

LE MENSUEL DE LA FONDATION iFRAP

# SOCIÉTÉ CIVILE

Enquêter pour réformer N°234



9

# RÉÉQUILIBRER

## LES POUVOIRS

# RENFORCER

# NOTRE DÉMOCRATIE

Mai 2022 - 8 €

FONDATION  
iFRAP

FONDATION POUR LA RECHERCHE  
SUR LES ADMINISTRATIONS ET  
LES POLITIQUES PUBLIQUES

# RÉÉQUILIBRER

## les pouvoirs

### Renforcer notre démocratie

Nos institutions ont été sévèrement malmenées par les crises récentes : de l'épisode des gilets « jaunes » en 2018, en passant par la crise sanitaire en 2020 et 2021 ou la récente crise en Ukraine qui a vu l'irruption d'un conflit de haute intensité sur le sol européen. Cette accumulation de chocs internes et externes a été précédée par la récession en 2008-2009, suivie par la crise des dettes souveraines en Europe du Sud (2010) qui ont conduit à une explosion de l'endettement public. Pour lutter contre ces événements imprévus, le pouvoir exécutif a renforcé sans cesse ses prérogatives aboutissant de facto à l'émergence d'une hyperprésidence et à la banalisation de l'état d'urgence (terroriste, sanitaire, conseil de défense réorienté sur ce second enjeu). Ce déséquilibre en faveur de l'exécutif, permis par la lettre de notre Constitution et son « parlementarisme rationalisé », aboutit à dévitaliser le pouvoir législatif en contraignant ses prérogatives, et à tenir l'autorité judiciaire à distance, le juge administratif devenant désormais central sur la question des libertés publiques. Afin de ne pas entamer la « résilience » de nos institutions, nous ne croyons pas à la création d'une VI<sup>e</sup> République. En revanche, il est urgent et nécessaire de rééquilibrer les pouvoirs publics et d'assurer leur séparation effective. La Fondation iFRAP propose de renforcer les prérogatives du Parlement, de simplifier et de clarifier l'exercice du pouvoir exécutif, de renforcer l'autonomie de l'autorité judiciaire confortée par la création d'une véritable justice constitutionnelle. Il nous faut également « maîtriser » nos finances publiques, via la mise en place d'un frein à l'endettement et le développement des compétences du Haut Conseil des finances publiques, inscrits dans notre Constitution.

#### Les propositions de la Fondation iFRAP

##### I. Renforcer le rôle du Parlement :

1. Mise en place d'un Office parlementaire d'évaluation indépendant auprès du Parlement.
2. Saisine du Conseil constitutionnel par 60 députés ou sénateurs des études d'impact.
3. Transformer l'INSEE en autorité administrative indépendante.

##### II. Simplifier et clarifier l'exercice du pouvoir exécutif :

1. Mise en place d'un Presidential Transition Act à la française.
2. Fusionner les fonctions de Premier ministre et de ministre des Finances.

##### III. Renforcer l'autonomie de la justice constitutionnelle et administrative :

1. Transformer le Conseil constitutionnel en véritable Cour constitutionnelle.
2. Séparer les fonctions de conseil et les fonctions juridictionnelles du Conseil d'État.

##### IV. Améliorer le pilotage de nos finances publiques :

1. Mettre en place un « frein à l'endettement » de niveau constitutionnel.
2. Intégrer au sein des lois de finances un volet financement des collectivités territoriales.
3. Constitutionnaliser et renforcer le Haut Conseil des finances publiques.

## I. RENFORCER LE RÔLE DU PARLEMENT

10

Le contrôle et l'évaluation des politiques publiques constituent un des aspects du renforcement du rôle du Parlement pour faire face à l'hyperprésidentialisation du régime. Ce renforcement a été un point d'attention important du début de la XV<sup>e</sup> législature. Comme le rappelle le président de l'Assemblée nationale, Richard Ferrand<sup>1</sup>, la culture de l'évaluation remonte au début des années 1980 : 1983, création de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, 1999, création de la *Mission d'évaluation et de contrôle* au sein de la commission des finances, puis en 2004, de la *Mission d'évaluation et de contrôle des lois de financement de la sécurité sociale*, création du comité d'évaluation et de contrôle (CEC), « *organe transversal et permanent d'évaluation, présidé par le président de l'Assemblée nationale.* » Pour autant, les limites propres à ses travaux, à ses capacités d'analyse et d'enquête (qui ne pouvaient pas empiéter sur les prérogatives des commissions permanentes), ont conduit la majorité, sous l'impulsion de François de Rugy, à lancer une *Conférence des réformes*<sup>2</sup> entre septembre 2017 et juin 2018. Ces travaux ont abouti<sup>3</sup> à la mise en place par la commission des finances de l'Assemblée nationale du *Printemps de l'Évaluation* en 2018 qui se matérialise sous la forme d'une « semaine de l'évaluation » et la formulation de propositions de résolutions. Par ailleurs, sur le plan technique depuis octobre 2019, les députés se sont dotés de l'outil d'évaluation des amendements *Leximpact*, un simulateur fiscal d'aide à la décision<sup>4</sup> dont le périmètre et les capacités augmentent chaque année.

### 1. Mettre en place un Office parlementaire d'évaluation indépendant auprès du Parlement

L'évaluation des politiques publiques par le Parlement doit monter en puissance afin

de permettre une évaluation non plus thématique par pointage, mais exhaustive, ex ante et ex post, à la fois en recettes et en dépenses.

Or, faute de volontarisme politique et victime d'une lecture « littéraliste » de la *séparation des pouvoirs par le Conseil constitutionnel*, il est difficile au Parlement de « monter en puissance et en compétence »<sup>5</sup>.

Contrairement à ce que proposait le rapport de 2018 sur la mise en place d'une Agence parlementaire d'évaluation, il n'est pas possible de « *doter l'agence de pouvoirs comparables à ceux des rapporteurs des commissions d'enquête : possibilité d'exercer leurs missions sur pièces et sur place et d'obtenir tous les renseignements nécessaires de nature à faciliter leurs missions ; habilitation à se faire communiquer tout document de service, à l'exception de ceux revêtant un caractère secret [...] et sous réserve du respect du principe de la séparation de l'autorité judiciaire et des autres pouvoirs.* »<sup>6</sup>

En effet, à droit constitutionnel constant, l'Agence parlementaire d'évaluation buterait sur plusieurs écueils :

■ **Ses capacités d'enquête** : dans sa décision de juin 2009<sup>7</sup>, le Conseil constitutionnel a interdit au CEC d'empiéter sur les attributions organiques conférées aux commissions des finances et des affaires sociales en matière financière.

La loi du 3 février 2011 a toutefois donné des compétences spécifiques au CEC pour devenir une commission d'enquête mais uniquement pour 6 mois et sur un sujet déterminé et il demeure impossible d'en réaliser une nouvelle sur le même sujet dans un délai de 12 mois. Cette possibilité serait particulièrement handicapante en cas d'office interparlementaire, car cette interdiction serait alors valable pour les deux assemblées.

■ 1 : Richard Ferrand, *Vers une culture accrue de l'évaluation des politiques publiques à l'Assemblée nationale*, Lettre de la DAJ, n°284, 21 novembre 2019.

■ 2 : Pour une nouvelle Assemblée, les rendez-vous de la réforme 2017-2022, site de l'Assemblée nationale.

■ 3 : Rapport, Morel-à-l'huissier, Petit, *sur l'évaluation des dispositifs d'évaluation des politiques publiques*, 15 mars 2018.

■ Pascale Tessier, *Leximpact, simulateur fiscal et nouvel outil d'aide à la décision*, La Gazette des communes, Club finances, 20 février 2020, voir le site du simulateur, <https://leximpact.an.fr/>.

■ 5 : Renforcer le pouvoir d'évaluation et de contrôle du parlement, quelles implications constitutionnelles ? Note de la fondation iFRAP transmise à l'Assemblée nationale, 5 octobre 2017

**I Interdiction de conduire une évaluation réalisée avec le concours d'experts placés sous la responsabilité du Gouvernement :** dont le fondement est trouvé dans les articles 20 et 21 de la Constitution. Cette approche est très handicapante, même en cas de détachement, dans la mesure où si les agents sont placés sous l'autorité hiérarchique du service d'accueil, l'agent reste assujéti au pouvoir disciplinaire détenu par le chef de corps d'origine. Le détachement est donc impossible sauf exceptions nominatives, tandis que la mise à disposition est interdite (décision du 25 juin 2009 DC).

