

Complexité et sécurité juridique

Christian VIGOUROUX

Conseiller d'État, président de la section du rapport et des études

J'ai tout d'abord une pensée pour Guy Carcassonne¹ avec lequel je travaillais il y a bien longtemps, sous le gouvernement Rocard². Je vous remercie de m'avoir invité; c'est assez rare que l'on participe à des colloques initiés par des juniors et je vous félicite. Et ce que je vais vous dire n'engage que moi.

Je commencerai par dire que ce n'est pas chez nous qu'une telle aventure surviendrait. L'un des derniers numéros de l'*International Herald Tribune* décrit l'installation d'une camionnette de fast-food à New York. C'est titré: «*For vendors it's death by bureaucracy*». Une colonne entière décrit comment installer une camionnette. C'est aussi difficile, dit-on, que de lancer une grosse entreprise en Équateur. Il est expliqué que toutes les administrations s'y mettent, elles réglementent, on ne peut se garer dans n'importe quel parking, ni à moins de 200 pieds d'une école, au moins à 500 pieds d'un marché normal ouvert aux commerçants... «*and so on*»! Et le tout est dans le «*and so on*»...

Mais c'est en Amérique: cela n'a aucun rapport avec nous.

Je voulais, en commençant par là, dire qu'il ne faut pas se faire d'illusions sur la loi. Les connaisseurs de l'âme humaine, et donc de l'âme des juristes – qui ne sont qu'une partie des humains – sont comme Léo Perutz dans «*Où roules-tu petite pomme?*» publié en 1928. Je lis: «*Jamais x ne se laissait entraîner à enfreindre les lois, car il savait que leur immuabilité et leur rigueur ne résistaient pas à un esprit vigilant. Elles broyaient ceux qui par naïveté les transgressaient et laissaient le champ libre à ceux qui avaient l'intelligence de leur rendre les honneurs qu'elles exigeaient.*»

¹ Professeur de droit (14 mai 1951-27 mai 2013).

² Michel Rocard fut Premier ministre de 1988 à 1991, sous la présidence de François Mitterrand.

Les lois ne profitent pas toujours à ceux pour lesquels elles sont faites. Elles ont leur propre vie – et c'est là que le danger commence. La complexité favorise les surprises, pour ne pas dire ses détournements.

En biologie, la cellule compose le corps des complexes. En droit, le corps est complexe surtout quand il est constitué : le corps constitué va produire de la norme avec de la simplicité lorsqu'il s'agit de déclaration de droit, de charte des droits fondamentaux, mais quand on entre dans le concret, que sont l'argent avec le code général des impôts, la propriété avec le Code civil et le Code de l'urbanisme fraternellement réunis, l'enfance et la filiation avec l'adoption – tout un parcours avec agrément, contrôle, vérification, jugement – là, parce qu'on est dans le sérieux, et dans la passion, on est dans la complexité.

Cette complexité face à la sécurité : elle est dangereuse (I), inévitable (II) et à maîtriser (III).

I. La complexité est dangereuse

Je vais faire part des quatre coins qui s'enfoncent dans la sécurité, qui sont comme des assauts sur la sécurité.

i) La complexité législative est facteur d'incertitude. C'est le mystère de la grande pyramide des textes qui ne s'emboîtent pas. Et combien de fois, dans les sections administratives du Conseil d'État, passons-nous notre temps à poser au Gouvernement la question célèbre : « Mais que voulez-vous ? » Parce qu'après avoir lu le texte, on n'a aucune idée de ce que le Gouvernement veut. Ensuite quelle est la portée de tel terme, quel est le champ de ce concept, avez-vous pris des dispositions transitoires ? On reprend la mécanique.

ii) La complexité est facteur de contentieux. Le juge administratif se pourlèche les babines – si je puis m'exprimer ainsi – parce qu'il suppute les angles morts de la loi et sait que la disposition ambiguë va produire de l'illégalité. La Cour de cassation, le 20 mars 2013, reconnaît un caractère abusif à des clauses ambiguës dans un modèle de contrat proposé au consommateur³. Ce rapprochement des mots « ambigu » et « abusif » me réjouit parce qu'il est vrai que ces deux thèmes peuvent aller ensemble.

