

LES SOURCES CONFIDENTIELLES DU DROIT DES FINANCES PUBLIQUES :

LE SECRET DES AVIS DU CONSEIL D'ÉTAT EN MATIÈRE FINANCIÈRE

Annabel LE MOAL, doctorante contractuelle, Université de Lille, EA 4487, CRDP/ERDP.

« *Le conseiller du Gouvernement aide, corrige, parfois morigène. Mais son influence sur l'édiction de la règle n'apparaît pas au grand jour et ceci quelle que soit son importance* »¹. Le secret est traditionnellement défini comme étant un ensemble de connaissances ou d'informations qui doivent être réservées à certaines personnes et que l'on ne doit pas divulguer², mais également « *la protection qui couvre cette chose et peut consister soit, pour celui qui connaît la chose, dans l'interdiction de la révéler à d'autres, soit pour celui qui ne la connaît pas, dans l'interdiction d'entrer dans le secret* »³. Le secret est un « *savoir réservé* »⁴, réservé à quelques personnes et qui, de fait, en exclut d'autres : les avis du Conseil d'État sur les projets de loi répondent pleinement à ces caractéristiques.

L'activité contentieuse du Conseil d'État est publique, du fait de la publication des décisions rendues « au nom du peuple français » et des conclusions du rapporteur public, tandis que l'activité consultative, à l'attention du Gouvernement, a longtemps été marquée par sa discrétion⁵. Souvent méconnue, la fonction consultative est essentielle et ancienne. Elle a été consacrée à l'article 21 de l'ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'État⁶. Cette consécration résulte de la volonté de René Cassin⁷, qui persuada de la même manière le constituant⁸ de l'inscrire à l'article 39 alinéa 2 de la Constitution de 1958⁹. La fonction de consultation du Conseil d'État a été interprétée comme « *englobant tous les projets de lois, quelle que soit leur nature (...), et quel que soit leur objet : constitutionnel, organique, ordinaire, de finances* »¹⁰. Le Conseil d'État est consulté sur les textes financiers pour lesquels

¹ Y. JEGOUZO, « A propos de la fonction consultative du Conseil d'État » in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*. Paris, Dalloz, 2007. p. 505.

² F. PONTILLO, *Le secret et le droit*. Thèse, Université de Montpellier 1, 2002. p. 14.

³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*. 9^e éd. Paris, Presses universitaires de France, 2011. p. 939.

⁴ C. ARNAUDIN, *La notion de secret en droit des personnes et de la famille*. Thèse, Université de Bordeaux, 1999. p. 4.

⁵ R. BOUCHEZ, « Les avis du Conseil d'État français », *Revue gestion et finances publiques*, 2015, n°1/2. p. 42.

⁶ Art. 21 de l'ordonnance n°45-1708 du 31 juillet 1945 portant sur le Conseil d'État. JORF, n°0179, 1^{er} août 1945. p. 4770. : « *Le Conseil d'État participe à la confection des lois ou ordonnances* ».

⁷ Y. GAUDEMEL, « La VIème République ? Quel Conseil d'État ? », *RDP*, 2002, n°1-2. p. 376.

⁸ *Ibid.*

⁹ Art. 39 al. 2 Const. : « *Les projets de loi sont délibérés en Conseil de ministres après avis du Conseil d'État, et déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées* ».

¹⁰ S. LEROYER, *L'apport du Conseil d'État au droit constitutionnel de la Ve République*. Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011. p. 569.

le Gouvernement dispose d'un monopole de l'initiative¹¹, comme le précise l'article L. 112-1 du Code de justice administrative¹².

Le Conseil d'État peut finalement être considéré comme le « *coauteur de la loi* » financière¹³. Son rôle d'instance technique, placé auprès du Gouvernement, nécessaire à la mise en œuvre juridique des projets, ainsi que son expertise, justifient que les avis ne soient pas rendus publics. Ils demeurent secrets et leur usage réservé au Gouvernement. Selon le Président Long, « *dans son rôle de conseiller du Gouvernement, le Conseil d'État n'est pas un corps de contrôle, dont les interventions doivent normalement être publiques* »¹⁴.

Toutefois, le 20 janvier 2015, le Président de la République¹⁵ a souhaité rompre avec une tradition séculaire de secret¹⁶ des avis du Conseil d'État sur les projets de loi. Cette publicité n'est pour l'instant actée par aucun texte juridique, et ne résulte que de la volonté du Président de la République et de sa mise en œuvre par le Gouvernement. En effet, l'article 39 alinéa 2 de la Constitution est silencieux sur ce point¹⁷. En 2015, l'argument avancé par le Chef de l'Etat pour justifier un tel changement dans le fonctionnement institutionnel et administratif du Gouvernement est justifié par « *l'intérêt public que présentent les avis* »¹⁸, qui informent à la fois les citoyens et les parlementaires¹⁹.

¹¹ Les lois de finances initiales (LFI), de financement de la Sécurité sociale (LFSS), les lois de règlement, les lois de finances et de financement rectificatives et les lois de finances spéciales. Cette étude évoquera les « textes financiers ». Il convient d'exclure les lois de programmation des finances publiques, qui sont des lois adoptées selon la procédure législative ordinaire.

¹² Art. L.112-1 du Code de justice administrative : « *le Conseil d'État donne son avis (...) sur tout autre projet de texte (...) qui lui sont soumis par le Gouvernement* ».

¹³ G. DRAGO, « Fonction consultative du Conseil d'État et fonction de Gouvernement : de la consultation à la codécision », AJDA, 2003, n°18. p. 948. Pour une opinion contraire sur la qualification de « coauteur de la loi », v. not. M.-T. VIEL, « Le refus d'ériger le Conseil d'État en coauteur des projets de loi », AJDA, 2003, n°30. p. 1625.

¹⁴ M. LONG, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », RFDA, 1992, n°6. p. 787.

¹⁵ F. HOLLANDE, Déclaration du Président de la République sur la lutte contre le terrorisme et sur la réforme de l'Etat à l'occasion des vœux aux Corps constitués et aux bureaux des Assemblées, Paris, Palais de l'Elysée, 20 janvier 2015, 8 p.