L'ensemble de ces réserves suppose de dépasser le niveau organique pour proposer cette création au niveau constitutionnel et constituer cet organisme auprès du Parlement en autorité administrative indépendante, dont les attributions pourraient être plus larges que la simple analyse chiffrée des coûts budgétaires (en recettes et en dépenses) des politiques publiques. L'organisme pourrait également produire un avis pouvant aller jusqu'à une analyse contradictoire des études d'impact des projets de lois, mais aussi évaluer la charge administrative des normes pour les particuliers et les entreprises, sur le modèle du *Normenkontrollrat* allemand<sup>8</sup>.

## 2. Simplifier la contestation de la qualité des études d'impact devant le Conseil constitutionnel

Actuellement, il est très difficile pour les parlementaires de contester la fiabilité des études d'impact jointes aux projets de lois devant le Conseil constitutionnel. En vertu de l'article 8 de la loi organique du 15 avril 2009, le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel sont habilités à se prononcer sur la conformité des études d'impact. Le Conseil d'État examine l'étude d'impact à l'occasion de la consultation sur les projets de lois (article 39 alinéa 2 de la Constitution), tandis que le Conseil constitutionnel ne peut être

amené à apprécier la qualité de cette annexe qu'en cas de désaccord entre la Conférence des présidents et le Gouvernement lors du dépôt du projet de loi (article 39 alinéa 4) ou à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi (article 61<sup>9</sup>). Cela rend en pratique la saisine du Conseil constitutionnel sur cette question centrale, quasiment impossible.

Nous proposons que la voie de saisine à 60 députés et à 60 sénateurs du Conseil constitutionnel selon le principe de contrôle a priori de la loi, leur soit également ouverte pour contester la qualité des études d'impact produites par le Gouvernement, et au même niveau constitutionnel. Pour cela, il s'agit de modifier la rédaction de l'article 61 alinéa 2. À cette fin, une étude d'impact alternative pourrait être produite par l'Office d'évaluation indépendant créé (ce qui rentrerait dans ses compétences constitutionnelles) et dont les modalités pourraient être précisées par voie organique.

## 3. Transformer l'Institut national de la statistique et des études économiques en autorité administrative indépendante

La question de l'évaluation des politiques publiques par le Parlement bute aussi sur le statut de l'Insee. L'institut est en effet une direction générale du ministère de l'Économie et des Finances. Pourtant, **en pratique, l'Insee est indépendant mais pas formellement.** Ainsi que l'évoque l'institut lui-même<sup>10</sup> « *la notion d'indépendance est absente de la version initiale des textes fondateurs de l'Institut [...]. C'est seulement en 2008 que la loi dite de modernisation de l'économie introduit pour la première fois la notion d'indépendance professionnelle et crée l'autorité de la statistique publique [...]. La conception, la production et la diffusion des statistiques publiques sont effectuées en toute indépendance professionnelle.* » Cependant, comme le relève l'institut lui-même, « *de jure, dans l'ordre juridique national, l'Insee et les*

■ 6 : Rapport Morel-à-l'huissier, Petit

■ 7 : n°2009-581 DC du 25.

■ 8 : Site Internet du Normenkontrollrat

■ 9 : Combrade Bertrand-Léo, « L'étude d'impact au Parlement français : un instrument de mutation du rôle des assemblées dans le processus législatif ? », *Revue française d'administration publique*, 2014/1 (N° 149).

■ 10 : Courrier des statistiques N1 - 2018, site de l'Insee.

*services statistiques ministériels restent des administrations comme les autres.* »

Par ailleurs, au niveau européen, les règlements (n° 223/2009, n° 1015/759) donnent une existence légale au Code des bonnes pratiques et à l'indépendance professionnelle une production statistique européenne « normalisée ». Les conditions de nomination des dirigeants sont précisées<sup>11</sup>. Enfin, l'Insee adhère à la norme de diffusion des données statistiques du FMI qui lui permet de ne pas interdire « l'accès sous embargo à certaines informations économiques », notamment au bénéfice de

l'exécutif. Nous proposons de mettre en accord la pratique et le droit, en permettant *de jure* à l'Insee de devenir indépendant du pouvoir exécutif **en le transformant en autorité administrative indépendante**. Cette indépendance devrait bénéficier largement au pouvoir législatif puisqu'elle permettrait de **situer l'Insee à équidistance des deux pouvoirs**. L'Institut resterait cependant toujours sous le contrôle de l'Autorité de la Statistique publique et disposerait d'un conseil de surveillance présidé par les présidents des commissions des finances des deux assemblées.

## II. SIMPLIFIER ET CLARIFIER L'EXERCICE DU POUVOIR EXÉCUTIF

L'hyperprésidentialisation du régime, justifie que l'exercice du pouvoir exécutif voie ses prérogatives simplifiées et clarifiées. Ces mesures doivent permettre d'améliorer sa résilience en temps de crise, de clarifier la répartition des compétences entre le président et le Premier ministre, avec ou sans cohabitation (bien qu'avec la synchronisation des élections, celle-ci devient purement théorique), en renforçant le pilotage des comptes publics par ce dernier qui deviendrait de droit également ministre des Finances.

### 1. Modifier les dates de l'élection présidentielle de façon à éviter les transitions trop brutales

La guerre en Ukraine a sans aucun doute perturbé largement le déroulé de la campagne présidentielle de 2022. Il serait normal que l'entrée en fonction de la nouvelle équipe présidentielle ne soit pas synonyme d'un effacement simultané du précédent exécutif. Une durée de passation des pouvoirs suffisante devrait permettre une transmission efficace des dossiers en

cours, à l'image de ce qui se passe aux États-Unis où le *Presidential transition act* garanti par le XX<sup>e</sup> Amendement à la Constitution américaine (1933), qui impose un début de mandat du président des États-Unis et du vice-président 11 semaines après l'élection présidentielle elle-même, soit le 20 janvier<sup>12</sup>.

Actuellement, la Constitution de la V<sup>e</sup> République ne précise pas le jour de l'investiture du président de la République. Tout au plus la « coutume » républicaine fixe-t-elle la journée d'investiture une dizaine de jours après le second tour de l'élection présidentielle et **au plus tard le dernier jour du mandat du président** sortant. Une réforme constitutionnelle est nécessaire pour avancer l'élection présidentielle d'au moins deux mois de façon à organiser la passation des affaires.

La loi organique pourrait préciser la détermination de la date d'investiture au sein de la période de transition et de façon anticipée avant l'expiration des pouvoirs du président en exercice, ainsi que la nomination

■ 11 : Règlement (UE) 2015/759 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux statistiques européennes.

■ 12 : Stéphanie Gruet, *La passation des pouvoirs présidentiels aux États-Unis : le Presidential transition act*, in *Pouvoirs* 2009/3 (n°130)

du Premier ministre le lendemain et celle du Gouvernement le jour suivant. Il y aurait alors deux exécutifs simultanément, dont le second pourrait n'être que de transition et confirmé à l'issue des législatives dans les conditions actuelles prévues par la Constitution.

## 2. Attribuer au Premier ministre la fonction de « ministre du Budget »

Aux termes de l'article 8 de la Constitution, « *Le président de la République nomme le Premier ministre. [...] Sur la proposition du Premier ministre, il nomme les autres membres*

*du Gouvernement et met fin à leurs fonctions.* »

En pratique, sous la V<sup>e</sup> République, aucun texte ne régleme le nombre et le nom de la désignation des portefeuilles ministériels. Les seules obligations textuelles sont l'article 8, consistant à nommer un Premier ministre, l'article 65 imposant la nomination d'un ministre de la Justice, lequel dispose d'un « *statut quasi-constitutionnel*<sup>13</sup> ». La composition du Gouvernement relève d'une « codécision discrétionnaire » intervenant entre le président de la République et son Premier ministre, qui est formalisée juridiquement par le Secrétariat Général du

## Chez nos voisins européens, le ministère des Finances est séparé du ministère de l'Économie

Comme l'indique l'organigramme du Gouvernement d'Elisabeth Borne en date du 20 mai 2022, l'ensemble des ministères économiques et financiers sont rassemblés sous la direction d'un ministre de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique, Bruno Le Maire. Vient ensuite un ministre délégué : le ministre en charge des Comptes publics (Gabriel Attal). Cette répartition des compétences ministérielles est très variable et reste à la discrétion du président et du Premier ministre, tandis que la « maquette » budgétaire reste fixe. Constitutionnaliser leur séparation permettrait au Premier ministre de se voir attribuer de façon pérenne les compétences de ministre des Finances.

Une étude de législation comparée<sup>14</sup> montre que dans huit pays d'Europe analysés (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, Pays-Bas, Portugal et Royaume-Uni) seule la Belgique dispose dans sa constitution de règles précises relatives à la composition du Gouvernement. En revanche, l'Autriche, l'Italie et le Royaume-Uni ont adopté des dispositions législatives sur la composition ou les effectifs de leurs Gouvernements. Enfin, l'Allemagne reste plus allusive, même si certaines dispositions constitutionnelles existent.

