assure une remise en ordre sans réduire pour autant le volume des textes. Une attention vigilante est portée, par le Conseil national d'évaluation des normes, aux projets de textes qui ont une incidence sur les collectivités territoriales. Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et la loi organique du 15 avril 2009, les études d'impact sur les projets de loi sont obligatoires. Toutefois, même si leur qualité s'est améliorée, les études d'impact demeurent trop souvent un exercice formel, réalisé après la rédaction d'un projet, et qui ne répond donc pas à l'objectif d'une véritable réflexion préalable sur le besoin d'un texte. De surcroît, ni les propositions de loi ni les ordonnances ne sont précédées d'une étude d'impact. Enfin, alors qu'elle entendait rationaliser la procédure législative en faisant de l'examen des textes en commission le lieu privilégié d'exercice du droit d'amendement, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'a pas transformé les pratiques parlementaires. La multiplication des amendements techniques, déposés en séance publique, continue d'alourdir les textes, tout en contribuant à l'obstruction du temps législatif.

Des réactions de la jurisprudence ont constitué des rappels à l'ordre et ouvert quelques pistes. Le Conseil constitutionnel a dégagé un objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi¹²¹ et affirmé un principe constitutionnel de clarté de la loi¹²². Il a exigé de la loi qu'elle revête une portée normative¹²³. De son côté, le Conseil d'État a érigé la sécurité juridique en principe général du droit¹²⁴. Par son étude de 2013 sur le droit souple comme par sa jurisprudence¹²⁵, il a montré l'intérêt d'une normativité graduée qui permet de remplacer des textes impératifs par des recommandations et des incitations de nature à influencer sur les comportements.

Le législateur lui-même a réagi, en adoptant de nombreuses lois de simplification qui sont cependant, elles-mêmes, souvent fort lourdes et complexes. Le Sénat a créé un bureau d'abrogation des lois anciennes et inutiles (bureau « balai ») qui a conduit à l'adoption d'une loi du 11 décembre 2019 abrogeant 44 lois adoptées entre 1819 et 1940. Le travail se poursuit sur la période allant de 1941 à 1980, pour laquelle une proposition de loi prévoit l'abrogation de 163 lois.

Pour intéressantes qu'elles soient, ces différentes initiatives n'endiguent toutefois pas une inflation normative à laquelle seule une politique d'envergure peut mettre un terme.

Une forte volonté, exprimée au plus haut niveau de l'État, est nécessaire pour infléchir un mouvement dont les racines sont anciennes et profondes. Elle suppose un véritable changement de culture. En particulier, les lois de circonstance, adoptées dans l'émotion pour apporter un semblant de réponse à des difficultés dont le règlement n'appelle en réalité aucun texte, doivent être proscrites. Surtout, il importe de sortir de la double illusion selon laquelle toute action se traduit par des textes et une norme supplémentaire apporte une solution appropriée à tout problème. La réalité est plutôt inverse. Ajouter aux lois et règlements complique souvent la situation sans donner aux différents acteurs des moyens qui sont à rechercher non dans l'empilement des textes, mais dans une capacité d'intervention mieux conçue, organisée et mise en œuvre. Un meilleur respect du cadre constitutionnel défini en 1958 permettrait également de recentrer la loi sur les questions qui relèvent véritablement de son niveau. Les études d'impact pourraient être exigées pour les ordonnances et les propositions de loi, et les exigences renforcées quant à leur méthodologie, leur calendrier, leur évaluation.

121. Cons. const., 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, n° 99-421 DC.

122. Cons. const., 29 juillet 2004, *Loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales*, n° 2004-500 DC.

123. Cons. const., 21 avril 2005, *Loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école*, n° 2005-512 DC.

124. Conseil d'État, ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, n° 288460.

125. Conseil d'État, ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta international et autres*, n° 368082 ; 21 mars 2016, *SNC Numericable*, n° 390023.

Pour éclairer de manière régulière les autorités politiques sur ces questions, une **mission de veille et d'alerte** pourrait être confiée à une structure légère groupant les institutions qui agissent aujourd'hui de manière séparée, les assemblées parlementaires, le Conseil d'État, la Cour de cassation, le Secrétariat général du gouvernement, la Commission supérieure de codification, le Conseil national d'évaluation des normes. Un audit de la législation, domaine par domaine, pourrait, dans un premier temps, lui être confié. Elle établirait ensuite, chaque année, un rapport public sur la situation normative, en mettant en lumière les évolutions positives comme les défaillances observées.

La mesure de l'inflation normative, qui est absolument fondamentale, devrait être suivie, domaine par domaine, par l'obligation de fixer des objectifs chiffrés en « volume » de suppression ou en économies. Par ailleurs, il faut agir contre la « surtransposition » des normes, mal très français.