¹⁶ V. J. FRANCO, *Des attributions du Conseil d'État en matière législative et réglementaire*. Thèse, Université de Rennes, 1897. 125 p. ; C. LEONARDI, *Le Conseil d'État sous la Restauration*. Thèse, Université de Paris, 1909. 261 p. ; B. OLIVIER-MARTIN, *Le Conseil d'État de la Restauration*. Thèse, Université de Paris, 1941. 256 p.

¹⁷ M. LASCOMBE, X. VANDENDRIESEN, C. de GAUDEMONT, *Code constitutionnel et des droits fondamentaux 2017*, 6^e éd. Paris, Dalloz, 2016. p. 904.

¹⁸ F. HOLLANDE, *op. cit.*, p. 4.

¹⁹ *Ibid.*, p. 4.

Le Conseil d'État avait initié la mise en lumière de son activité consultative dès 1976, dans le cadre de ses rapports publics annuels²⁰, au sein desquels certains avis faisaient l'objet d'une publication partielle *a posteriori*. En effet, ce n'est pas l'intégralité de l'avis qui est publiée. Par exemple, en matière financière, il faut noter que ce sont les extraits d'avis sur les dispositions les plus intéressantes des projets de textes financiers qui apparaissent dans le rapport public annuel²¹, sur autorisation du Gouvernement, destinataire de l'avis. Après une lecture attentive des rapports publics de 2006 à 2016, il apparaît que le Conseil d'État ne dévoile que peu de précisions sur les projets de textes financiers qui lui ont été présentés. Par exemple, il s'est prononcé sur la place, dans la loi de finances, de dispositions tendant à supprimer ou à modifier des dispositifs d'exonération de cotisations de sécurité sociale²² ; il a contrôlé la place, en seconde partie de loi de finances, de dispositions majorant le taux d'impositions affectées à des organismes de Sécurité sociale, en se prononçant sur l'empietement risqué sur le domaine exclusif des LFSS²³ ; ou encore, il s'est prononcé sur la sincérité du projet de loi de finances au vu de l'avis rendu par le Haut conseil des finances publiques (HCFP)²⁴. Le rapport public annuel pour 2016 est le premier rapport annuel publié depuis la publicité des avis consultatifs du Conseil d'État sur les projets de loi : néanmoins, force est de constater qu'il n'y a toujours que peu de développements afférents aux projets de textes financiers²⁵.

Un constat demeure : les avis du Conseil d'État sur les textes financiers demeurent secrets et ne peuvent être publiés qu'à la discrétion du Gouvernement. Comment justifier le maintien du secret pour les textes financiers, alors qu'ils revêtent une importance capitale pour la continuité de la vie nationale ? Pourquoi le pouvoir exécutif ne dévoile-t-il pas au Parlement le contenu de ces avis ? Est-ce en raison de la particularité que présentent les textes financiers par rapport aux projets de loi ordinaires ? Finalement, il s'agirait de considérer en ce domaine particulier que « *ce qui a du sens, ce n'est pas l'information dissimulée et faisant l'objet du*

²⁰ J. MASSOT, « Le rôle du Conseil d'État dans l'élaboration du droit : avis consultatif et propositions », *La revue administrative*, 1999, n°5. p. 151.

²¹ R. BOUCHEZ, *op. cit.* p. 42.

²² CE, *Rapport public 2008 : jurisprudence et avis de 2007, Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*. Paris, Doc. fr., 2008. p. 88.

²³ CE, *Rapport public 2012, Volume 1 : activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*. Paris, Doc. fr., 2012. p. 230.

²⁴ CE, *Rapport public 2015 : activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*. Paris, Doc. fr., 2015. p. 302.

²⁵ CE, *Rapport public 2016 : activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2015*. Paris, Doc. fr., 2016. 464 p.

secret, mais le fait, fondamentalement institutionnel, qu'elle soit secrète »²⁶ : en effet, le secret préservé des avis du Conseil d'État sur les projets de textes financiers est une exception au service de la suprématie gouvernementale, comme cela est, d'ailleurs, le cas en matière de relations internationales (I), alors qu'il est une exception au détriment de l'affirmation des pouvoirs financiers du Parlement (II).

I. Le secret préservé des avis du Conseil d'État sur les projets de textes financiers : une exception au service de la suprématie gouvernementale

Le Gouvernement est le destinataire exclusif des avis du Conseil d'État. Cela lui laisse l'opportunité de publier, ou non, l'avis et ce qui l'amène dès lors à considérer, à l'instar d'Olivier Schrameck, que « *nous ne sommes pas dans un régime de secret, nous sommes dans un régime de publication sous condition absolument discrétionnaire de la part du Gouvernement et sous délais* »²⁷. Cette remarque reflète la difficulté de la définition-même du secret : puisque le Gouvernement dispose – ou du moins, disposait – de la possibilité de publier les avis du Conseil d'État sur les projets de lois, il ne convient pas d'évoquer le « secret », puisqu'un document secret ne saurait être publié.

Or, en ce qui concerne les lois financières, il n'y a, *a priori*, pas de publicité des avis, à l'exception de la publication de certaines dispositions des textes financiers dans le rapport public du Conseil d'État, l'année suivant le vote du texte. Il convient donc d'évoquer le secret des avis du Conseil d'État dans le cadre de la discussion financière. Le Gouvernement maîtrise la procédure financière, tant au niveau de l'initiative que de la temporalité de la discussion (A) ; néanmoins, cette maîtrise de la procédure, du fait du monopole de la connaissance de l'avis du Conseil d'État par le Gouvernement, peut être préjudiciable à la sécurité juridique du texte financier (B).

²⁶ B. LAMIZET, « Sémiotique du secret », in T. WUILLÈME (dir.), *Autour des secrets*. Paris, l'Harmattan, 2004. p. 11.

²⁷ Y. GAUDEMEL, « Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *RDP*, 2008, n°1. p. 3.

