



# Conception des textes



## 1.1.1. Questions préalables

// L'édiction d'une norme unilatérale – loi, décret, arrêté – est soumise au respect de règles juridiques de fond et de procédure ainsi qu'à des principes de bonne rédaction qui sont l'objet de ce guide.

Mais elle doit avant tout avoir pour but de résoudre un problème clairement identifié et d'atteindre un résultat précisément défini, lorsqu'il est manifeste que des solutions non normatives ne le permettent pas.

Une connaissance précise de l'état du droit en la matière constitue évidemment un élément indispensable de l'identification du problème comme du choix de la solution. Le concepteur d'un texte dispose, à cet égard, de nombreux outils (voir fiche 1.4.1).

Toutefois, **au-delà de la connaissance et de l'analyse du droit existant, une réflexion doit être menée sur l'utilité de la « réglementation »**, l'insuffisance de cette réflexion figurant parmi les causes de l'excès ou, ce qui revient au même, de la modification incessante des normes.

Ainsi, toute idée d'action publique dont la mise en œuvre peut conduire à l'édiction d'une norme doit faire l'objet d'une analyse préalable, même sommaire, destinée à présenter le ou les problèmes à résoudre, la solution recherchée et les avantages et inconvénients respectifs des différentes options envisagées pour la mettre en œuvre ; il convient notamment d'examiner à ce stade si des dispositions relevant du « droit souple »<sup>1</sup> ne peuvent suffire. Pour les projets de loi ou certains textes réglementaires, il peut être rendu compte de cette analyse préalable dans l'étude ou la fiche d'impact (voir fiche 1.1.2).

<sup>1</sup> Voir sur ce point l'étude annuelle 2013 du Conseil d'Etat « Le droit souple », à la Documentation française. Le juge administratif exerce un contrôle croissant sur ce droit en développement depuis l'arrêt [CE, 12 juin 2020](#), GISTI, n° 418142, et notamment ceux émis par les autorités de régulation [CE, 21 mars 2016](#), Fairvesta International, n° 368082, et [CE, 21 mars 2016](#), Société Numéricable, n° 390023.

// Avant de rédiger un projet de texte, il convient d'examiner notamment les questions suivantes :

*La réforme répond-elle à une obligation juridique ou à un choix d'opportunité ?*

Le droit n'a pas vocation à constituer un cadre intangible. Au contraire, il appartient au législateur et au pouvoir réglementaire d'assurer l'adaptation permanente des textes à l'évolution des circonstances de droit ou de fait qui ont initialement motivé leur adoption. Ce principe d'adaptation peut emporter une obligation de révision des textes pour tenir compte de l'évolution des circonstances, tout au moins de droit.

Une première étape de l'analyse consiste donc à déterminer, aussi précisément que possible, les dispositions devenues contraires ou difficilement conciliables avec une norme supérieure dans les textes qu'il s'agit de modifier et d'établir la liste des dispositions nouvelles que la résolution de cette difficulté implique nécessairement.

Plus généralement, toute réforme d'une certaine ampleur doit être précédée d'un diagnostic de la situation de fait et de droit (voir fiche 1.1.2). Une fois les problèmes à résoudre identifiés, on s'attachera à déterminer en quoi ils trouvent leur source dans une inadéquation des règles en vigueur : inadéquation des critères, difficultés d'application liées à des ambiguïtés de rédaction, lourdeur d'une procédure, complexité excessive des règles... Parallèlement, il s'agit d'apprécier les nombreux autres facteurs explicatifs des problèmes recensés. A défaut de cette analyse, il est à craindre que les dispositions nouvelles ne se heurtent aux mêmes difficultés et que l'effet escompté ne soit pas atteint en définitive.

S'agissant d'un décret d'application de dispositions législatives, on examinera ainsi dans quelle mesure l'intervention du législateur impose de revoir les procédures, les critères ou les modes d'organisation antérieurs et quelles sont les précisions qu'elle requiert au niveau réglementaire. Il peut être utile à ce stade d'esquisser une modification *a minima* des textes actuels puis d'examiner dans quelle mesure la préservation de la cohérence du dispositif initial appelle éventuellement d'autres ajustements.