Un vrai sursaut s'impose pour remédier au foisonnement et à la dégradation de la norme qui sont sources, à la fois, d'inefficacité et d'injustice. Le rétablissement de la possibilité, pour les parlementaires, d'exercer un mandat exécutif local est l'un des moyens d'aller dans ce sens.

PROPOSITION N° 42

Lutter contre le désordre normatif, non seulement par l'expression renouvelée d'une forte volonté au plus haut niveau de l'État, mais également par la création d'**une institution légère et efficace de veille et d'alerte**.

5.2 RESTAURER LA POSSIBILITÉ, POUR LES PARLEMENTAIRES, D'EXERCER EN PARALLÈLE DES RESPONSABILITÉS D'EXÉCUTIF LOCAL

Si l'efficacité de l'action publique passe, en partie, par une réforme des conditions d'adoption des textes de valeur législative, elle est aussi déterminée par l'origine et les compétences des personnes qui en ont la responsabilité. C'est vrai pour les fonctionnaires et les agents publics qui feront l'objet du chapitre suivant ; c'est également vrai pour les parlementaires.

À cet égard, les règles actuelles d'incompatibilité des mandats semblent réduire la compétence des législateurs, et participer à l'inflation

normative. Elles devraient être corrigées pour permettre l'exercice de deux mandats : l'un de parlementaire (sénateur ou député) et l'autre d'exécutif d'une entité locale (quelles que soient sa taille et sa nature).

Aujourd'hui, l'article LO 141-1 du Code électoral, issu de la loi organique n° 2014-125 du 14 février 2014, prévoit que le mandat de député, et donc de sénateur – le régime est le même – est incompatible avec les fonctions :

- de maire ou d'adjoint au maire ;
- de président ou de vice-président d'un conseil départemental ;
- de président ou de vice-président d'un conseil régional ;
- de président ou de vice-président d'un établissement public de coopération, d'un syndicat mixte, ou d'une collectivité à statut particulier (Corse et Outre-mer).

Ce régime strict d'incompatibilité a été motivé par les considérations suivantes¹²⁶ : libérer les parlementaires des responsabilités d'exécutif local dans un contexte marqué par un renforcement de l'importance du travail au sein des deux assemblées ; permettre aux exécutifs locaux de se consacrer pleinement à leur mandat dans un contexte de renforcement des pouvoirs des collectivités locales et de leurs établissements publics ; et permettre une modernisation de la vie politique grâce à un renouvellement des titulaires de mandats électifs locaux et nationaux.

Ces motifs sont certainement légitimes, mais sont défavorables à l'efficacité de l'action publique et ne contribuent pas à la qualité de la norme législative.

À cet égard, si l'exercice d'un mandat de parlementaire et d'un mandat d'exécutif local est désormais interdit, en revanche, un parlementaire peut toujours ajouter à ses fonctions celles de chef d'entreprise ou d'avocat, par exemple. De même, un ministre, dont la charge de travail n'est pourtant pas moindre que celle d'un parlementaire, n'est pas tenu aux mêmes incompatibilités et peut très bien exercer des fonctions exécutives locales.

Ces différentes situations montrent bien que les motifs qui ont conduit à la réforme de 2014 ne sont sans doute pas aussi forts que cela et il est proposé de permettre à un parlementaire d'exercer en parallèle, de façon raisonnable, un seul mandat d'exécutif local.

En premier lieu, ce n'est pas l'intérêt personnel des parlementaires eux-mêmes qui est ici en jeu, mais seulement la possibilité d'exercer de

126. Exposé des motifs de la loi organique n° 2014-125 du 14 février 2014 interdisant le cumul de fonctions exécutives locales avec le mandat de député ou de sénateur.

façon encadrée deux mandats, l'un national et l'autre local, dans une perspective d'amélioration de l'efficacité de l'action publique.

En deuxième lieu, en simplifiant beaucoup, l'article 24 de la Constitution reconnaît au Parlement deux grandes missions : voter la loi et contrôler l'action du gouvernement qui est responsable devant lui politiquement. L'efficacité du Parlement dépend, pour une bonne part, de la personnalité des élus qui doivent avoir une indépendance d'esprit suffisante, un poids politique et une bonne connaissance des réalités complexes d'une France de plus en plus diverse et éclatée.

Le Parlement doit ainsi refléter les diversités françaises, comprendre les aspirations concrètes de nos concitoyens et pouvoir peser utilement sur le travail de préparation des lois qui relève, pour l'essentiel, du gouvernement.

Ces attentes à l'égard des élus nationaux ont bien été soulignées à l'occasion de la crise récente des gilets jaunes qui ne se reconnaissaient pas dans un personnel politique jugé trop lointain et peu au fait des réalités quotidiennes.