³ Civ. 1^{re}, 20 mars 2013, pourvoi n° 12-14.432.

iii) *Le texte prolifère. La complexité est menaçante, certes, mais non pas tellement en tant que complexité, mais en tant qu'elle appelle la simplification.* Il n'y a rien de pire que le ministre qui dit à ses équipes «simplifiez-moi le permis de construire». On avait deux régimes: ceux qui sont soumis au permis de construire, ceux qui ne le sont pas. On en aura une demi-douzaine: ce qui est soumis à permis de construire, ce qui est exonéré de permis de construire; on inventera un régime intermédiaire pour ceux qui ne sont pas tout à fait dispensés, et puis ceux qui seront dispensés le seront en fonction de la nature de la construction, du lieu, du volume, etc. et c'est comme cela qu'à partir d'une bonne idée («simplifions le permis de construire») on passe de deux régimes juridiques à six. C'est la multiplication non pas des «pains» mais des «têtes».

iv) *Le texte non intelligible: la complexité est menaçante parce qu'elle n'est pas comprise.* Je pense toujours au célèbre Plan local d'urbanisme de Paris, qui est accompagné inévitablement de son lexique de 200 pages avec des schémas que je défie quiconque de comprendre. C'est rassurant, un texte accompagné de son lexique, mais cela peut aussi être un peu inquiétant. Lorsque je lis que l'on va alléger les obligations comptables des plus petites entreprises, je me réjouis au nom de la création d'entreprises. Mais pour entrer dans ce régime de simplification, il faut remplir deux des trois conditions suivantes: bilan de moins de 350 000 €, chiffre d'affaire de moins de 700 000 € et moins de 10 salariés. Déjà, deux des trois c'est une combinatoire assez exceptionnelle et il faut déjà avoir fait Sciences Po pour comprendre si l'on est dans le régime ou pas! Donc la complexité qui n'est pas comprise peut favoriser des réflexes poujadistes – on a inventé Poujade il y a bien longtemps pour moins que ça. Et puis cela développe des petites officines – voilà une petite publicité: «Apprenez à lire les lois entre les lignes... les lois profitent à ceux qui savent les lire». Tout est dit!

La complexité est dangereuse, elle est inégalitaire par nature, elle est perturbatrice et elle est sujette à provoquer la révolte.

II. Mais la complexité est inévitable

La complexité est inévitable pour au moins quatre raisons.

i) *La complexité donne la justice.* Moi qui m'occupe de la section du Rapport et des Études du Conseil d'État, pour l'exécution des décisions contentieuses du Conseil d'État, je sais que l'exécution est complexe. C'est

d'ailleurs la raison pour laquelle le justiciable qui ne parvient pas à faire exécuter une décision revient. Ainsi, celui qui n'a jamais procédé à une reconstitution de carrière ignore ce qu'est la complexité ! Et donc attention avant de tirer sur la complexité : depuis l'avis du Conseil d'État de 1993, nous savons que l'exécution par nature est complexe. Tout juge judiciaire qui essaie de faire prévaloir une législation hésitante sur le travail le dimanche sait que l'exécution est complexe. On obtient une décision puis on va devant le juge de l'exécution, cela remplit les gazettes, mais la complexité est tenace et contribue à la justice.

ii) La complexité donne la liberté. En effet, faut-il être simple ? Simple comme la peine plancher, comme la peine de mort, comme la peine automatique. Ou faut-il une gamme de régimes, faisant confiance au juge pour apprécier, moduler, différencier, étaler, orienter, proportionner... et finalement personnaliser. Dans les années 1930, le juge américain Benjamin Nathan Cardozo dans sa belle « Nature de la décision judiciaire » évoquait le risque du vêtement de confection par rapport au « sur mesure ». C'est aussi le Droit.