Ce travail de revue de l'état du droit en vigueur est encore plus nécessaire s'agissant des mesures de transposition des directives de l'Union européenne. Il convient d'examiner, sur la base des réflexions conduites à ce propos dès le stade de la négociation, dans quelle mesure la prise en compte des objectifs fixés par la directive peut être conciliée avec l'économie générale du dispositif de droit national en vigueur. Un tableau de concordance doit être établi entre les dispositions de la directive et les dispositions en vigueur en droit interne afin d'identifier les contradictions qu'il conviendra de lever et les ajouts qui s'imposeront dans tous les cas. Un tableau complémentaire doit être établi et joint au dossier lors des travaux interministériels et des consultations préalables, en particulier celle du Conseil d'Etat le cas échéant, faisant apparaître, pour chaque article du projet de texte,

les dispositions du droit de l'Union européenne que ce projet a pour objet de transposer, de manière à bien distinguer, au sein du projet, ce qui relève des obligations de transposition et ce qui est étranger à ces obligations ou va au-delà (voir fiche 4.1.3).

#### *Quel est le niveau de norme adéquat ?*

Si la voie législative semble devoir être privilégiée, il importe d'en déterminer précisément les raisons au regard du partage entre les domaines respectifs de la loi et du règlement opéré par la Constitution et la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Si le projet relève du domaine réglementaire, on déterminera s'il s'agit d'un décret simple ou si des raisons particulières conduisent à retenir une autre forme (décret en conseil des ministres, décret en Conseil d'Etat, arrêté). On se reportera sur ces questions aux développements des fiches 1.3.

Lorsque les dispositions législatives qu'il s'agit de modifier paraissent être de nature réglementaire, il est recommandé de procéder à un déclassement suivi d'une modification réglementaire (voir fiche 2.4.5). S'agissant des textes réglementaires d'application, une attention particulière doit être apportée, dans la rédaction des projets de loi, au renvoi trop systématique à des décrets d'application dont la nécessité n'est pas avérée ou dont le contenu reste incertain. Il faut rappeler que le Gouvernement peut toujours, sans renvoi, prendre un décret pour mettre en œuvre une disposition législative nouvelle. Un renvoi explicite se justifie essentiellement lorsqu'il s'agit pour le législateur de prévoir un décret en Conseil d'Etat, lorsqu'un élément précis (seuil, procédure détaillée, détail des conditions requises) relève du domaine réglementaire ou lorsqu'il s'agit de reporter l'entrée en vigueur d'un dispositif à la publication d'un ensemble de mesures d'exécution.

#### *Quel degré de précision faut-il retenir ?*

La conception de la norme nouvelle doit obéir à un principe de proportionnalité, qui peut être énoncé de la manière suivante : ne doivent revêtir un caractère contraignant que les règles indispensables pour atteindre les objectifs que l'on s'est fixés et pour offrir aux administrés ou aux justiciables des garanties effectives, notamment en termes de sécurité juridique. Un équilibre doit ainsi être trouvé entre, d'une part, le souci de précision et d'application uniforme de la norme et, d'autre part, la préservation d'une marge d'interprétation suffisante pour en permettre une mise en œuvre adaptée aux différentes situations pouvant se présenter et une stabilité suffisante.

Or, pour s'adapter à certains cas particuliers ou à certaines évolutions difficiles à anticiper dès l'origine, il est souvent envisagé d'introduire des variantes, des exceptions dans des cas bien déterminés ou d'entrer dans une typologie qui se voudrait exhaustive. Au stade de l'analyse préalable au moins, il conviendra d'envisager une approche alternative consistant à simplifier le dispositif, à donner aux règles applicables un caractère plus générique ou à recourir, pour partie, à un autre mode de régulation non normatif.

*Quelles sont les conditions à réunir  
pour assurer l'effectivité du nouveau dispositif ?*

Une option juridique ne saurait être retenue sans prendre en considération les conditions de son effectivité : quels services seront appelés à assurer la gestion ou le suivi du dispositif et de quels moyens disposent-ils à cet effet ? Quels contrôles devront être mis en œuvre ? Le régime des sanctions est-il adapté ? Quelles difficultés le juge pourrait-il rencontrer pour interpréter les nouvelles dispositions ou les combiner avec d'autres règles ou principes ? Autant de questions qui ne sont parfois soulevées qu'au terme du processus d'élaboration d'un projet de texte et qui gagnent, au contraire, à être examinées dès la phase initiale de conception.