En troisième lieu, l'exercice de fonctions locales :

- confère une connaissance réelle des réalités locales et des attentes des Français ;
- fournit des informations concrètes et de terrain permettant sans doute d'ajuster les lois aux besoins des Français ;
- donne l'occasion de bien mesurer les effets des lois une fois votées.

Le mandat d'exécutif local nourrit ainsi le travail parlementaire qui, lui-même, donne des clés, au niveau national, pour l'exercice, dans les meilleures conditions, d'un mandat exécutif local.

En quatrième lieu, un mandat d'exécutif local exercé par certains parlementaires est certainement de nature à conférer à ces membres du Parlement l'expérience, la connaissance et l'indépendance dont ils ont besoin pour l'exercice de leurs missions.

L'ensemble de ces éléments conduit à formuler une proposition consistant à revenir sur la réforme de 2014 et à **permettre aux parlementaires d'exercer aussi un et un seul mandat d'exécutif local, quelles que soient la taille et la nature de la collectivité** locale dont le parlementaire serait l'exécutif (et non pas, comme dans la proposition de loi organique adoptée par le Sénat le 12 octobre 2021, qui ne permettrait l'exercice d'un mandat national en plus du mandat de maire que pour les communes de moins de 10 000 habitants).

Au final, cette réforme devrait faire revenir, au sein des assemblées, de grands élus locaux. La démocratie en sortira plus vivante. L'action

publique sera également plus efficace, plus moderne et mieux à même de comprendre les attentes très diverses des Français et d'y répondre. La qualité de la loi devrait également être renforcée par cette double expérience de certains parlementaires, à la fois locale et nationale.

Pour la mise en œuvre de cette réforme, une loi organique devrait être votée.

PROPOSITION N° 43

Restaurer la possibilité, pour les parlementaires, d'exercer en parallèle des responsabilités d'exécutif local, quelles que soient la taille et la nature de la collectivité locale, afin notamment de faire revenir de grands élus locaux au sein des Chambres.

5.3 RENDRE LA HAUTE FONCTION PUBLIQUE PLUS ATTRACTIVE POUR RENFORCER LA CAPACITÉ OPÉRATIONNELLE ET STRATÉGIQUE DE L'ÉTAT

Dans le contexte de profondes transformations que traverse notre société, le thème de l'efficacité de la haute fonction publique mérite, plus que jamais, d'être interrogé. Concurrencé par de nouveaux acteurs, confronté à l'inquiétante montée d'un sentiment de défiance venant de la société et, surtout, tiraillé entre le besoin d'une vision stratégique et la satisfaction d'une demande politique de court terme, l'État fait face à de nombreux défis.

Pour y répondre, il doit pouvoir compter sur une haute fonction publique d'excellente qualité, représentative de la société et adaptée aux enjeux de long terme. Telle était, d'ailleurs, l'ambition du modèle élaboré après-guerre.

Alors qu'il opère dans un environnement juridique toujours plus complexe et risqué, l'État peine désormais à rivaliser avec le secteur privé et l'étranger pour attirer les meilleurs talents de la République. Le nombre de candidats aux grandes écoles de service public a baissé de 50 % au cours des dix dernières années¹²⁷. Le constat se fait également ressentir dans le domaine de la recherche où, symboliquement, les

127. Premier ministre, Rapport de la mission « Haute fonction publique » présidée par F. Thiriez, janv. 2020, p. 12.

deux dernières françaises lauréates du prix Nobel – Esther Duflo et Emmanuelle Charpentier – l'ont reçu pour des recherches conduites à l'étranger. La haute fonction publique perd indéniablement en attractivité. Des solutions doivent être apportées de façon urgente ; il en va du maintien de la capacité d'action de l'État dans les prochaines décennies.

La haute fonction publique ne constitue pas une notion juridique, le statut général de la fonction publique ne connaissant que trois catégories de corps ou cadres d'emplois – A, B et C – selon le degré de qualification attendu de l'agent. En revanche, son existence repose bien plus sur des considérations d'ordre sociologique, relatives à la formation des hauts fonctionnaires, à leur niveau de rémunération ou aux fonctions occupées dans la hiérarchie administrative.

La problématique de l'attractivité doit être soulevée à l'égard de deux séries de hauts fonctionnaires. En premier lieu, ceux qui garantissent au quotidien l'efficacité de l'action publique : les emplois fonctionnels des administrations centrales, des collectivités territoriales et des hôpitaux, les agents titulaires de fonctions juridictionnelles, de contrôle ou d'inspection. En second lieu, les enseignants-chercheurs et les chercheurs, qui doivent faire l'objet d'une attention particulière afin que l'État ne se trouve pas exposé à un risque de décrochage.

5.3.1 Répondre au besoin d'une fonction publique efficace

Le thème de l'efficacité de l'action publique a régulièrement été associé, au cours des vingt dernières années, à une réflexion sur l'accès et le statut de la haute fonction publique.