En Allemagne, la Loi fondamentale évoque les départements ministériels suivants : Affaires étrangères, Défense, Finances, Intérieur et Justice. En l'espèce, le Gouvernement du chancelier Olaf Scholz dissocie le ministère fédéral des Finances et le ministère fédéral de l'Économie et de la Protection du climat.

En Belgique, la Constitution fixe le nombre maximal de ministres à 15 ainsi que la parité linguistique, hors Premier ministre. Le Premier ministre, comme sous la III<sup>e</sup> République en France, détient un portefeuille technique particulier. Dans sa composition actuelle, le portefeuille de l'Économie et du Travail est bien disjoint de celui des Finances et de la coordination de la lutte contre la fraude. Le Premier ministre est également ministre des Affaires étrangères et européennes.

Au Royaume-Uni, la loi de 1975 sur le salaire des ministres détermine l'effectif maximal du Gouvernement fixé à 30, ainsi que les effectifs des secrétaires d'Etat et des sous-secrétaires d'Etat qui les entourent (50 et 83). Actuellement le cabinet Johnson sépare comme il est de coutume le chancelier de l'Échiquier et le secrétaire d'Etat à l'Économie, l'Énergie et la Stratégie industrielle.

■ 13 : « *Sous l'autorité du Premier ministre, le ministre chargé des finances prépare les projets de loi de finances, qui sont délibérés en conseil des ministres.* »

■ 14 : La composition du Gouvernement, étude de législation comparée du Sénat, octobre 2001 n°LC94, site Internet du Sénat.

Gouvernement. Ils sont à la fois libres de nommer les personnes de leur choix et de déterminer la hiérarchie gouvernementale (rangs protocolaires).

Traditionnellement, lors de la préparation du budget on trouve essentiellement quatre temps d'échanges entre les ministères dits « dépensiers » et le « ministère des Finances » : les conférences de performances intervenant entre la mi-mars et la mi-avril de l'année n-1 qui réunissent les différents départements ministériels et la direction du budget, puis en avril-mai les conférences de budgétisation entre les ministères et la direction du Budget. Enfin les réunions de restitution entre les ministères et le ministre du Budget (avec l'arbitrage éventuel du Premier ministre) puis l'envoi des lettres plafond entre fin juin et la 1<sup>re</sup> quinzaine de juillet

arrétant les crédits et les réformes structurelles attendues de chaque ministère<sup>15</sup>.

**Il est donc essentiel pour « simplifier » les arbitrages budgétaires et améliorer le pilotage des finances publiques que le Premier ministre soit constitutionnellement investi de la fonction de ministre des Finances en charge du Budget et des comptes publics.** Ainsi il n'y aurait plus de triangle de négociation entre les ministères dépensiers, le ministère des Finances et le Premier ministre. Les arbitrages en seraient raccourcis, les ministres ne seraient plus tentés de se faire les porte-paroles de leurs ministères mais ceux du Premier ministre en sa qualité de ministre du Budget – la maîtrise des finances se trouvant désormais au cœur du travail gouvernemental. Il s'agirait d'une révolution copernicienne.

### III. RENFORCER L'AUTONOMIE DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE ET CONSTITUTIONNELLE

Contrairement à la pureté de la séparation des pouvoirs théorisée par Montesquieu dans L'Esprit des Lois (1748), la Constitution de la V<sup>e</sup> République n'a pas retenu une véritable tripartition des pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire). En effet, en France, la fonction judiciaire n'a que le rang d'autorité, ce qui de facto la place sous la coupe de l'exécutif via le ministère de la Justice (Chancellerie). Bien entendu, les évolutions législatives ont peu à peu retiré au Garde des Sceaux ses prérogatives résiduelles sur les magistrats du siège au profit du Conseil supérieur de la magistrature, sans pour autant couper définitivement celles concernant les magistrats du Parquet (procureurs). La Fondation iFRAP ne propose pas pour autant l'érection du ministère de la Justice en autorité administrative indépendante, puisqu'il est légitime que l'exécutif

définisse une politique répressive (pénale et carcérale). Pour autant, il est possible de renforcer l'autorité judiciaire sans basculer dans la constitution d'un véritable pouvoir autonome. Pour cela il faut ériger le Conseil constitutionnel en véritable Cour constitutionnelle de plein exercice et renforcer l'indépendance de la justice administrative en séparant les fonctions de conseil et juridictionnelles du Conseil d'Etat en revenant sur la réforme de 1963.

#### 1. Pour un Conseil constitutionnel garant d'une véritable justice constitutionnelle

Le Conseil constitutionnel<sup>16</sup> institué par la Constitution de 1958 est-il une juridiction ? Il y a ceux qui en doutent à raison de sa nature « politique ». C'est l'approche de Michel Debré : « *la magistrature ordinaire n'a pas l'autorité suffisante pour trancher*

■ 15 : M. Bouvier, M-Ch. Esclassan, Finances publiques, 12<sup>e</sup> édition, 2013.

■ 16 : Thomas Hochmann, *Et si le Conseil constitutionnel était « une cour constitutionnelle de référence » ?* Revue des droits et libertés fondamentaux (RDLF), 2019, chron. n°32

■ 17 : Il faudra attendre l'historique décision DC n°2022-152 ORGA du 11 mars 2022 pour que le Conseil constitutionnel se dote d'un règlement de procédure pour le contrôle ex ante des dispositions législatives pourtant effectif depuis 1974.

*de tels litiges [régulant l'exercice de la souveraineté et donc faisant du juge constitutionnel « un juge du politique »]. Pour faire entrer dans nos mœurs cette réforme légitime, il faudra [...] un tribunal spécial dont la composition fasse une large part aux exigences de la politique [...] ainsi le droit et l'opportunité seraient également représentés. »*

Les partisans du caractère « juridictionnel » de l'institution se sont, eux, concentrés au contraire sur les attributions du Conseil, en particulier l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (dite QPC) par la réforme de 2008 qui s'est entourée de garanties procédurales renforcées accroissant le caractère juridictionnel de l'institution<sup>17</sup>. Sans pouvoir atteindre « la pleine juridictionnalisation<sup>18</sup> ».

Le Conseil détient le pouvoir de s'opposer aux lois votées par le Parlement. Il doit donc affronter un problème de légitimité qu'il ne peut surmonter qu'en étant perçu comme une juridiction : « *pour que le contrôle de constitutionnalité des lois soit susceptible d'être accepté. Il faut qu'il soit l'oeuvre d'une juridiction.* » Si donc la nature « juridictionnelle » découle de l'extension de ses prérogatives, l'enjeu aujourd'hui est d'en faire « *une Cour constitutionnelle de référence.* » Malheureusement, dans le cadre actuel, l'institution ne vérifie pas l'ensemble des critères à satisfaire pour cela :

### ■ La composition du conseil doit être modernisée

Une Cour constitutionnelle est composée de « juristes ». Or dans la situation actuelle<sup>19</sup>, qu'il s'agisse des membres de droit ou des membres nommés, aucune disposition ne s'assure de la « capacité » de ses membres : les neuf membres sont nommés trois par trois par le président de la République et les présidents de l'Assemblée nationale et du Sénat, et pour 9 ans. La révision de juillet 2008 a prévu de limiter le caractère de nomination purement discrétionnaire

(nouvel article 56C) du président de la République. Quant aux présidents des deux chambres, leur choix doit être avalisé par ces mêmes commissions. Ainsi le caractère « politique » des nominations s'en trouve renforcé<sup>20</sup>. Précisons que pour les membres « nommés », il est possible que les autorités de nomination les « reconduisent » sans limitation. S'agissant des membres de droit, la suppression a été proposée dans le cadre du projet de loi constitutionnelle de mai 2018, abandonné faute de consensus au Sénat.

La mise en place d'une Cour constitutionnelle de référence nécessiterait **d'être composée exclusivement, ou au moins majoritairement, de juristes de profession et de métier** et reconnus par leurs pairs pour leur valeur. Par ailleurs, une limite d'âge pourrait être introduite : en Allemagne, la limite d'âge des membres de la Cour de Karlsruhe est de 68 ans. Enfin, il existe une incompatibilité introduite par le député Thomas Thévenoud calquant le régime des incompatibilités sur celui des parlementaires (interdisant d'enseigner le droit par exemple en sus).

**Les candidats nommés au Conseil constitutionnel sont exemptés d'obligations déclaratives** et ne sont pas justiciables de la HATVP (Haute autorité pour la transparence de la vie publique<sup>21</sup>). Et ce, à la faveur de leur propre jurisprudence<sup>22</sup>. Ce qui constitue une situation exorbitante par rapport aux autres membres des organes constitués (présidence de la République, membres du Gouvernement, parlementaires, justice administrative et judiciaire).