iii) La complexité donne la sécurité : à chacun son dû. L'impôt sur le revenu par tranches, le système de tranches et d'exonérations, c'est la quintessence de la complexité. Qui voudrait, en France, renoncer aux tranches pour un impôt simplement proportionnel ? De même, la révolution portée par la loi sur des quotas respectant la parité aux élections professionnelles, traitée il y a peu par l'Assemblée du contentieux est complexe à mettre en œuvre. Mais c'est la justice et la sécurité. Ceux qui n'apprécient guère la loi du 1^{er} août 1905 sur la consommation parce qu'elle est complexe semblent oublier que cette même loi impose des contrôles sanitaires, des factures à garder pour établir la traçabilité de telle viande⁴.

iv) La complexité fait la synthèse. Un schéma – la France produit des schémas tous les jours. D'urbanisme, de concurrence, territoriaux... La France adore les schémas. Le schéma c'est la complexité faite synthèse. Le problème est que s'il y avait un schéma par domaine cela irait, mais les schémas se multiplient. Et cette politique de multiplication des schémas disperse la synthèse. C'est donc au juge de faire la synthèse des synthèses, de coordonner les schémas. C'est une petite industrie au Conseil d'État,

⁴ *Loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services*, JORF du 5 août 1905, p. 4813.

que de dire, par vagues jurisprudentielles, quel schéma l'emporte sur les autres schémas, lequel prend en compte l'autre – et c'est assez compliqué.

Le célèbre Architecte des bâtiments de France (ABF), qui a un coût et qui est relativement honni si j'en crois la fréquence des propositions de loi et des projets pour l'encadrer et lui couper les ailes. Cet ABF a rendu des services pour que la France soit la première destination touristique du monde par la qualité de ses paysages. Quand nous avons, il y a 25 ans, inventé les ZPPAU (c'est-à-dire les zones de protection du patrimoine architectural, urbain et paysager, qui remplacent les périmètres absurdes automatiques de 500 mètres autour des monuments historiques), nous redonnions la prévisibilité de la sécurité aux usagers, tout en maintenant la nécessaire sauvegarde du bâti précieux. La complexité, c'est en effet la conciliation d'intérêts contradictoires. Et cet exemple des ZPPAU illustre, je crois, l'idée que la conciliation de la complexité et de la sécurité est possible. Pour avoir participé à la préparation de la loi sur la présomption d'innocence en 2000⁵, ce texte a été démantelé par la gauche, par la droite puis à nouveau par la droite et enfin par la gauche... Douze ans après, on revient exactement au même point. Donc les modifications, les itinéraires des modifications, sont peut-être à mes yeux le premier facteur de complexité.

III. L'important est donc de vivre la complexité maîtrisée

Je ferai trois éloges et trois appels.

Trois éloges :

i) La vraie simplification est la pure et simple suppression. Le régime de l'auto-entrepreneur, que l'on soit pour ou contre, a été une suppression de certaines contraintes : de l'autorisation de licenciement, de la règle de fixation des prix, du plafond légal de densité... Longue est la liste de ce qui est au musée de l'histoire de la législation. On n'en parle plus, mais c'est un fait. D'une certaine façon, la décision implicite d'acceptation est une suppression : une suppression du temps que l'administration a pour soupeser, pour décider. Il ne s'agit plus de réglementer la taille des haricots, mais de faire jouer le principe de responsabilité. Parce que si l'on suit les recommandations et les exemples croustillants du rapport Boulard-Lambert, ce

⁵ JORF n° 0138 du 16 juin 2000, p. 9038.

n'est pas si simple que cela – puisque l'on parle de complexité. Ne plus réglementer les cantines scolaires serait dangereux! Normes ou pas, c'est une responsabilité des créateurs, des responsables scolaires... S'il n'y a pas de norme, la responsabilité sera encore plus forte. Peut-être devons-nous aller vers une société courageuse.

ii) L'éloge de la réponse: que l'administration nous dise oui ou non, mais qu'elle nous dise quelque chose. Alors travaillons sur la décision implicite, sur les techniques de rescrit, sur les certificats de faisabilité, sur les contrats de procédures... Tout ce qui fait que l'usager a une réponse, ou une essence de réponse, plutôt que de se heurter à l'arme absolue de l'administration – qui n'est jamais la colère, mais le silence.

iii) L'éloge de la promesse tenue: on ne change pas sans délai de transition⁶, mais déjà en 1978 le Conseil d'État avait à rappeler qu'on ne change pas de règle en cours d'un recours... Le fait que l'on se pose la question est plus intéressant encore que la réponse.