A. Le secret des avis du Conseil d'État au service de la maîtrise de la discussion financière par le Gouvernement

L’absence de publicité de l’avis du Conseil d’État sur le projet de texte financier cause un déséquilibre notable et préjudiciable à l’égard du Parlement, qui peut nuire à la discussion financière, puisque le Gouvernement dispose à la fois de l’exclusivité de la maîtrise de la procédure financière (1) et de l’exclusivité des informations contenues dans l’avis du Conseil d’État sur le projet de loi (2).

1. *L’exclusivité de la maîtrise de la procédure financière par le Gouvernement*

La procédure financière est maîtrisée, dans son ensemble, par le Gouvernement. Ce dernier dispose de l’initiative du projet de texte financier et de la certitude de voir son texte adopté puis appliqué, sauf en cas de censure, intégrale²⁸ ou partielle²⁹, de celui-ci par le Conseil constitutionnel.

Dans l’avis rendu à propos de la réforme de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF), à la question, posée par la Secrétaire d’État au budget, de savoir si, au nom du principe de la séparation des pouvoirs et des compétences respectives du Gouvernement et du Parlement prévues par la Constitution, les commissions des finances du Parlement pouvaient suivre l’élaboration des projets de loi de finances, le Conseil d’État a répondu qu’il « *résulte de l’article 47 de la Constitution que la loi de finances est issue d’un projet de loi dont l’initiative revient, en application de l’article 39, au Premier ministre. La possibilité pour le Premier ministre d’exercer la plénitude de ses compétences, qui est un des éléments essentiels de la séparation des pouvoirs, interdit de le contraindre à associer les commissions des finances du Parlement à l’élaboration des projets de loi de finances* »³⁰. Le législateur organique ayant pris en compte la remarque du Conseil d’État³¹, l’article 38 de la LOLF du 1^{er} août 2001 dispose que « *sous l’autorité du Premier ministre, le ministre chargé des finances prépare les projets*

²⁸ Cons. const., déc. n°79-110 DC, 24 décembre 1979, *Loi de finances pour 1980*, le Conseil Constitutionnel a censuré dans son intégralité la loi de finances pour 1980.

²⁹ Cons. const., déc. n°2016-744 DC, 29 décembre 2016, *Loi de finances pour 2017*, le Conseil Constitutionnel a censuré sept articles de la loi de finances, ces dispositions étant des cavaliers budgétaires.

³⁰ CE, Assemblée générale, section des finances, avis n°365.546, 21 décembre 2000, *Réforme de l’ordonnance organique du 2 janvier 1959*. Commentaire de R. HERTZOG in T. DAL FARRA, Y. GAUDEMÉT, F. ROLIN, B. STIRN, *Les grands avis du Conseil d’État*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2008. p. 427.

³¹ L’avis ayant été transmis aux parlementaires, notamment au rapporteur de la Commission des finances à l’Assemblée nationale.

de loi de finances, qui sont délibérés en conseil des ministres »³². Il y a donc un véritable monopole du Gouvernement dans le cadre de la préparation des textes financiers, et cette prérogative exclusive du Gouvernement n'est pas sans rappeler qu'au titre de l'article 20 de la Constitution, « *le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation* ».

Selon certains auteurs³³, cet article constitue la base d'un syllogisme : le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation, or le budget de l'État est l'expression-même de la politique du Gouvernement ; en conséquence, le budget n'est que l'œuvre du Gouvernement, et non celle du Parlement. En partant de ce postulat, le secret, à l'égard du Parlement, de l'avis consultatif du Conseil d'État sur le projet de texte financier du Gouvernement est cohérent. Le Gouvernement dispose de l'initiative financière, d'autant qu'en raison de l'exception législative prévue par l'article 42 de la Constitution, la discussion en première lecture à l'Assemblée nationale du projet de loi de finances et du PLFSS porte sur le texte présenté par le Gouvernement, non sur celui de la commission. De fait, le Gouvernement ne dispose pas d'un grand intérêt à dévoiler l'avis du Conseil d'État au Parlement, puisqu'au contraire, l'exclusivité de la connaissance de l'avis permet d'asseoir son autorité en matière financière face aux assemblées parlementaires, qui ne peuvent présenter de projet alternatif. La singularité de l'examen des textes financiers³⁴ a justifié la règle de présentation devant le Parlement du texte financier du Gouvernement, puisqu'il est « *au cœur des prérogatives du Gouvernement dans la conduite de l'action politique* »³⁵.

Le vote du projet de loi de finances et du PLFSS s'inscrit dans un délai de soixante-dix³⁶ et cinquante jours³⁷. Si le Parlement est en possession de l'avis du Conseil d'État, la discussion financière serait certes plus efficiente, mais le Gouvernement perdrat sa suprématie par rapport au Parlement. Or, le monopole de la connaissance de l'avis du Conseil d'État par l'Exécutif peut expliquer que ce dernier se joue du temps, en, par exemple, mettant en discussion d'autres textes plus ou moins importants³⁸, « *cette tactique de la diversion lui*

³² L.O. n°2001-692 du 1^{er} aout 2001 relative aux lois de finances. JORF, n°177, 2 août 2001, p. 12480.

³³ R. MUZELLEC, *Finances publiques*, Paris, Sirey, 1995. p. 30.

³⁴ G. BERGOUGNOUS, « Exceptions constitutionnelles et spécificités de la procédure budgétaire en commission », *Constitutions*, 2014, n°4. p. 465.

³⁵ Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Vème République, *Une Ve République plus démocratique*. Paris, Doc. fr., Bibliothèque des rapports publics, 2007. p. 48.

³⁶ Art. 47 Const.

³⁷ Art. 47-1 Const.

³⁸ A. BAUDU, « L'incertaine renaissance parlementaire en matière budgétaire et financière », *RDP*, 2010, n°5. p. 1423.

permettant, le cas échéant, de “désamorcer“ dans une certaine mesure les débats budgétaires »³⁹. Si les délais ne sont pas respectés, le Gouvernement dispose de la possibilité de mettre en œuvre ses projets de texte par ordonnances⁴⁰. Le Gouvernement est assuré, dans la mise en œuvre de ses textes, de l’expertise technique du Conseil d’État.