### ■ Le respect des règles internes par la Cour constitutionnelle doit être renforcé

Si le Conseil constitutionnel veut devenir une juridiction constitutionnelle de plein exercice, il faut qu'il s'astreigne au respect de ses propres règles internes. Or celui-ci n'est pas exempt de tout reproche :

■ 18 : « ... du Conseil constitutionnel » contrairement à ce qu'affirmait en 2018 Laurent Fabius, président de l'institution pour le 60<sup>e</sup> anniversaire de la Constitution de 1958.

■ 19 : Frédéric Rouvoilles, Droit constitutionnel, volume 2, Champs, 6<sup>e</sup> édition, 2019.

■ 20 : Les neuf membres sont renouvelés par tiers. Le 15 février 2022 nomination de Jacqueline Gourault par le président de la République, de Véronique Malbec par le président de l'Assemblée nationale, et François Sénérs, par le président du Sénat.

■ 21 : Lemaire, Elina, *Pour un contrôle véritable des candidatures au Conseil constitutionnel*, Le Monde, 18 février 2022.

■ 22 : Les sages ont censuré les dispositions de la loi organique du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques des magistrats, décision n°2016-732 DC du 28 juillet 2016.



16

Ainsi du quorum imposé par l'article 14 de l'ordonnance 1958 prévoit que « *les décisions et les avis du Conseil constitutionnel sont rendus par sept conseillers au moins, sauf cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal.* » Or il n'est pas rare que seulement six membres rendent une décision. Dans ce cadre, la voix du président est prépondérante et il suffit alors à 3 juges sur 9 seulement pour décider d'abroger une norme législative.

■ 23 : Michel Charasse s'est cependant déporté s'agissant d'une QPC qui impliquait le domaine, décision n°2017-687 QPC du 2 février 2018.

■ 24 : O. Fouquet, Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant l'impôt, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n°33, octobre 2011.

■ 25 : Fondation iFRAP, Pourquoi il faut ajouter les taxes locales au plafonnement à 75 %, 14 septembre 2017.

■ 26 : Commentaire de la décision du Conseil sur la LFI 2018, site internet du Conseil constitutionnel.

■ 27 : Autre embranchement du principe de l'égalité devant l'impôt avec l'égalité devant la loi fiscale, par ailleurs les sénateurs requérants insistent sur le critère du revenu ce qui ne constituait pas un critère objectif et rationnel.

Par ailleurs, la fonction de magistrat constitutionnel n'est pas exclusive de toute autre mission confiée par l'exécutif. Ainsi, le président du Conseil, Laurent Fabius a été nommé en novembre 2017 « *Haut référent pour la gouvernance environnementale* » par l'ONU. En décembre 2017, Michel Charasse a été nommé au « Conseil d'orientation du Domaine de Chambord », ce qui constitue une violation des incompatibilités<sup>23</sup>.

## Une justice constitutionnelle à hauteur de justiciable, vraiment ?

Si l'on prend pour exemple le principe d'égalité devant l'impôt<sup>24</sup>, qu'il s'agisse de la mise en place du bouclier fiscal au taux de 60 %, puis de celui au taux de 50 %, le déplaçonnement partiel du plafonnement de l'ISF et enfin la suppression « *pour l'essentiel du bouclier, liée à la réforme du barème* », le Conseil constitutionnel se garde bien d'aller au-delà de la disposition qui lui est soumise pour dégager clairement un principe de limite au niveau de l'imposition des contribuables. En effet, comme le relève le conseiller d'Etat Olivier Fouquet, « *on voit mal le Conseil constitutionnel aller au-delà de la disposition qui lui est soumise, sans empiéter sur les choix d'opportunité du législateur, même si ceux-ci, ramassés sur une courte période, apparaissent former a posteriori un ensemble incohérent.* »

Ainsi, le Conseil constitutionnel ne s'est pas interrogé sur la non-inclusion au sein du nouveau plafonnement « Philippe » de l'IFI à compter de 2018, des impôts directs locaux (TH et TFPB/NB) contrairement à l'ensemble des autres impôts directs au numérateur du plafond de 75 %<sup>25</sup>. Et pourtant, « *le Conseil constitutionnel a jusqu'à présent refusé de se prononcer sur les effets globaux du système fiscal pris dans son ensemble, si ce n'est au titre du caractère confiscatoire de l'imposition* »<sup>26</sup> visiblement pas jusqu'au bout.

Le dégrèvement progressif de la TH a été inscrit en Loi de finances 2018 pour 80 % des redevables, ce qui aurait en l'état constitué une « *rupture d'égalité devant les charges publiques* »<sup>27</sup>. Le Conseil constitutionnel a cependant écarté ce critère, à charge pour le Gouvernement d'en poursuivre la suppression dans le cadre de la « *réforme annoncée de la fiscalité locale* ». Il a donc suggéré au Gouvernement de poursuivre la suppression de la TH pour les 20 % de contribuables restant, jusqu'en 2023 sous peine de censure. Mais pourquoi avoir montré une telle mansuétude envers les pouvoirs publics ? Et ne pas avoir imposé un dégrèvement immédiat et global pour l'ensemble des contribuables ? Dans la mesure où, selon le Conseil constitutionnel, « *il ne dispose pas sur ce point d'un pouvoir d'appréciation identique à celui du Parlement et qu'il ne lui appartient pas de rechercher si les objectifs que s'est assigné le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies.* » De plus, il anticipe toujours les conséquences pour les finances publiques de ses propres décisions, représentant la « *tâche délicate d'établir un équilibre entre le respect des droits des individus et des familles et l'intérêt général qui peut être un intérêt financier.* »<sup>28</sup>

Enfin le Conseil constitutionnel ne reconnaît que très partiellement le principe de confiance légitime : le principe de sécurité juridique est reconnu par le Conseil s'agissant du droit de propriété

Enfin, une règle interne actuelle empêche le Conseil de devenir une véritable Cour constitutionnelle de plein exercice : le devoir de réserve imposé par le Conseil à ses membres. En effet, les articles 7 de l'ordonnance de 1958 et 2 du décret de 1959 interdisent aux membres du Conseil « *de prendre aucune position publique sur les questions ayant fait ou susceptibles de faire l'objet de décisions de la part du Conseil.* »

### ■ La concision des décisions du Conseil l'empêchent de devenir une juridiction « de référence »

Une Cour constitutionnelle de référence voit sa jurisprudence prise en compte et exploitée dans les débats nationaux et par les cours étrangères. Or, pour que celle-ci soit correctement exploitée, il faut que le Conseil rende des décisions suffisamment étoffées avec des arguments susceptibles

17

mais pas pleinement s'agissant de la liberté d'entreprendre, dans la mesure où « *la liberté du commerce et de l'industrie est un principe général du droit pour le Conseil d'État, mais non un principe fondamental reconnu par les lois de la République pour le Conseil constitutionnel* » par exemple<sup>29</sup>. Par ailleurs, le Conseil ne paralyse pas l'application par le législateur de la petite comme de la grande rétroactivité en matière fiscale. Le principe de confiance légitime qui doit permettre de « stabiliser » juridiquement les situations acquises, n'est en outre reconnu par le Conseil que de façon très limitée et implicite : « à tout le moins à la protection des “espérances légitimes”, mais pas par exemple en matière fiscale s'agissant de modification de droit d'abattement pour durée de détention sur les compléments de prix<sup>30</sup>, quand bien même les bénéficiaires auraient parfaitement obéi à leur obligation de conservation sans possibilité d'anticiper le changement de législation à venir, etc. »

Cette pusillanimité en matière de protection des « contribuables » tranche par rapport à son activisme s'agissant de la protection d'autres libertés publiques qui font s'entrecroiser liberté individuelle ou syndicale et sécurité publique. Ainsi, s'agissant de l'interdiction partielle du Conseil constitutionnel aux forces de police d'user de drones permettant de relever des images et du son « en cas d'urgence » dans le cadre du contrôle ex ante de la loi relative à la responsabilité pénale et à la sécurité intérieure<sup>31</sup>, à raison de l'atteinte potentiellement « disproportionnée » au respect de la vie privée.

Au titre du contrôle ex post (QPC), par exemple du refus de la mesure systématique de la densitométrie osseuse afin de valider le caractère de minorité des mineurs non accompagnés, dans sa décision Adama S. du 21 mars 2019<sup>32</sup>, où les sages consacrent les alinéas 2 et 3 de l'article 388 du Code civil qui disposent que « *les examens radiologiques osseux aux fins de déterminer l'âge, en l'absence de documents d'identité valables (...) ne peuvent être réalisés que sur décision de l'autorité judiciaire et après recueil de l'accord de l'intéressé* » au nom de la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, le doute devant profiter à l'intéressé.