Récemment, la loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique¹²⁸ et l'ordonnance du 2 juin 2021 relative à l'encadrement supérieur de l'État¹²⁹ ont modifié en profondeur la structure et le fonctionnement de la haute fonction publique. La réforme repose sur deux logiques dont les effets n'ont été qu'imparfaitement mesurés. En premier lieu, le passage d'une logique de corps, facteur d'une gestion balkanisée de la haute fonction publique, à une logique de métier ou d'emploi. Celle-ci entraîne, de fait, la disparition de corps stratégiques comme le corps préfectoral, avec le risque d'une perte de compétences au moment où la crise des gilets jaunes et la crise sanitaire ont montré que l'autorité de l'État devait être restaurée. En second lieu, le passage d'une logique de carrière à une logique de parcours professionnel, par le développement de stratégies d'évaluation des agents, ainsi que la promotion des mobilités dans le secteur public et vers le secteur privé.

128. Loi n° 2019-828 du 6 août 2019.

129. Ordonnance n° 2021-702 du 2 juin 2021.

Ces réformes ne règlent pas le problème, plus profond et inquiétant, de la perte d'attractivité de la haute fonction publique. L'État a pourtant besoin de recruter les meilleurs talents s'il souhaite conserver une capacité d'action et une vision stratégique. La gestion de l'épidémie de Covid-19 illustre parfaitement, à cet égard, la perte d'efficacité de l'action publique. L'État a, plus que jamais, besoin de disposer d'une fonction publique efficace et correctement encadrée.

Trois pistes de réflexion peuvent être formulées pour renforcer l'attractivité de la haute fonction publique.

En premier lieu, **l'accès à la haute fonction publique doit être rendu plus démocratique**. Le principe du concours doit être maintenu, mais une réflexion doit être conduite sur la nature des épreuves d'entrée de l'Institut national du service public. Celles-ci doivent permettre le recrutement de profils socio-économiques plus diversifiés, dans le respect du principe d'égalité d'accès aux emplois publics. Le vivier de recrutement des cadres supérieurs devrait également être étendu aux profils bénéficiant d'un haut potentiel scientifique, en valorisant notamment le parcours doctoral.

En second lieu, **la gestion des ressources humaines et des carrières des hauts fonctionnaires doit être rendue plus transparente et rationnelle**. L'existence d'une catégorie de fonctionnaires « A+ » devrait d'abord être pleinement consacrée pour les trois versants de la fonction publique. Elle gagnerait aussi à s'inspirer de la gestion des carrières militaires, laquelle repose sur une logique de planification et d'accompagnement individualisé par les services de ressources humaines. La politique de recrutement devrait, enfin, être conçue de façon beaucoup plus globale, sur une base pluriannuelle, en poursuivant deux objectifs : d'une part, adopter une approche prospective afin d'adapter le recrutement aux besoins de l'État dans les prochaines décennies, notamment dans le domaine scientifique ; d'autre part, mieux gérer les fins de carrière des hauts fonctionnaires.

En troisième lieu, indépendamment d'une revalorisation plus générale des salaires dans la fonction publique, le sujet de la rémunération des hauts fonctionnaires mérite d'être soulevé. L'écart salarial s'est considérablement creusé entre l'encadrement supérieur du secteur privé et du secteur public. Alors que la haute fonction publique est concentrée, pour l'essentiel, en région parisienne, le gel des rémunérations devient un phénomène préoccupant et confronte les hauts fonctionnaires à une diminution de leur niveau de vie. Cette situation est d'autant plus inquiétante qu'elle conduit parfois à mieux rémunérer certains agents contractuels que les titulaires.

Si l'on veut que l'État continue de disposer des meilleurs cadres face à ceux du secteur privé, il conviendrait en particulier de **revaloriser significativement la rémunération des hauts fonctionnaires**, afin de combler une partie de l'écart existant, à fonctions équivalentes, avec les salaires du secteur privé. Si la part indiciaire et la part

fonctionnelle doivent être maintenues, le complément indemnitaire lié à la performance et au mérite doit occuper une place plus importante dans la structure de rémunération des cadres supérieurs de la fonction publique. Cette revalorisation suppose, en contrepartie, des critères exigeants d'évaluation de la performance et une plus forte transparence de ces rémunérations. En allant même peut-être jusqu'à la publication des rémunérations, envisagée dans le cadre d'une proposition de loi du 6 mars 2019.

Pour ne pas creuser un peu plus l'écart entre la rémunération des hauts fonctionnaires et celle des autorités politiques sous la direction desquelles ils sont placés, il faudrait associer cela à une revalorisation plus générale de la fonction politique, au travers d'un statut de l'élu.