2. *L’exclusivité de l’information contenue dans les avis du Conseil d’État*

Lors de la discussion financière, les ministres, tous ministères confondus⁴¹, n’évoquent pas les avis de manière déguisée, bien que les références à l’avis rendu sur le projet de loi par le Conseil d’État soient peu nombreuses. A titre d’exemple, dans le cadre de la discussion pour la loi de finances pour 2008, il n’y a eu, à notre connaissance, qu’une seule référence à l’avis du Conseil d’État, faite de manière claire par le ministre du budget : « *le Conseil d’État a appelé l’attention du Gouvernement sur ce point* »⁴².

Il est intéressant de noter que les parlementaires, à l’évocation de l’avis du Conseil d’État, ne répondent que rarement au ministre. Par exemple, lors d’une séance relative à l’examen du projet de loi de finances pour 2009 au Sénat, le sénateur Philippe Marini, rapporteur général de la Commission des finances, a répondu, à la ministre de l’économie, des finances et de l’industrie qui contestait un amendement parlementaire sur la base de l’avis rendu par le Conseil d’État, que « *ce n’est pas parce qu’une section du Conseil d’État donne telle interprétation de tel texte que le Parlement doit obligatoirement y souscrire. (...) le Conseil d’État n’est pas une assemblée parlementaire. C’est le conseil du Gouvernement ; il dépend de l’exécutif (...). Il me semble que nos assemblées sont aussi bien placées que le Conseil d’État pour interpréter l’article 18 de la LOLF* »⁴³. Les parlementaires semblent donc contester l’exclusivité de la connaissance de l’avis du Conseil d’État par le Gouvernement et souhaiteraient, en tant que législateur, ne pas se voir imposer la vision d’une instance technique sur ce qui relève de leur compétence d’examen du texte du Gouvernement. Néanmoins, la position dans laquelle se place le sénateur est particulière, puisqu’étant rapporteur de la

³⁹ P. AMSELEK, *Le budget de l’État sous la Ve République*. Paris, LGDJ, 1967. p. 432.

⁴⁰ Art. 47 et 47-1 Const.

⁴¹ On peut relever, entre autres, que les ministres de la culture, de la justice ont fait état de l’avis du Conseil d’État devant le Parlement : *V. not* JOAN, 18 novembre 2006, p. 7681. ; JO Sénat, 30 novembre 2010, p. 10999.

⁴² AN, 3^e séance du 18 octobre 2007, JOAN, 19 octobre 2007, p. 2971.

⁴³ Sénat, séance du 26 novembre 2008, JO Sénat, 27 novembre 2008, pp. 7581-7582.

Commission des finances, il est notoire qu'il disposait de l'avis du Conseil d'État⁴⁴. Il arrive cependant que des parlementaires, qui ne sont ni rapporteurs ni président de commission contestent le fait de ne pas disposer de l'avis du Conseil d'État, comme en témoigne la réaction d'une sénatrice lors d'une séance sur le projet de loi de finances pour 2013⁴⁵.

La méconnaissance parlementaire de l'avis du Conseil d'État sur le texte financier protège le Gouvernement d'une exposition à la critique, tant parlementaire que médiatique et citoyenne. Le Gouvernement mène les débats budgétaires et financiers au Parlement avec une certaine suprématie juridique et technique, ce qui lui assure la maîtrise de son texte initial, puisqu'il est libre de suivre, ou non, l'avis du Conseil d'État. Ces éléments justifient le choix de l'Exécutif de ne pas communiquer au Parlement l'avis sur les textes financiers car si le Gouvernement fait le choix de ne pas suivre l'avis du Conseil d'État, les parlementaires, et notamment ceux de l'opposition, ignorant l'avis, pourraient perdre une occasion de soulever des critiques juridiques à l'encontre du texte initial.

Lors de la discussion du projet de loi de finances pour 2017, le secrétaire d'État chargé du budget a dévoilé l'attitude pragmatique du Gouvernement en la matière. Il a informé les députés que le Gouvernement avait demandé au Conseil d'État son avis sur une disposition particulière de la loi de finances. A cette occasion, un député lui a indiqué que cela est obligatoire. Le secrétaire d'État lui a répondu que la consultation n'est pas obligatoire puisque le Gouvernement aurait pu se dispenser d'inscrire la disposition en question dans l'avant-projet de texte initial soumis au Conseil d'État pour avis et la réintroduire par voie d'amendement à l'occasion de l'examen du texte au Parlement. Cette pratique serait connue de tous les parlementaires⁴⁶, tout en étant tolérée par le Conseil Constitutionnel. En effet, ce dernier considère que « *les dispositions du deuxième alinéa de l'article 39 de la Constitution, lesquelles imposent l'avis du Conseil d'État et la délibération en conseil des ministres pour les projets de loi et non pour les amendements n'ont pas été méconnues du seul fait de l'introduction d'une*

⁴⁴ AN, Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, 10 novembre 2016, Compte-rendu n°36. p. 11. : « *M. le président Gilles Carrez. Nous n'allons pas refaire ce débat. Le Conseil d'État (...) ne peut pas nous communiquer son avis si l'exécutif ne le souhaite pas. M. Charles de Courson. Mais, de mémoire, on n'a jamais refusé au président de la commission ou au rapporteur général l'accès à ce document. M. le président Gilles Carrez. Mais on ne peut pas le diffuser* ».

⁴⁵ V. le développement II. B. 2.