L'ensemble de ces éléments témoigne d'une intervention à géométrie variable du juge constitutionnel vis-à-vis des autres pouvoirs publics et cet activisme « à éclipse » pour concilier les intérêts de la puissance publiques et les droits des justiciables, ne permet pas à l'heure actuelle d'accorder au Conseil constitutionnel la place de premier plan qu'il devrait tenir sur la scène constitutionnelle européenne, à l'instar de son poids économique et politique en Europe.

■ 28 : Marie-Christine Lepetit, rapport de la mission d'enquête sur la contribution additionnelle à l'impôt sur les sociétés de 3% sur les revenus distribués, novembre 2017, citant le professeur Louis Favoreu.

■ 29 : Michèle De Salva, *La sécurité juridique en droit constitutionnel français*, Cahiers du Conseil constitutionnel n°11, décembre 2001.

■ 30 : Chronique de jurisprudence constitutionnelle/droit fiscal (janvier à juin 2021), n°7, octobre 2021, site Internet du Conseil constitutionnel.

■ 31 : Décision n°2021-834 DC du 20 janvier 2022.

■ 32 : Sabine Corneloup, *La jurisprudence de la Cour de cassation relative aux mineurs étrangers à la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Titre VII, n°6, avril 2021.

d'être réemployés dans d'autres contextes. Pour cela, la motivation des décisions est essentielle. Or, les décisions du Conseil constitutionnel sont aujourd'hui extrêmement laconiques. Ainsi Patrick Wachsmann a souligné récemment « à quel point les décisions du Conseil persistent à affirmer de manière péremptoire que la mesure législative est, ou n'est pas, "adaptée", "proportionnée" ou "équilibrée", sans réellement s'efforcer de justifier cette appréciation » selon le professeur de droit public<sup>33</sup>. Le Conseil affirme

« qu'il résulte de ce qui précède, que la loi est conforme à la Constitution, sans que ce qui précède permette réellement de comprendre ce qui est censé en résulter. » Ailleurs, l'argumentation est perceptible mais complètement imprévisible. Ainsi de la « liberté d'expression ». Cette façon de juger dont les explicitations sont renvoyées aux développements des Cahiers de droit constitutionnel ou à la doctrine représentée par les professeurs d'université, ne permet pas d'informer les destinataires potentiels à plusieurs niveaux :

■ le législateur ne peut pas savoir dans le cadre du contrôle a priori développé par le Conseil depuis 1974, ce qui est susceptible d'être jugé conforme à la Constitution ;

■ pas plus que les futurs requérants afin d'adapter leurs arguments et d'améliorer la précision du droit.

Ainsi, avec un tel fonctionnement, l'absence de motivation développée ne permet pas au « dialogue constitutionnel de se développer ». Lors de la décision sur l'IVG des 14 et 15 janvier 1975, un membre du Conseil ne craignait pas d'affirmer « Plus [le Conseil] sera concis moins il sera vulnérable. ». Cette ligne directrice est toujours en vigueur.

■ **Les rémunérations des membres du Conseil constitutionnel doivent être légales et transparentes**

Une cour de référence doit faire toute la transparence sur la rémunération de ses membres. La Cour de Karlsruhe obligeant même ses membres à rendre publiques les

rémunérations annexes qu'ils pourraient toucher à l'occasion d'évènements (activités) compatibles avec leurs mandats.

Le Conseil constitutionnel français en est très loin. Dans un récent rapport<sup>34</sup>, l'Observatoire de l'éthique publique a mis en lumière que « le régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel est complexe, opaque et partiellement non conforme au droit. Cette situation, qui concerne l'un des principaux gardiens de notre état de droit, ne peut manquer d'interpeller. » En substance, le régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel est « partiellement non conforme au droit depuis... 1960, (soit environ 7 000 € sur un total de 13 000 € net) n'a pas de fondement légal. »

Cette question sensible n'a malheureusement pas été réglée. Le Gouvernement a ainsi tenté d'insérer le 5 mars 2020 au sein du projet de loi organique tendant à instituer un système universel de retraite, un cavalier législatif. **Le projet ayant été abandonné, la modification proposée de l'ordonnance du 7 novembre 1958 n'a donc pas eu lieu<sup>35</sup>. La transparence reste en devenir, sans publication spontanée sur le site ou à l'occasion du rapport annuel de l'institution.**

■ **La question prioritaire de constitutionnalité rend nécessaire la réforme du Conseil**

Comme le relève le professeur Paul Cassia<sup>36</sup>, la procédure devant le Conseil constitutionnel saisi de la conformité à la Constitution d'une disposition législative en vigueur, via une question QPC est « **attentatoire à la séparation des pouvoirs** ». En effet, ce n'est pas le Parlement qui assure la défense de la disposition législative attaquée, mais un représentant du Premier ministre – tout au long de l'instruction orale et écrite – donc un fonctionnaire du secrétariat général du Gouvernement... ce qui pousse jusqu'à l'absurde le principe du parlementarisme rationalisé, l'exécutif se substituant au législatif pour ses propres actes. La QPC a été créée par la révision constitutionnelle

■ 33 : P. Wachsmann, « Misère du contrôle de constitutionnalité des lois en France : la décision relative à l'incrimination des clients des prostituées », Blog Jus Politicum, 21 février 2019.

■ 34 : Lemaire, Elina, Propositions pour une réforme du régime indemnitaire des membres du Conseil constitutionnel, Note #9, juin 2020, Observatoire éthique publique.

■ 35 : Conseil constitutionnel : faux plafonnement du cumul emploi/retraite, Samuel-Frédéric Servière, 14 janvier 2020, site Internet de l'IFRAP.

■ 36 Paul CASSIA, La question prioritaire de constitutionnalité, bijou ou camelote démocratique ?, Blog Médiapart, 26 novembre 2020.

de juillet 2008, puis précisée par la loi organique du 10 décembre 2009. C'est elle qui permet au procès constitutionnel d'atteindre un premier degré de maturité. À cette fin, la décision du 4 février 2010 a mis en place un « règlement intérieur de la procédure poursuivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ». Ainsi, les deux critères d'un « procès équitable et du tribunal neutre et impartial » semblent à première vue réunis : l'existence d'un litige et d'une procédure.

La QPC est soulevée à l'occasion d'une instance (judiciaire ou administrative) par saisine sur renvoi après un filtre des juridictions suprêmes (Conseil d'État ou Cour de cassation). **Il s'agit donc de l'expression du contrôle de constitutionnalité a posteriori de la loi<sup>37</sup>**. On relèvera tout d'abord qu'il n'existe pas de saisine directe par les citoyens hors voie contentieuse. En ce sens il ne s'agit pas d'une « question citoyenne ». Ensuite, la QPC ne concerne qu'une partie de la Constitution, les droits et libertés qu'elle contient, mais aussi la violation d'un engagement international ou l'immixtion du législateur dans le domaine du pouvoir réglementaire. Son objet est donc très limité. Selon Paul Cassia « *des pans entiers du texte du 4 octobre 1958 échappent donc à toute justiciabilité une fois la loi promulguée*<sup>38</sup>... » Par ailleurs, l'article 62C alinéa 2 permet au Conseil constitutionnel de **repousser dans le temps les effets des inconstitutionnalités**. En effet, une disposition abrogée en vertu d'une QPC cesse de produire ses effets « à compter de la publication de la décision du Conseil [...] ou d'une date ultérieure fixée par cette décision ». Ainsi le Conseil contrôle-t-il les effets dans le temps de ses propres censures. Et ces effets sont également opposables au demandeur, ce qui ne permet pas de réparer éventuellement l'intégralité du préjudice subi. Ainsi, l'usage de la QPC est beaucoup moins souple que l'usage du contrôle dit

de conventionnalité de la loi s'agissant de la compatibilité d'une loi au regard des stipulations des traités internationaux. La réalité est flagrante : le contrôle de conventionnalité est « diffus », c'est-à-dire que tout juge peut écarter de son propre mouvement l'application d'une disposition législative qui serait contraire aux traités internationaux signés par la France, dont les traités de l'Union européenne, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH), ou un règlement européen.

Au contraire, à l'heure actuelle, le monopole du contrôle de constitutionnalité a posteriori est celui du Conseil constitutionnel et relève donc uniquement de cette juridiction spécifique. Sa saisine est toujours indirecte, et filtrée par les juridictions suprêmes de chacun des ordres juridiques. Et ce filtre peut parfois se transformer en « bouchon » en cas de crise. Ainsi en est-il du Conseil d'État sur la constitutionnalité du premier confinement<sup>39</sup>.