En dernier lieu, l'encadrement des collectivités publiques gagnerait à pouvoir bénéficier de l'expérience de personnalités issues des secteurs privé, associatif et syndical. Le cadre juridique existant n'y fait pourtant pas obstacle pour les emplois dont la nomination est laissée à la décision du gouvernement et il a même été étendu, à l'occasion de la loi de transformation de la fonction publique, à tous les emplois de direction de l'État¹³⁰. Hormis le cas particulier des cabinets ministériels, le faible nombre de cadres de l'État issus du secteur privé, associatif ou syndical s'explique, peut-être en partie, par le défaut d'attractivité de la haute fonction publique. Ces mobilités vers le secteur public devraient, bien sûr, n'être rendues possibles que pour une durée limitée et dans un cadre déontologique renforcé. Mais elles mériteraient d'être encouragées, par exemple, par le biais de mécanismes de nature financière ou de valorisation du parcours professionnel.

PROPOSITION N° 44

Rendre la haute fonction publique plus attractive en améliorant la transparence et la rationalité de la gestion des carrières et en revalorisant les rémunérations.

5.3.2 Revaloriser la place de l'enseignement supérieur et de la recherche

Compte tenu des enjeux de compétition internationale auxquels elle se trouve exposée, la question des enseignants-chercheurs doit faire l'objet d'un traitement particulier.

Alors que la recherche scientifique a longtemps participé au rayonnement de la France et à sa compétitivité économique et industrielle, le

130. Articles L. 341-2 et L. 342-2 du Code général de la fonction publique.

décrochage de la recherche française au plan mondial, notamment illustré par le sujet des vaccins contre le Covid-19, doit conduire à sonner l'alarme. La cause scientifique doit redevenir prioritaire et cesser d'être brouillée par de vaines polémiques qui masquent le problème plus profond d'une dégradation lancinante des conditions de travail à l'Université.

En premier lieu, il faudrait proposer une **révolution culturelle quant à la place que doit revêtir l'Université au sein de la société**. La liberté académique et l'indépendance de la recherche ne sont pas des chimères. Elles constituent de véritables garanties qu'il faut protéger au bénéfice, non des seuls enseignants-chercheurs, mais de la société dans son ensemble, car seule la recherche de la vérité scientifique est susceptible de la faire progresser.

En second lieu, **le lien de confiance doit être restauré entre l'administration et les universitaires**. La recherche scientifique exige de rendre les universitaires plus disponibles pour accomplir les tâches qui relèvent véritablement de leur cœur de métier et de limiter toute forme d'ingérence administrative, notamment dans la question du financement. L'indépendance de la recherche est consubstantielle de l'attribution de financements pérennes à l'Université. La qualification et la gestion des carrières des enseignants-chercheurs par leurs pairs, au sein d'une instance nationale indépendante, garante de la qualité et de l'indépendance de la recherche scientifique, doivent être privilégiées à toute forme de localisme.

En dernier lieu, l'écart de rémunération avec les chercheurs étrangers et le reste de la haute fonction publique se maintient, malgré la loi de programmation de la recherche. Il constitue le principal facteur de perte d'attractivité de la recherche publique. La science française a besoin d'une **revalorisation massive des rémunérations des chercheurs et des enseignants-chercheurs**.

PROPOSITION N° 45

Améliorer également l'attractivité des carrières d'enseignant-chercheur en allégeant les charges administratives, en garantissant les financements, en réservant la qualification et la gestion des carrières aux enseignants-chercheurs eux-mêmes et en revalorisant les rémunérations.

5.4 QUELLE RESPONSABILITÉ POUR LES DÉCIDEURS PUBLICS ?

Il ne saurait y avoir d'efficacité sans responsabilité. Aux termes de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, « *La société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». Il est donc légitime que les décideurs publics soient soumis à « des contrôles ou des obligations politiques, administratives ou pénales »¹³¹.

Il n'en résulte toutefois pas que la seule responsabilité envisageable doit être de nature pénale, et ce, alors même que celle des décideurs publics est, depuis plusieurs décennies, prioritairement engagée. En trente ans, le cadre juridique de la responsabilité pénale des ministres a été profondément modifié. Mais, si elle a désormais statué dans un nombre significatif d'affaires, la Cour de justice de la République, créée par la loi constitutionnelle du 27 juillet 1993, est encore plus décriée que l'institution à laquelle elle s'est substituée.