⁴⁶ AN, 1^e séance du 20 octobre 2016, JOAN, 21 octobre 2016, p. 6459.

disposition par voie d'amendement gouvernemental »⁴⁷. Cette pratique étant contestable, tant à l'égard du conseiller du Gouvernement que du Parlement, le Comité Vedel⁴⁸ avait proposé une modification du deuxième alinéa de l'article 44 de la Constitution visant à ce que les amendements gouvernementaux soient obligatoirement soumis au Conseil d'État avant l'ouverture du débat. Par la suite, à l'occasion de sa consultation à propos du projet de loi constitutionnelle⁴⁹, le Conseil d'État avait lui-même proposé au Gouvernement une modification de l'article 44 allant dans le sens de la proposition du Comité Vedel⁵⁰. Une tentative de rationalisation du pouvoir d'amendement gouvernemental a de même eu lieu lors des débats sur projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions, par la voie d'un amendement sénatorial⁵¹. L'auteur de l'amendement a établi un parallèle entre le droit d'amendement parlementaire, strictement encadré par les règlements des assemblées et la liberté dont bénéficie le Gouvernement pour amender les textes⁵². Néanmoins, ces diverses propositions n'ont pas été adoptées et le Gouvernement continue de « contourner » la procédure de l'article 39 de la Constitution. La volonté inflexible du Gouvernement d'inscrire certaines dispositions dans son projet de texte semble justifier l'insertion de ces dispositions par voie d'amendement, et non pas directement dans le projet soumis au Conseil d'État.

Le Gouvernement peut ne pas suivre l'avis du Conseil d'État, mais l'importance de son rôle dans le processus législatif laisse à penser, à l'instar du Président Long, que « *conseiller du Gouvernement, le Conseil d'État est un rouage du processus de décision au sein du pouvoir exécutif : ses avis sont à la frontière de la consultation et de la décision* »⁵³. Dès lors, il est peu probable que le Gouvernement s'en éloigne car sa marge de manœuvre est en réalité très étroite. Il convient de s'interroger sur le contenu de l'avis du Conseil d'État sur les projets de textes financiers. Le Conseil d'État n'apprécie pas les choix de politique budgétaire ou fiscale du Gouvernement⁵⁴. Il veille simplement au respect de certaines exigences, telles que la sécurité

⁴⁷ Cons. const., déc. n°93-329 DC, 13 janvier 1994, *Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales*, cons. n°12; Cons. const., déc. n°2006-535 DC, 30 mars 2006, *Loi pour l'égalité des chances*, cons. n°8.

⁴⁸ Comité consultatif pour une révision de la Constitution, *Propositions pour une révision de la Constitution*, 15 février 1993, proposition n°23.

⁴⁹ Devenue la loi constitutionnelle n°93-952 du 27 juillet 1993 portant révision de la Constitution du 4 octobre 1958 et modifiant ses titres VIII, IX, X et XVIII, JORF, n°172, 28 juillet 1993, p. 10600.

⁵⁰ CE, note du 6 mars 1993, *in Les révisions de la Constitution de 1958*, Documents d'études n°1.20. Paris, Doc. fr., 1996. pp. 23-24.

⁵¹ Amendement n°337. Il est notable que les députés se soient dispensés d'une telle initiative.

⁵² Sénat, séance du 23 juin 2008, JO Sénat, 24 juin 2008, pp. 3272-3373.

⁵³ M. LONG, « Le Conseil d'État et la fonction consultative : de la consultation à la décision », *op. cit.* p. 787.

⁵⁴ R. BOUCHEZ, *op. cit.* p. 42.

juridique, l'articulation avec le droit existant et le principe de sincérité⁵⁵. Certains auteurs ont avancé qu'en cas de publicité de l'avis, le Conseil d'État s'en tiendrait sans doute d'autant plus aux aspects strictement juridiques, liés à la constitutionnalité et à la conventionnalité, tout en remarquant que le Conseil d'État ne formule pas de considérations d'opportunité sur le texte, que son avis soit réservé au Gouvernement ou qu'il soit public⁵⁶. En outre, la rédaction de l'avis peut être différente selon que l'avis soit rendu public ou demeure réservé à son destinataire. Or, selon certains commentateurs⁵⁷, et notamment l'ancien secrétaire général du Gouvernement⁵⁸, cela n'est pas sans risque pour la liberté et l'indépendance du Conseil d'État, qui risque de s'autocensurer, puisqu'une note réservée au Gouvernement est rédigée bien plus librement que lorsqu'elle a vocation à être publiée. La pertinence de celle-ci risque d'être en jeu. Le vice-Président du Conseil d'État a néanmoins assuré que « *le Conseil d'État ne prend pas de précaution juridique supplémentaire par rapport à l'époque où ses avis n'étaient pas rendus publics* »⁵⁹.

Finalement, à la lumière de ces affirmations, il convient de s'interroger sur l'opportunité de l'exclusivité de la connaissance de l'avis du Conseil d'État par le Gouvernement. En effet, le Conseil d'État contrôle la sincérité et l'articulation avec le droit existant du texte. Or, ces deux aspects ne sont pas, à proprement parler, des thèmes sensibles que le Gouvernement puisse dissimuler de manière opportune. En outre, le Parlement peut, de lui-même, être en mesure de contrôler la sincérité et l'articulation avec le droit existant du texte au cours de sa discussion.

B. Le secret des avis du Conseil d'État au préjudice de la sécurité juridique du texte financier

Il semblerait que la publicité des avis du Conseil d'État sur les projets de textes financiers puisse profiter tant au Parlement qu'au Gouvernement. En effet, l'avis est une information donnée au service de l'analyse juridique et/ou de la critique du contenu du texte. Il constitue

⁵⁵ *Ibid.* p. 42.

⁵⁶ Selon O. SCHRAMECK, *v. Y. GAUDEMÉT*, « Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *op. cit.* p. 3.

⁵⁷ Selon P. MAZEAUD, *v. Y. GAUDEMÉT*, « Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *op. cit.* p. 3.

⁵⁸ AN, Compte-rendu n°4 de la Mission d'information sur la simplification législative, 19 février 2014. p. 9 : M. Serge Lasvignes : « *Il faut avoir néanmoins conscience que leur publicité fera évoluer les avis du Conseil d'État. Celui-ci aura tendance à se protéger lui-même, par une sorte de principe de précaution juridique, qui réduira d'autant la liberté de choix du Gouvernement* ».