## 2. Pour un renforcement de l'indépendance de la justice administrative

### ■ Mettre fin au cumul des rôles de juge et de conseil des conseillers d'État

Le Conseil d'État cumulant les fonctions de juge et de conseil – de l'exécutif à titre principal (et du législatif à titre subsidiaire depuis 2008) – et ce, on l'a vu plus haut, depuis sa création par l'article 13 de la Constitution de l'An VIII.

Or cette double compétence, juridictionnelle et de conseil, le Conseil d'État la revendique :

Jean-Marc Sauvé, ancien vice-président de la vénérable institution l'affirme<sup>40</sup> : « *La juridiction administrative, marquée par l'ambiguïté de sa naissance et la double nature de sa cour suprême – à la fois conseiller du Gouvernement et juge administratif suprême – a soumis l'administration au droit à raison même de cette dualité fonctionnelle. C'est aussi*

■ 37 : Le contrôle a posteriori de la loi s'oppose au contrôle obligatoire (article 61C al.1) s'agissant des lois organiques et des règlements des assemblées et au contrôle a priori du Conseil constitutionnel pour les lois ordinaires, sur saisine du président de la République, du Premier ministre, des présidents de l'Assemblée nationale ou du Sénat et par soixante députés ou soixante sénateurs.

■ 38 : Les contrôles a priori et a posteriori, Julien Bonnet, Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel N° 40, juin 2013.

■ 39 : CE, 22 juillet 2020. La décision est rendue d'ailleurs hors délai, voir 23 juillet 2020, Paul Cassia, *Constitutionnalité du confinement : le Conseil d'État n'est pas sérieux !*

■ 40 : Dialogue entre les deux ordres de juridiction, Ecole nationale de la magistrature, 21 juillet 2017, Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État.

*cela qui justifie, aujourd'hui encore, l'utilité de la juridiction administrative. Parce que le juge administratif est en même temps conseiller du Gouvernement, il dispose de l'expérience et du recul suffisant pour juger l'administration avec pertinence et exigence. »*

Mais l'ancien vice-président ne dévoile pas toute la réalité historique de cette curieuse situation... qui est finalement assez récente. Elle date de 1963. Comme le rappelle l'avocate Camille Mialot<sup>41</sup> : « *Rappelons le traumatisme subi il y a maintenant soixante ans : le Conseil d'État croyant sa légitimité assise, annule en pleine guerre d'Algérie<sup>42</sup>, l'ordonnance du Général de Gaulle prévoyant de juger et le cas échéant de condamner à mort les généraux putschistes sans possibilité d'appel. [...]* La décision du Conseil d'État est

*courageuse, le général furieux, veut le supprimer. L'institution se sauve elle-même en suggérant dans une commission ad hoc d'instaurer la double affectation des membres du Conseil : pour être plus sensibles aux nécessités de l'État et éviter des velléités d'indépendance, les membres seront à la fois conseillers et juges. Autrement dit, aucun membre du Conseil d'État ne pourra plus être exclusivement magistrat : exit donc les garanties d'impartialité et de neutralité que requiert en principe la fonction juridictionnelle. »* Désormais, suite à la réforme de 1963 du Conseil d'État, la double affectation des conseillers d'État en service ordinaire à une des sections administratives et à la section du contentieux<sup>45</sup> sera obligatoire. Il faut donc préciser depuis sa création en 1799, le

## Pour des études d'impact chiffrées et contradictoires

S'agissant de la mesure de l'impact des projets normatifs, il est possible de répartir les documents en deux catégories :

Les études d'impact qui s'attachent aux lois, prévues par la loi organique du 15 avril 2009, qui « se contente de lister les éléments qui doivent y figurer ». Il s'agit d'un mécanisme essentiellement juridique composé de 8 éléments, mais seulement 2 obligations rattachées directement à l'évaluation des conséquences économiques et sociales : conséquences économiques, financières et environnementales, ainsi que les coûts et bénéfices attendus des dispositions pour les administrations et le public touché par la réforme ; ainsi que l'estimation de l'impact de la mesure sur l'emploi public. On peine à dégager une mesure de la complexité « normative » ou de la « simplification produite » par chaque mesure. Il n'y a pas d'évaluation publiée de la charge administrative, des coûts de mise en conformité et des coûts d'inspection et de contrôle, comme en Allemagne ou aux Pays-Bas, s'agissant de la production des lois.

Les fiches d'impact<sup>43</sup> prévues par la circulaire du Premier ministre (N°5817/SG), prévoient la réalisation d'une fiche d'impact unique pour les collectivités locales, les entreprises (test PME) et les particuliers, en vue des saisines du Secrétariat général du Gouvernement et du Comité national d'évaluation des normes (avec vérification des Tests administration territoriale de l'État et entreprises). Ces fiches d'impact uniques font l'objet d'une publication systématique sur le site de Légifrance<sup>44</sup>. Ces documents sont généralement encore trop peu chiffrés. Ils servent pourtant de base, s'agissant des textes impactant les collectivités locales, au Conseil national d'évaluation des normes pour statuer.

Nous proposons que l'Exécutif systématise le recours aux études d'impact et aux fiches d'impact en renseignant la partie charge administrative comme l'impact socio-économique et budgétaire.

■ 41 : Camille Mialot, *Il est temps de demander au Conseil d'Etat de se réformer pour asseoir son indépendance et son impartialité*, Le Monde, 9 juillet 2020

■ 42 : CE, Ass., 19 octobre 1962, Canal, Robin et Godot.

■ 43 : Évaluation préalable des normes et qualité du droit, 12 octobre 2015, Légifrance.

■ 44 : Fiches d'impact des ordonnances, décrets et arrêtés, Légifrance.

Conseil d'État assure des fonctions juridictionnelles et de conseil au Gouvernement, mais jusqu'en 1963, les conseillers d'État qui les assuraient le faisaient de façon séparée et non simultanément. La Fondation iFRAP propose de revenir sur cette réforme fonctionnelle de 1963 en mettant fin à cette dualité. À l'issue de cette réforme les membres du conseil devraient opter pour l'une ou l'autre fonction, ce qui devrait simplifier d'ailleurs les règles de déports actuellement en vigueur et n'interdirait pas de les exercer successivement (mais non plus simultanément).

### ■ Modifier la Constitution pour une publication systématique des avis législatifs du Conseil d'État

En vertu de l'article 39 de la Constitution, le Conseil d'État donne son avis sur les projets de loi établis par le Gouvernement, rôle qui devient apparent avec la décision de publication des avis à compter du 20 janvier 2015 à l'initiative de l'Exécutif. Idem pour les ordonnances de l'article 38 et pour les propositions de loi déposées par les parlementaires à l'initiative des présidents de l'Assemblée nationale ou du Sénat (article 39<sup>46</sup>). Cependant, le principe de la séparation des pouvoirs interdit de rendre la publication de ses avis systématique, à un niveau organique pour les projets de lois, contrairement aux propositions de loi, si les chambres modifiaient en ce sens leurs règlements. Cette difficulté n'est pas dirimante : une modification constitutionnelle

La partie charge administrative devrait permettre une évaluation complète des trois composantes des coûts administratifs, afin de pouvoir renseigner, comme en Allemagne, un index de complexité administrative et une évaluation chiffrée de la règle « One In, One Out » ; La partie impacts socio-économiques devrait permettre de détailler les coûts directs et les effets de bouclage dynamique pour les 3 catégories d'acteurs : publics, privés et entreprises. Le Conseil d'État pourrait alors publier sur cette base son propre avis sur la qualité de l'évaluation proposée, en termes de légistique mais aussi de crédibilité des estimations économétriques proposées (il en a la capacité puisqu'il est le juge de cassation de la Cour des comptes, via ses sections des finances et de l'administration).

L'office d'évaluation placé auprès du Parlement devrait pouvoir proposer sur ces deux registres, et uniquement s'agissant des projets de loi, un audit indépendant en cas de désaccord profond quant à l'évaluation des estimations alternatives. L'office proposerait systématiquement ses propres chiffrages d'impact économique/financier, légistique et d'évaluation de la charge administrative pour les propositions de loi les plus importantes. Et devrait réaliser une étude d'impact conclusive à l'issue des discussions au Parlement (pour tenir compte de l'enrichissement des projets de loi en cours de discussion). Il pourrait d'autant plus y parvenir qu'il serait saisi de l'évaluation économique et budgétaire de tout amendement déposé par le Gouvernement ou le Parlement et adopté au cours de la discussion parlementaire.