Plus encore, la mise en cause de la responsabilité pénale des ministres n'est que la partie émergée d'un iceberg dont la dérive menace l'équilibre de notre démocratie dans son entier : le besoin de responsabilité et la quête de reconnaissance de culpabilité de l'ensemble des décideurs publics, qu'ils soient élus, administrateurs ou magistrats. Rien qui doive étonner dans un climat de « dédagisme » des « tous pourris », mais un constat à un triple égard préoccupant pour qui est soucieux que le pays pût être gouverné : l'épée de Damoclès des poursuites pénales entraîne, d'abord, un risque de tétanie des décideurs, ensuite, un appauvrissement du vivier de ceux qui entendent consacrer leur vie à la chose publique et, enfin, un engorgement des prétoires qui ralentit encore le cours de la justice. Autant de raisons qui imposent de s'interroger sur les voies et moyens d'y remédier et, pour ce faire, de sérier les questions pour identifier les réponses adaptées qui n'exigent pas toutes que le cadre juridique fût réformé.

À titre préalable, doivent être mis à part les cas d'atteinte à la probité. Les actes ou comportements qualifiables, par exemple, de corruption, de favoritisme, de trafic d'influence ou de prise illégale d'intérêts doivent évidemment être sanctionnés. Encore faut-il que la définition légale de ce type d'infractions soit précise et qu'elle soit mise en œuvre par le juge dans le respect du principe d'interprétation stricte de la loi pénale. Cela contribuerait à la compatibilité de ces infractions avec l'exercice des mandats et fonctions de ceux auxquels elles s'appliquent, ainsi qu'à la sérénité que confère le renforcement de la sécurité juridique. C'est d'ailleurs le sens de la réforme de l'article 432-12 du Code pénal

131. Cons. const., 2 décembre 2016, Mme Sandrine A. [*Personnes justiciables de la cour de discipline budgétaire et financière*], n° 2016-599 QPC.

que vient d'adopter le Parlement à l'occasion du vote de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire.

Pour le reste, les poursuites dont les décideurs publics sont régulièrement l'objet, à raison de décisions prises dans l'exercice de leurs mandats ou fonctions, renvoient à la tension bien connue entre responsabilité politique et responsabilité pénale et, dans une large mesure, aux incompréhensions résultant de l'impossibilité de substituer la seconde à la première.

Dès lors, parce que la pénalisation de la vie publique résulte avant tout de la stérilisation de la responsabilité politique, c'est cette dernière qui, en premier lieu, doit être réactivée, tandis que la responsabilité pénale et civile des décideurs publics devrait être rationalisée.

5.4.1 Réactiver la responsabilité politique

Alors que le régime parlementaire est né, en Angleterre, de la substitution de la responsabilité politique collégiale du gouvernement à la responsabilité pénale individuelle de tel ou tel de ses membres qui s'était révélée parfaitement inadéquate, le renoncement à engager la responsabilité politique des gouvernants entraîne une régression. Parce qu'il n'est pas de système démocratique sans responsabilité devant le peuple ou, au moins, devant ceux qu'il a élus pour le représenter, c'est le juge pénal qui, par défaut, est amené à statuer sur la question de savoir si un décideur public est « coupable » d'une politique. Mais peut-on être « coupable » d'une politique ? Et, si oui, de quoi : de l'avoir menée plutôt qu'une autre ? De son absence de résultat ? Assurément non ! Le procès fait à la Cour de Justice de la République le démontre : si ses décisions sont inadaptées, c'est d'abord parce qu'elle n'est pas le lieu de résolution du conflit politique.

C'est donc bien la responsabilité politique qui doit être réactivée. Et, pour ce faire, nul besoin d'une réforme du cadre juridique, mais bien plutôt d'une révolution culturelle.

La réactivation, et, pour tout dire, la réappropriation de la responsabilité politique passent d'abord par **le Parlement qui doit faire pleinement usage des moyens de contrôle et d'évaluation que la Constitution met à sa disposition**. Il faut dire que la mise en place d'une mission d'information ou d'une commission d'enquête, de même que le vote d'une résolution, ne sont pas en eux-mêmes un acte d'opposition : ce sont avant tout des instruments de la collaboration entre pouvoirs exécutif et législatif. Dans un second temps, la lumière étant faite sur les conditions dans lesquelles une politique a été conduite ou des décisions prises, l'essence du régime parlementaire est de permettre d'en tirer, le cas échéant, les conséquences en demandant la démission du gouvernement ou, pourquoi pas, d'un de ses membres. Sur le modèle de ce que prévoit l'article 68 de la Constitution pour le président de la République, il faudrait déterminer si des fautes individuelles ont été

commises par des décideurs publics qui pourraient justifier des suites pénales.

Les enjeux étant, *mutatis mutandis*, comparables à l'échelon local, **la piste d'une responsabilité politique des exécutifs locaux mérite d'être explorée**. Outre qu'une telle réflexion aurait le mérite de rappeler que le rôle du juge pénal n'est pas de sanctionner des décisions par nature politiques, elle aurait la vertu de ramener la responsabilité politique à sa juste place : désavouer ou, à l'inverse, soutenir une politique participe de l'acte de gouverner et n'est en rien constitutif d'une déclaration de guerre politique. Pour l'assurer, la majorité requise au sein des assemblées délibérantes locales devrait être mûrement réfléchie et, sans doute, qualifiée.