⁵⁹ J.-M. SAUVÉ, Discours de clôture du colloque « L'Assemblée nationale et les avis du Conseil d'État », Paris, Assemblée Nationale, 25 novembre 2016, p. 9.

une information déterminante à l'occasion de l'examen des textes financiers à l'Assemblée nationale et au Sénat, en commission des finances et en séance publique. Dans ces conditions, il est possible de considérer qu'il revêt une importance particulière dans le cadre de la saisine parlementaire du Conseil constitutionnel, tant en ce qui concerne les lois de finances initiales, les lois de finances rectificatives, les lois de règlement que les lois de financement de la sécurité sociale et les lois de financement rectificatives de la sécurité sociale, bien qu'entre 2005 et 2016, l'avis du Conseil d'État n'ait été mentionné qu'une fois, par les sénateurs, dans leur lettre de saisine relative à la loi de finances pour 2014⁶⁰. L'absence d'évocation de l'avis du Conseil d'État dans les lettres de saisine du Conseil Constitutionnel est liée au fait que les parlementaires n'en disposent pas et, en l'espèce, ni le président de la commission des finances du Sénat ni le rapporteur général de la commission, qui peuvent obtenir l'avis sans pouvoir, pour autant, le communiquer aux autres parlementaires, n'avaient saisi le Conseil Constitutionnel.

Toutefois, « *rien ne garantit que le Conseil d'État et le Conseil Constitutionnel vont converger* »⁶¹. L'avis du Conseil d'État est automatiquement transmis au Conseil Constitutionnel, par l'intermédiaire du Secrétaire général du Gouvernement⁶² et, selon certains auteurs, seul le secret qui entoure les avis consultatifs empêche de démontrer que le Conseil Constitutionnel suit substantiellement les observations du Conseil d'État⁶³. Les avis du Conseil d'État revêtent une importance particulière tant en ce qui concerne l'insincérité des textes financiers (1) que l'inconstitutionnalité de certaines dispositions contenues en leur sein (2), ce qui correspond aux moyens fréquemment soulevés devant le Conseil Constitutionnel.

1. L'avis du Conseil d'État comme outil d'appréciation de la sincérité du texte financier par le Parlement

La méconnaissance de l'avis du Conseil d'État sur le projet de texte financier est une arme utile pour le Gouvernement car elle prive les parlementaires d'un outil d'appréciation essentiel de la sincérité du texte financier. De manière quasi-systématique, les parlementaires saisissent le Conseil Constitutionnel du grief tiré de l'insincérité du projet de loi de finances,

⁶⁰ Lettre de saisine du Conseil Constitutionnel à propos de la loi de finances pour 2014, Cons. const., déc. n°2013-685 DC, 29 décembre 2013. p. 6. : « *Par ailleurs, à aucun moment, les informations transmises aux parlementaires n'attirent leur attention sur les remarques du Conseil d'État figurant dans son avis* ».

⁶¹ Selon O. SCHRAMECK, v. Y. GAUDEMÉT, « Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *op. cit.* p. 3.

⁶² H. HOEPFFNER, « Les avis du Conseil d'État, essai de synthèse », *op. cit.* p. 895.

⁶³ P. MARTIN, « Le contrôle du Conseil d'État sur l'élaboration de la loi de finances », *RFFP*, 2000, n°70. p. 49.

puisque, pour se prononcer sur un texte, il leur est nécessaire de disposer d'une information sincère de la part de l'exécutif⁶⁴.

Néanmoins, le Conseil d'État ne dispose pas d'un temps suffisant pour étudier la sincérité du texte qui lui est présenté⁶⁵. En effet, la consultation du Conseil d'État est caractérisée par l'urgence : vers la fin du mois d'août, le Gouvernement transmet au Conseil d'État le projet de loi, et ce dernier doit rendre son avis pour que le Gouvernement puisse l'examiner lors du conseil des ministres précédent le premier mardi d'octobre, date de dépôt du projet à l'Assemblée nationale.

Le contrôle du Conseil Constitutionnel, quant à lui, s'attache au principe de sincérité⁶⁶, puisqu'il a pleinement contribué à sa définition et à son développement⁶⁷, bien que son contrôle du texte prévisionnel se restreigne à la volonté manifeste du législateur de fausser les grandes lignes de l'équilibre⁶⁸. Il lui revient de contrôler la sincérité du texte, à la lumière, notamment, de l'avis du HCFP. En effet, la mise en place de la consultation du Haut conseil, préalable à la consultation du Conseil d'État, a bouleversé la position du Conseil d'État et sa façon de procéder⁶⁹, bien que le Conseil Constitutionnel ait veillé à ce que le HCFP ne puisse se prononcer après la consultation du Conseil d'État⁷⁰.

Or, d'une part, le Conseil d'État n'opère pas un contrôle approfondi de la sincérité du texte, puisqu'il ne dispose que d'une vingtaine de jours pour rendre son avis sur l'intégralité du projet et, depuis 2013, un contrôle préalable est opéré dans l'avis du HCFP⁷¹. D'autre part, le Conseil Constitutionnel considère que le contrôle de la sincérité doit être exercé tout au long de l'examen du texte⁷². Il appartient donc également au Parlement de veiller, de lui-même, au respect du principe de sincérité à l'aune de l'avis du HCFP et au titre, notamment, des articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

⁶⁴ F. BARQUE, « La sincérité devant le juge constitutionnel », *RFFP*, 2010, n°111. p. 95.

⁶⁵ P. MARTIN, *op. cit.* p. 49. ; V. R. BOUCHEZ, *op. cit.* p. 3.

⁶⁶ F. BARQUE, *op. cit.*, p. 95.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 95.

⁶⁸ *Ibid.*, p. 95.

⁶⁹ R. BOUCHEZ, *op. cit.* p. 3.

⁷⁰ Cons. Const, déc. n°2012-658 DC, 13 décembre 2012, *Loi organique du 17 décembre 2012 relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques*.