En cas de désaccord entre l'évaluation des ministères et celle de l'Office d'évaluation parlementaire, le Conseil constitutionnel pourrait être saisi par 60 députés ou 60 sénateurs, alternativement à la voie actuelle du Président de chaque chambre, afin de se prononcer sur la qualité de tout ou partie de ce document, et éventuellement bloquer la procédure d'examen, en attendant qu'une nouvelle évaluation soit produite.

■ 45 : Hiam Mouannes, *Le Conseil d'Etat et la notion d'impartialité – ou, la variable équation*, Communication au VI<sup>e</sup> Congrès des Constitutionnalistes, Montpellier, juin 2005.

■ 46 : Depuis la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008, 33 propositions de textes ont été soumis au CE, au 11 juin 2020.

22

des articles 38 et 39 pourrait y parvenir. Il nous semble important de préciser que la publication des avis du Conseil d'État<sup>47</sup> doit s'étendre aux études d'impact elles-mêmes, jointes aux projets de loi, en y associant les

études d'impact normatives qui doivent les accompagner. Les mêmes remarques devraient pouvoir être formulées s'agissant des études d'impact accompagnant les projets de règlement pris « en Conseil d'Etat ».

## IV. AMÉLIORER LE PILOTAGE DE NOS FINANCES PUBLIQUES

Avec un endettement public de 112,9 % en 2021 (2 813,5 milliards €), lié à la survenance de la crise sanitaire en 2020 (+15,5 points de PIB entre 2019 et 2021<sup>48</sup>), la France est en difficulté pour effectuer des opérations de relances budgétaires et affronter les difficultés économiques sans le concours de la Banque centrale européenne. Assez curieusement, cet endettement massif n'a pas été au cœur des programmes des candidats à l'élection présidentielle 2022. Seule Valérie Pécresse a semblé prendre la mesure des difficultés en proposant l'introduction en France d'un frein à l'endettement de niveau constitutionnel. Une mesure essentielle, mais qui doit être accompagnée de quelques autres.

### 1. Mettre en place un frein à l'endettement de niveau constitutionnel

La mise en place d'un frein à l'endettement de niveau constitutionnel est une approche qui a été adoptée suivant diverses modalités par certains de nos voisins européens depuis plusieurs années.

Nous pouvons donc juger de sa fiabilité, à travers les exemples de nos voisins proches : Suisse, Allemagne, Suède.

■ **La Suisse** a décidé en 2003 d'introduire dans sa Constitution fédérale un frein à l'endettement (schuldenbremse) établi sur une base conjoncturelle (cycle économique). Comme le met en évidence le Groupe d'experts sur le

frein à l'endettement de 2017<sup>49</sup>, « il prévoit que la Confédération équilibre à terme ses dépenses et ses recettes. Le plafond de dépenses devant être approuvé dans le budget est fixé en fonction des recettes estimées, compte tenu de la situation conjoncturelle, et seuls des besoins financiers exceptionnels peuvent justifier un relèvement par décision qualifiée de l'Assemblée fédérale. Très concrètement, lorsque l'économie « affiche une croissance supérieure à la moyenne [croissance potentielle], le plafond des dépenses est inférieur aux recettes, et la Confédération enregistre un excédent. À l'inverse, le frein à l'endettement autorise un déficit en période de sous-exploitation des capacités de production : les dépenses peuvent excéder les recettes. »

L'expérience a prouvé que le frein à l'endettement suisse était très efficace<sup>50</sup>, suscitant même des critiques visant à le « flexibiliser ». Mais les finances publiques suisses étaient aussi parfaitement préparées à supporter le choc de la crise sanitaire de 2020. **Il a cependant été relevé que les excédents budgétaires accumulés avaient été utilisés par le Parlement pour rembourser la dette et non mis en réserve pour augmenter conjoncturellement le plafond des dépenses en cas de retournement de conjoncture.** Le professeur Bernard Dafflon a mis en exergue que « si nous avons alimenté le fonds de compensation, il se monterait à environ 20 milliards de francs aujourd'hui et couvrirait sans doute les dépenses liées à la 1<sup>re</sup> et 2<sup>e</sup> vagues [...] nous n'aurions donc pas besoin d'emprunter ni d'amortir ces nouvelles dettes<sup>51</sup> ».

■ 47 : Sur le rôle moteur en France du Conseil d'Etat dans la mise en place des études d'impact, Th. Perroud, Les études d'impact dans l'action publique en France : perspective critique et proposition, Politique et Management public, Vol 35/3-4/2018.

■ 48 : INSEE, En 2021, le déficit public s'élève à 6,5 % du PIB, la dette notifiée à 112,9 % du PIB, Informations rapides n°81, 29/03/2022.

■ 49 : Groupe d'expert sur le frein à l'endettement, Expertise sur la nécessité de compléter le frein à l'endettement, 28 août 2017.

■ 50 : Cédric Tille, Le « fardeau » de la dette publique suisse : Eclairages de recherches scientifiques et pistes pour le futur, Working Paper No. HEIDWP15-2019, septembre 2019

■ 51 : Marie Vuilleumier, La crise, l'occasion d'améliorer le frein à l'endettement ? Swissinfo.ch, 16 décembre 2020.

En 2021 la dette publique suisse s'élevait à 59 % du PIB contre 55 % en 2019<sup>52</sup>.

■ **En Allemagne**, le frein à l'endettement a été introduit par la loi du 29 juillet 2009, portant modification de la loi fondamentale<sup>53</sup>. Aux termes de l'article 109 §3 de la loi fondamentale allemande (Grundgesetz), « *Les budgets de la Fédération et des Länder doivent être par principe équilibrés sans recettes provenant des emprunts.* » **Cette obligation se déclinant de façon différente entre les différents niveaux d'administration :**

■ Pour le budget fédéral, l'équilibre est respecté lorsque les recettes d'endettement permettant de « couvrir » les dépenses ne dépassent pas 0,35 % du produit national brut (soit environ 12 milliards €). Cela équivaut à autoriser un déficit structurel limité.

■ Pour le budget des Länder, l'équilibre budgétaire doit être respecté sans recettes d'emprunt, ce qui correspond grosso modo à la « règle d'or budgétaire » des collectivités territoriales en France, mais étendue aux administrations publiques locales.

Cependant, « *l'interdiction de déficit ne concerne que le déficit structurel. Le déficit conjoncturel de l'État et des Länder n'est pas soumis au compte de contrôle du frein à l'endettement.* »

L'application du frein à l'endettement aux Länder a été fixée dans leurs Constitutions fédérées propres. La crise en a suspendu le déclenchement en 2020. En vertu de l'article 115 nouveau de la Constitution fédérale et pour l'État fédéral uniquement, les effets sur le budget, en période de croissance ou de récession, sont traités de manière symétrique : lorsque les opérations effectives d'emprunt s'écartent de la limite maximale fixée, elles doivent être inscrites sur un compte de contrôle. Les endettements qui dépassent le seuil de 1,5 % du PNB doivent être réduits conformément à la conjoncture, dont la loi fédérale fixe les modalités d'apurement en recettes et en dépenses.

■ Enfin, le frein à l'endettement allemand dispose d'une clause dérogatoire activable

dans des circonstances précises, comme cela fut le cas le 23 septembre 2020<sup>54</sup> : « *La Fédération et les Länder peuvent prévoir des règles [...] exceptionnelles en cas de catastrophe naturelle ou de situations exceptionnelles d'urgence qui échappent au contrôle de l'État et qui compromettent considérablement les finances publiques.* » Cependant, pour l'application de ces règles exceptionnelles, « *des règles corrélatives de remboursement doivent être prévues.* » C'est-à-dire que le recours à l'emprunt excédentaire doit être conditionné par l'adoption d'un plan d'amortissement de la dette contractée qui doit être remboursée sur « une période appropriée<sup>55</sup> ».

■ **La Suède**, elle, n'a pas choisi de placer son frein à l'endettement au sein de sa Constitution. Celui-ci est placé au sein du processus de budgétisation lui-même, le *Swedish fiscal policy framework*<sup>56</sup>. La maîtrise des dépenses publiques depuis les années 2000 s'organise autour de cibles d'excédents budgétaires pour l'ensemble des administrations publiques hors sécurité sociale, soit +0,33 % du PIB sur un cycle économique en 2019 (contre +1 % jusqu'en 2012<sup>57</sup> et temporairement avec une marge de sécurité supplémentaire de 1 point de PIB). Depuis 2019, ces cibles en soldes sont complétées par une cible d'endettement (Debt anchor) pour le même périmètre, fixée à 35 % du PIB. Toute déviation de plus de 5 % de la dette publique doit être explicitée et une trajectoire de désendettement présentée. La Suède applique par ailleurs une règle d'équilibre budgétaire des collectivités territoriales depuis les années 2000.