5.4.2 Rationaliser la responsabilité « juridictionnelle »

Symétriquement, le volet juridictionnel de la responsabilité des décideurs publics doit être rationalisé, notamment afin d'éviter que le cours de la justice tout entier ne se trouve ralenti par une multiplication de recours parfois fantaisistes.

Il ne s'agit pas ici d'empêcher que l'on puisse mettre en cause la responsabilité pénale des décideurs publics mais, lorsque les faits le justifient, de donner aux juges les moyens de se consacrer aux affaires qui le méritent.

La question incite, en premier lieu, à une **réflexion sur les délits non intentionnels qui doivent être plus précisément circonscrits**. L'article 121-3 du Code pénal, déjà modifié en 2000, prévoit, dans son quatrième alinéa, qu'« *en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* », « *les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer* ». Le degré de détail de la formulation suffit à montrer la difficulté qu'il y a à cerner l'objet.

D'ailleurs, dans le contexte de la crise sanitaire, la crainte d'une multiplication des poursuites sur ce fondement a justifié l'introduction, dans le Code de la santé publique, d'une disposition prévoyant que « *l'article 121-3 du Code pénal est applicable en tenant compte des compétences, du pouvoir et des moyens dont disposait l'auteur des faits dans la situation de crise ayant justifié l'état d'urgence sanitaire, ainsi que de la nature de ses missions ou de ses fonctions, notamment en tant qu'autorité locale ou employeur* ». La solution est de bon sens et confirme l'exigence d'une appréciation *in concreto* de la faute d'imprudence d'ores et déjà

prévue par l'article 121-3 du Code pénal. Le simple fait que le législateur ait jugé nécessaire de le préciser dans le contexte de la crise sanitaire en dit long sur les craintes des décideurs publics. Le constat incite assurément à réfléchir à une clarification des termes de la disposition relative aux délits non intentionnels afin de conforter l'exigence d'une appréciation *in concreto* de la faute d'imprudence et, ainsi, de rassurer les décideurs publics sur la garantie raisonnable dont ils bénéficient.

En second lieu, ce sont les conditions d'examen des recours manifestement irrecevables qui doivent être repensées afin de **prévoir, devant les juridictions judiciaires, des procédures permettant, par exemple à un juge unique, de rejeter immédiatement des requêtes ou constitutions de partie civile purement fantaisistes**. En encombrant les prétoires, leur multiplication paralyse le fonctionnement de la justice et aggrave les difficultés de l'institution juridictionnelle en même temps que la défiance des citoyens à son égard.

En dernier lieu, il n'est pas digne d'un État de droit que le sort d'un justiciable, fût-il un décideur public, soit suspendu, de plus en plus souvent pendant de longues années, à l'intervention d'une décision de justice. Une mesure de rationalisation simple et compréhensible par chacun consisterait à **imposer un délai maximum entre la mise en examen de quiconque et la clôture de l'information judiciaire**, délai qui pourrait être prorogé par décision motivée du juge si la complexité de l'affaire justifie des investigations plus longues.

PROPOSITION N° 46

Rééquilibrer les conditions d'engagement de la responsabilité des décideurs publics en réactivant leur responsabilité politique et en rationalisant leur responsabilité juridictionnelle **par la fixation d'un délai maximum entre la mise en examen de quiconque et la clôture de l'information judiciaire** (délai qui pourrait être prorogé par décision motivée du juge si la complexité de l'affaire justifie des investigations plus longues).

L'amélioration de l'efficacité de l'action publique ne nécessite donc pas forcément de modification d'ampleur du cadre juridique existant. L'attention des destinataires du rapport doit être appelée sur la nécessité de redonner toute leur vigueur aux éléments fondamentaux de la conception française de l'action publique.

CONTRIBUTEURS DU RAPPORT

MEMBRES DE LA COMMISSION

Président : Jacques Attali,

écrivain, président de la Fondation Positive Planet,
président d'Attali et Associés, conseiller d'État honoraire.