⁷¹ V. not. CE, *Rapport public 2015*, *op. cit.* p. 302.

⁷² F. BARQUE, *op. cit.* p. 95.

Dès lors, la saisine du Conseil Constitutionnel sur la base de l'avis du Conseil d'État et en soutien au grief tiré de l'insincérité du texte, ne semble pas être un argument convaincant devant le juge constitutionnel, le Parlement disposant de temps et de moyens pour veiller à la sincérité du texte. Néanmoins, ce contrôle de la sincérité du texte par les parlementaires serait facilité s'ils disposaient de l'avis du Conseil d'État⁷³.

2. *L'avis du Conseil d'État comme outil d'appréciation de la constitutionnalité du texte financier par le Parlement*

Le Conseil d'État doit nécessairement anticiper la position que pourrait prendre le Conseil Constitutionnel sur les dispositions des projets de textes⁷⁴, ce qu'a rappelé, lors de la discussion du projet de loi de finances pour 2013, le ministre délégué au budget : « *vous condamnez la rétroactivité en matière d'impôt sur le revenu. (...) Il s'agit d'une petite rétroactivité et le Conseil d'État, informé, n'a rien trouvé à y redire* » et le ministre de continuer « *nous verrons (...) quelle sera l'analyse du Conseil Constitutionnel* »⁷⁵. Bien qu'en l'espèce⁷⁶, le Conseil Constitutionnel ait suivi l'opinion émise par le Conseil d'État dans son avis, la mise à disposition des avis du Conseil d'État sur les projets de textes financiers pourrait éviter sensiblement la censure, pour inconstitutionnalité, du texte par le Conseil Constitutionnel. Le député Thierry Mandon, dans le cadre de la mission d'information sur la simplification législative, s'est d'ailleurs interrogé sur ce point : « *est-il normal de se réjouir que 90 % de la loi de finances pour 2014 aient passé le cap du Conseil constitutionnel ? À mes yeux, la censure devrait demeurer exceptionnelle. Quelles mesures devrions-nous prendre pour mieux garantir la solidité juridique des textes que nous adoptons ? La publicité des avis du Conseil d'État permettrait-elle d'y parvenir ?* »⁷⁷.

De plus, à notre connaissance, dans ses avis, le Conseil d'État s'efforce de relever les dispositions qui n'ont pas leur place dans les lois financières⁷⁸, tant pour les lois de finances

⁷³ V. le développement II. A.

⁷⁴ P. MARTIN, *op. cit.* p. 49.

⁷⁵ AN, Séance du 20 décembre 2012, JOAN, 21 décembre 2012, p. 6819.

⁷⁶ Cons. const., déc. n° 2012-662 DC, 29 décembre 2012, *Loi de finances pour 2013*.

⁷⁷ AN, Compte-rendu n°4 de la Mission d'information sur la simplification législative, 19 février 2014. p. 8.

⁷⁸ V. *not.* CE, *Rapport public 2008*, *op. cit.*, p. 88.

initiales⁷⁹ que pour les lois de finances rectificatives⁸⁰, et à l'exception des LFSS, les rapports publics étant silencieux sur ce point. En disposant de l'avis du Conseil d'État, une plus grande vigilance quant aux cavaliers budgétaires⁸¹ peut être attendue de la part des parlementaires, alors que leur inattention sur ce point est fréquemment relevée⁸². Néanmoins, certaines dispositions présentant le caractère de « cavaliers » sont relevés directement par les parlementaires ou les ministres⁸³.

Enfin, depuis la circulaire du Premier ministre du 4 juin 2010⁸⁴, les ministres sont invités à ne pas insérer de dispositions fiscales dans les lois ordinaires. Ce quasi-monopole des dispositions fiscales dans les textes financiers augmente le risque de voir insérées dans les textes des dispositions fiscales inconstitutionnelles. Or, dans son avis, le Conseil d'État éclaire le Gouvernement sur le risque d'inconstitutionnalité des dispositions fiscales⁸⁵. Les parlementaires disposeraient dès lors d'un moyen supplémentaire dans le cadre de la saisine du Conseil Constitutionnel. Néanmoins, si un projet de loi ordinaire comprenait des dispositions fiscales, le Gouvernement déciderait-il de rendre public l'avis du Conseil d'État ? Aucun texte ne l'oblige à rendre public l'avis du Conseil d'État sur un projet de loi. Mais le cas échéant, le Gouvernement pourrait introduire ces dispositions fiscales au cours du débat, par la voie d'amendements.

II. Le secret maintenu des avis du Conseil d'État sur les projets de textes financiers : une exception au détriment de l'affirmation des pouvoirs financiers du Parlement

Le rapport Balladur, illustrant les grandes lignes de la future révision constitutionnelle de 2008, préconisait, dans sa proposition n°27, de rendre publics les avis du Conseil d'État pour

⁷⁹ V. not. CE, *Rapport public 2007, Jurisprudence et avis de 2006*, Paris, Doc. fr.. p. 77. ; CE, *Rapport public 2009, Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, Paris, Doc. fr.. p. 113. ; CE, *Rapport public 2010, Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives*, Paris, Doc. fr.. p. 122. ; CE, *Rapport public 2012, op. cit.*, p. 230.

⁸⁰ V. not. CE, *Rapport public 2008, op. cit.*, p. 89. ; CE, *Rapport public 2009, op. cit.*, p. 114.

⁸¹ Que le CE contrôle dans son avis ; sur ce point, v. P. MARTIN, *op. cit.* p. 49.

⁸² V. not. Discours de J.-L. DEBRÉ, vœux au Président de la République, Paris, 6 janvier 2014, p. 2.

⁸³ AN, 3^e séance du 18 octobre 2012, JOAN, 19 octobre 2012, p. 3920 ; AN, 2^e séance du 15 novembre 2012, JO AN, 16 novembre 2012, p. 5344.

⁸⁴ Circulaire du 4 juin 2010 relative à l'édition de mesures fiscales et de mesures affectant les recettes de la sécurité sociale, JORF, n°0133, 11 juin 2010. p. 10730.