Et puis je formulerai trois appels:

L'appel au classement et à l'index: le modeste usager des lois que je suis – je sais que cela ne plaît pas à tout le monde – mais est un usager des codes qui sait qu'il va trouver telle chose dans tel code, plutôt que de s'y perdre. Je suis donc pour la codification. La Commission européenne dans un communiqué du 27 février 2013 propose un code européen du contribuable. Dans le code, qui est le classement, qui est ordre, souvent suivi de vertige de l'ordre, on ne fait pas exception! On propose un code de simplification du contribuable, mais derrière... on propose un NIF, numéro d'identification fiscale. Et là est le retour de la complexité.

L'appel à l'économie du droit, à l'étude d'impact, au coût de la formalité. Ce n'est pas un hasard si l'étude annuelle du Conseil d'État que nous allons bientôt publier porte sur le « droit souple », qui n'est pas contraignant mais oriente les comportements. Je crois qu'il faut à chaque fois se demander quel sera l'impact de la loi que l'on produit et favoriser en amont le guichet unique. C'est à l'administration de favoriser l'attribution d'un dossier au bon endroit. L'administration a un devoir de *redispaching*, de réattribution à la bonne instance. Ce que fait la ministre du logement,

⁶ CE, 24 mars 2006, *KPMG*, pourvoi n° 288460.

avec un projet de loi allant vers un dépôt unique de demande d'HLM pour l'ensemble des réservataires et des bailleurs.

L'appel à la volonté dans l'opération juridique, pour dépasser cette résignation qui nous taraude dans les différentes instances qui construisent la loi, à laquelle renvoie cette réflexion terriblement désenchantée d'un célèbre légiste, Marcel Proust, qui écrit à propos du droit pénal: « *Cette relation qui existe presque toujours dans les châtiments humains et qui fait qu'il n'y a presque jamais ni condamnation juste, ni erreur judiciaire, mais une espèce d'harmonie entre l'idée fausse que se fait le juge d'un acte innocent et les faits coupables qu'il a ignorés.* » Il faudrait sans doute discuter cette maxime à l'École nationale de la magistrature pour vacciner de la complexité.

Entre fausseté et ignorance, il nous reste à inventer l'administration de l'exactitude, économe des efforts des citoyens, économe des règles qu'elle se crée, une administration qui tienne parole, qui diffuse de la certitude. Il n'est pas interdit de donner tort à Proust.

Je conclus: ce n'est pas chez nous qu'une telle aventure arriverait. Les Américains sont tenaillés par la bureaucratie. Cette fois-ci, dans *The Economist*, il y a quelques semaines, l'on pouvait lire une intéressante histoire: le chroniqueur voulait renouveler son permis de conduire; il se rend au *Department of motor vehicles* à Washington, où il fait la queue dans le froid, avec trois agents qui oscillent entre indifférence et hostilité; on lui dit que toute fausse déclaration est un crime, qu'il lui faut présenter six certificats... Le chroniqueur arrive devant le bureaucrate et lui dit qu'il a envoyé un document par fax, on lui répond qu'on n'accepte pas les fax. Alors le chroniqueur s'exclame: pourquoi avoir précisé le numéro de fax sur votre formulaire, si vous ne prenez pas les fax? « *We do it as a courtesy* ».

Je trouve cette histoire très belle, elle est américaine, cela n'arriverait pas chez nous! Souvenons-nous simplement qu'en administration, la courtoisie passe par l'information et par la primauté de l'utilisateur sur le formulaire. C'est aussi cela, le service de l'intérêt général.