Yann Aguila, avocat associé, Bredin Prat

Emmanuelle Barbara, avocate associée, August Debouzy

Emmanuel Brochier, avocat associé, Darrois Villey Maillot Brochier

Bertrand Cardi, avocat associé, Darrois Villey Maillot Brochier

Jean-Michel Darrois, avocat fondateur, Darrois Villey Maillot Brochier

Delphine Ernotte Cunci, présidente de France Télévisions

Mathilde Lemoine, cheffe économiste du Groupe Edmond
de Rothschild

Anne Levade, professeure de droit public,
université Paris I Panthéon-Sorbonne

Nicolas Molfessis, professeur de droit privé,
université Paris-Panthéon-Assas

André Potocki, conseiller honoraire à la Cour de cassation

Isabelle Rome, magistrate, haute fonctionnaire
à l'égalité femmes-hommes du ministère de la Justice

Henri Savoie, avocat associé, Darrois Villey Maillot Brochier

Katheline Schubert, professeure d'économie,
université Paris I Panthéon-Sorbonne

Bernard Stirn, président de section honoraire au Conseil d'État,
membre de l'Institut

RAPPORTEURS

Arnaud d'Argoubet, doctorant, université Paris I Panthéon-Sorbonne

Lionel Chami, conseiller spécial pour le Pacte mondial
pour l'environnement

Pierre Donath, université Paris-Panthéon-Assas

Wenceslas Le Chevalier, avocat, Darrois Villey Maillot Brochier

Jean-Eudes Maes-Audebert, doctorant,
université Paris I Panthéon-Sorbonne

Clémentine Mourruau-Bloch, Conservatoire national des Arts
et métiers, université Paris I Panthéon-Sorbonne

Hugo Pascal, doctorant, université Paris-Panthéon-Assas

PERSONNALITÉS AUDITIONNÉES ET AUTEURS DE CONTRIBUTIONS ÉCRITES

Vincent Agulhon, avocat associé, Darrois Villey Maillot Brochier

Patrick Artus, économiste, directeur de la recherche et des études de Natixis

Laurent Aynès, professeur émérite, école de droit de la Sorbonne

Patricia Barbizet, présidente du Haut Comité de Gouvernement d'Entreprise et présidente chez Témaris et Associés

Régis Bismuth, professeur, école de droit de Sciences Po Paris

Gauthier Blanluet, professeur à l'université Paris-Panthéon-Assas, associé gérant de Sullivan & Cromwell

Thierry Breton, commissaire européen au marché intérieur

Arnaud de Bresson, directeur général de Paris Europlace

Patrick de Cambourg, président de l'Autorité des normes comptables

Martin Collet, professeur, université Paris-Panthéon-Assas

Marie-Charlotte Dalle, directrice des affaires juridiques et des droits des patients (DAJDP) de l'AP-HP

Adam Emmerich, avocat, associé, cabinet Wachtell, Lipton, Rosen & Katz (sur la gouvernance)

Antoine Foucher, président de Quintet Conseil

Stéphane Fratacci, directeur général de la chambre de commerce et d'industrie de Paris

Gérard Gardella, secrétaire général de Paris Europlace

Florence G'sell, professeur, école d'affaires publiques de Sciences Po Paris

Marc Guillaume, préfet de Paris, préfet d'Île-de-France, ancien secrétaire général du gouvernement

Brigitte Grésy, ancienne présidente du Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes

Aurélien Hamelle, directeur juridique du groupe TotalEnergies

Alexandre Jaunait, Maître de conférences en science politique (Université de Poitiers), chercheur à l'Institut des sciences sociales du politiques (UMR 7220)

Guillaume de La Taille, maître des requêtes au Conseil d'État

Martin Lipton, avocat, associé fondateur, cabinet Wachtell, Lipton, Rosen & Katz (sur la gouvernance)

Pascal Lokiec, professeur, université Paris I Panthéon-Sorbonne

Victor Lugger, cofondateur et directeur général de Big Mamma, président-directeur général de Sunday

Anne Maréchal, directrice des affaires juridiques de l'Autorité des marchés financiers

Didier Martin, avocat associé, Bredin Prat

Julie Martinez-Tonon, avocate, Baker McKenzie

Laurent Mignon, président du groupe BPCE

Alain Minc, président d'A.M. Conseil

Benjamin Moron-Puech, Professeur agrégé de droit privé et de sciences criminelles à l'Université Lumière Lyon 2 et secrétaire général de l'association Alter Corpus

Paul-Louis Netter, président du tribunal de commerce de Paris

Adrien Nussenbaum, cofondateur et directeur général de Mirakl Inc

Éloïc Peyrache, président de l'École des hautes études commerciales de Paris

Gérard Rameix, ancien président de l'Autorité des marchés financiers

Jean-Emmanuel Ray, professeur, université Paris I Panthéon-Sorbonne

Pierre Sellal, ambassadeur de France, président de la Fondation de France

David Syed, avocat associé, Dentons

Hervé Synvet, professeur émérite, université Paris-Panthéon-Assas

Sami Toutounji, avocat associé, Shearman & Sterling LLP

Charles-Eduard van Rossum, président de Ravel & Co

Émilie Vasseur, avocate associée, Mayer Brown



4, rue de la Planche 75007 Paris
Tél. : 01 53 63 40 04
www.leclubdesjuristes.com

RETROUVEZ-NOUS SUR     