■ **L'application du frein à l'endettement en France de niveau constitutionnel**

Dans le cadre de la présente campagne présidentielle, seule Valérie Pécresse a produit une proposition précise en ce sens<sup>58</sup> : « *Point 5. Acter la règle d'or de l'équilibre budgétaire pour nos finances publiques, en instituant des lois-cadres d'équilibre des finances*

■ 52 : Dette et taux d'endettement, site Internet de l'Administration fédérale des finances, Confédération suisse.

■ 53 : Stéphanie Flizot, *Les règles constitutionnelles de limitation de l'endettement public : l'exemple allemand*, Jus Politicum n°8, 2012

■ 54 : Face à la crise, l'Allemagne abandonne de nouveau la rigueur budgétaire pour 2021, promet de la rétablir en 2022, La Tribune, 23 septembre 2020.

■ 55 : Haut Conseil au Financement de la Protection sociale (HCFiPS), *Pour des finances sociales soutenables adaptées aux nouveaux défis*, Annexes, janvier 2022.

■ 56 : About the Swedish fiscal policy framework, site internet du gouvernement suédois.

■ 57 : Note par pays de l'OCDE, 10 mai 2011.



publiques, destinées à assurer de façon pluriannuelle l'équilibre des comptes des administrations publiques. »

Cette approche a déjà eu un précédent : en 2011, François Fillon, alors Premier ministre, avait fait déposer devant le Parlement un projet de loi constitutionnelle relatif à l'équilibre des finances publiques<sup>59</sup> définissant des « lois-cadres d'équilibre des finances publiques » **permettant de lever le monopole actuel des lois financières en matière de prélèvements obligatoires.**

La méthode proposée tient d'une approche à mi-chemin entre les modèles suisse (constitutionnel) et suédois (souple sans implications constitutionnelles). La difficulté de l'approche actuelle du frein à l'endettement « à la française » est qu'elle laisse aux « lois-cadres » la possibilité de définir l'ensemble du régime applicable. Il n'est pas prévu d'équilibrer à terme sur un cycle économique les dépenses et les recettes, ni de donner comme dans le modèle allemand ou suisse des cibles à atteindre (en matière d'endettement via un ratio de solde structurel ou de dette à atteindre, voire en dépenses ou en excédent des comptes publics sur un cycle économique).

En cas de déviations positives de l'économie par rapport à sa croissance d'équilibre, il n'est pas prévu d'allocation a priori des économies réalisées en dépenses ou des recettes supplémentaires encaissées. Pourtant deux fléchages pourraient être prévus comme en Suisse :

- consacrer une partie du surplus à un fonds de désendettement ;
- attribuer une partie du surplus à un fonds de compensation pour financer les stabilisateurs automatiques en cas de retournement de conjoncture.

Enfin un certain nombre de dispositifs tendant à limiter l'endettement public existent déjà pour trois niveaux des administrations publiques.

## 2. Insertion de lois de financement des collectivités territoriales au sein des lois de finances

Afin de respecter le principe de libre administration des collectivités territoriales dont découle leur principe d'autonomie financière prévu à l'article 72-2 de la Constitution<sup>60</sup>, il n'est pas possible pour le législateur de disposer d'un vecteur législatif contraignant les dépenses et les recettes des collectivités territoriales directement. Les dispositions les concernant ne peuvent donc qu'être évaluatives pour préserver l'autonomie des exécutifs locaux et doivent prendre la forme de lois de financement.

Une modification constitutionnelle permettrait cependant de créer, à l'instar de l'Ondam pour les dépenses d'assurance maladie, un Ondal (objectif national de dépenses des administrations locales), contraignant (*voir encadré*). Il apparaît que le calendrier budgétaire, même remanié par les réformes des lois organiques relatives aux lois de finances (LOLF) et de financement de la sécurité sociale de décembre 2021 et de février 2022, est toujours extrêmement contraint. Il conviendrait donc de préciser au niveau constitutionnel que les lois de finances pourraient comporter une sous-partie évaluative relative aux finances publiques locales en recettes (1<sup>re</sup> partie) et en dépenses (2<sup>nd</sup> partie), moyennant une nouvelle modification de la LOLF.

## 3. La constitutionnalisation du Haut Conseil des finances publiques

Le Haut conseil des finances publiques (HCFP) a été installé en 2013. Il représente aujourd'hui « la vigie budgétaire » qui porte un jugement sur les fondamentaux macroéconomiques, et les lois financières et de programmation qui lui sont transmises. Malheureusement il ne s'agit que d'un organisme « de synthèse » (il ne produit pas par lui-même ses propres prévisions et modélisations). Les opinions dissidentes n'y sont pas exprimées et il ne peut pas

■ 58 : Valérie Pécresse, *Projet de loi constitutionnelle pour rétablir l'ordre*, jeudi 24 mars 2022. Diffusion restreinte.

■ 59 : Projet de loi constitutionnelle relatif à l'équilibre des finances publiques, site Internet du Sénat.

■ 60 : Assemblée nationale, *Communication de Christophe Jerretie et Charles de Courson*, 9 mai 2018.

s'autosaisir. Bref, dans la galaxie des comités budgétaires indépendants, le HCFP est un parent « pauvre » : « *L'analyse des caractéristiques des autres institutions budgétaires indépendantes, à travers les rapports et bases de données des organisations internationales, montrent que le HCFP a un mandat limité et strictement encadré. Il apparaît aussi comme un des plus petits par les effectifs de son secrétariat et de son budget*<sup>61</sup>. »

La loi organique du 28 décembre 2021 relative à la modernisation de la gestion des finances publiques, confie un rôle de « comité

d'alerte » de l'exécution des dépenses en cours d'exercice au Haut Conseil, mais à l'occasion des avis qu'il rend (toujours pas d'autosaisine en dehors des lois financières), ainsi qu'un droit de communication des documents transmis au HCFP, aux présidents et rapporteurs des commissions des finances des deux chambres. Ces évolutions ne sont pas suffisantes. Leur niveau organique doit être mis en cohérence avec la constitutionnalisation du frein à l'endettement. Et il importe de doter le HCFP des moyens permettant d'émettre ses propres prévisions.

## Mettre en place un Ondal contraignant (création d'un article 72-2 bis)

Les collectivités territoriales ne sont pas dépourvues de règles visant à maîtriser leurs finances locales :

■ **L'application d'une « règle d'or » existe déjà depuis 1996** comme le prévoit l'article L.1612-4 du CGCT ou règle de l'équilibre réel (chacune des sections du budget doivent être votées à l'équilibre, le prélèvement au profit de la section d'investissement ajouté aux recettes propres (hors produit d'emprunts) doit couvrir le remboursement du capital des annuités d'emprunt à échoir chaque année) ;

■ **Ce dispositif a été complété par une règle prudentielle sous la forme d'ODEDEL**, objectif d'évolution des dépenses locales (LPFP 2014-2019 modifié par la LPFP 2018-2022) ;

■ Complété par **les contrats de Cahors** (art.29) signés auprès de **321** collectivités les plus importantes dont les budgets dépassaient les 60 millions €. Les contrats ont été suspendus en 2020 par la crise sanitaire. Si le bilan global est bon de 2017 et 2019 s'agissant de la maîtrise des dépenses de fonctionnement, en revanche le besoin de financement n'a diminué que de 1,4 milliard € pour une cible de -2,6 milliards €.

Nous proposons en lieu et place de l'Odedel, la mise en place d'un Ondal permettant de formaliser au niveau macro-budgétaire les engagements pris dans les contrats de Cahors de seconde génération.

Pour le rendre plus contraignant que son prédécesseur, il est nécessaire de créer un article 72-2 bis pour compléter l'autonomie financière des collectivités territoriales qui définirait l'Ondal :

« I. Les collectivités territoriales contribuent à l'effort de redressement des finances publiques selon les modalités à l'élaboration desquelles elles sont associées et arrêté en lois de Finances. II. Il est institué un objectif national de dépenses des administrations locales exprimé en pourcentage d'évolution annuelle et en niveau. La dépense publique locale est exprimée en valeur, associant en comptabilité générale, les dépenses réelles de fonctionnement et d'investissement consolidées des budgets principaux et annexes, nettes des amortissements d'emprunts et des fonds européens. III. La dépense publique locale est présentée consolidée puis par niveaux d'administration, auxquels sont associés des plafonds d'emplois limitatifs. IV. Une conférence de contractualisation et de répartition procède à la ventilation des dépenses respectant l'Ondal entre toutes les collectivités concernées. »

■ 62 : François Escalle, Les institutions financières indépendantes : quels modèles ? Quels impacts ? Gestion & finances publiques, 2019/4.