⁸⁵ Discours de Jean-Marc Sauvé, L'examen de la constitutionnalité de la loi par le Conseil d'État, Paris, 1^{er} avril 2011, p. 3.

« la qualité du travail législatif »⁸⁶. Mais la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a été un acte manqué pour la reconnaissance du droit des parlementaires de prendre connaissance de l'avis du Conseil d'État. De nombreux amendements⁸⁷ au projet de loi constitutionnelle demandaient à ce que soit reconnue la possibilité pour les parlementaires de prendre connaissance des avis, afin de disposer d'un « *utile élément d'appréciation* » et d'*« améliorer la rédaction des textes et l'image du Parlement »*⁸⁸. Néanmoins, ces arguments ont été rejetés sans nouvelles justifications par le Gouvernement⁸⁹. Cette position semble d'ailleurs illogique au regard du droit nouvellement acquis des Présidents des assemblées parlementaires à pouvoir consulter le Conseil d'État sur des propositions de loi⁹⁰. Néanmoins, il convient de ne pas détailler davantage ce point, puisque les textes financiers ne peuvent faire l'objet d'une proposition de loi⁹¹. Que le Parlement puisse disposer de l'avis du Conseil d'État serait un outil d'affirmation de leur pouvoir financier, notamment dans le cadre de leur droit d'amendement (A) et du droit de regard dont ils disposent (B).

⁸⁶ Rapport du Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, *Une Ve République plus démocratique*, *op. cit.*, p. 40.

⁸⁷ V. not. AN, 3^{ème} séance du 27 mai 2008, JOAN, 28 mai 2008, p.2577 ; Sénat, séance du 23 juin 2008, JO Sénat, 24 juin 2008, p. 3225.

⁸⁸ AN, 3^{ème} séance du 27 mai 2008, *op. cit.*, p. 3225.

⁸⁹ Sénat, séance du 23 juin 2008, JO Sénat, 24 juin 2008, p.3226. : « *le Gouvernement ne partage pas votre position s'agissant de la publicité de l'avis du Conseil d'État, d'abord parce que cet avis appartient à celui qui le demande, ce dernier pouvant tout à fait en faire la publicité s'il le souhaite. Mais si l'avis est d'emblée public, avant même que le destinataire en ait connaissance, cela risque de brider le Conseil d'État lorsqu'il doit rendre des avis plus circonstanciés. Il faut donc laisser le destinataire en faire la publicité s'il le souhaite* ».

⁹⁰ Art. 39, al. 5, modifié par l'article 15 de la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, JORF, n°0171, 24 juillet 2008. p. 11890.

⁹¹ Sauf à rappeler, en matière financière, la proposition de L.O. relative aux lois de finances du 11 juillet 2000, qui deviendra la L.O. n°2001-692 du 1^{er} aout 2001 relative aux lois de finances. Le Gouvernement avait d'ailleurs saisi le Conseil d'État pour lui poser des questions sur le texte. Mais sur ce point, selon Robert Hertzog, le Conseil d'État a été saisi par la secrétaire d'État au budget d'une série de questions relatives aux conditions dans lesquelles pouvait être modifiée l'ordonnance de 1959, en vue d'être utilisé par le Gouvernement « *dans un subtil jeu stratégique avec le Parlement* » (*in* T. DAL FARRA, Y. GAUDEMÉT, F. ROLIN, B. STIRN, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2008. p.437). Cependant, est présenté en annexe du rapport n°2908 du rapporteur général de la Commission des finances à l'Assemblée nationale, Didier Migaud, l'avis du Conseil d'État, transmis par le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et par la secrétaire d'État au budget. Lors de la mission d'information sur la simplification législative, M. Bernard Pêcheur, président de la section de l'administration du Conseil d'État, a rappelé que « *sur le projet de loi (sic) organique relatif aux lois de finances, la demande d'avis nous avait été adressée par le Gouvernement, mais ce sont MM. Alain Lambert et Didier Migaud qui l'avaient formulée – et cet avis leur avait été communiqué en décembre 2000* ». AN, Compte-rendu n°10 de la Mission d'information sur la simplification législative, 22 mai 2014. p. 9.

A. Un droit d'amendement parlementaire renforcé par la levée du secret des avis du Conseil d'État sur les textes financiers

Au titre de l'article 44 de la Constitution, les parlementaires disposent du droit d'amendement sur les textes législatifs en matière financière, qui pourrait être davantage effectif s'ils disposaient de l'avis du Conseil d'État sur ceux-ci. Néanmoins, il convient de tempérer cette affirmation, au regard de l'usage fait de l'avis d'une autre institution financière, le HCFP (1), faiblement mobilisé par les parlementaires dans l'utilisation de leur droit d'amendement (2).

1. La publicité de l'avis au service d'une utilisation plus effective du droit d'amendement parlementaire sur les textes financiers

Sur la base de l'avis publié du Conseil d'État, les parlementaires pourraient, le cas échéant, relever les méconnaissances, par le Gouvernement, de l'avis, et s'en servir pour déposer des amendements en ce sens⁹². En cela, l'utilisation de leur droit d'amendement en serait renforcée. Il est vrai que le droit d'amendement en matière financière est strictement encadré par l'article 40 de la Constitution, l'alinéa 2 de l'article 44 de la Constitution, l'article 47 de la LOLF, l'article 7 de la LOLFSS⁹³ et par les règlements des assemblées parlementaires⁹⁴. Néanmoins, l'encadrement de l'initiative parlementaire en matière financière ne peut justifier que le secret soit maintenu à l'égard des membres du Parlement, puisqu'au titre de l'article 47 de la LOLF, les parlementaires disposent d'un droit d'amendement au sein de chaque mission, afin de permettre la fongibilité des crédits entre les programmes.

Cependant, un certain déséquilibre est caractérisé entre le Gouvernement et le Parlement en la matière, puisque les parlementaires sont dans l'impossibilité de présenter des amendements en s'appuyant juridiquement sur l'avis du Conseil d'État, tandis que le Gouvernement peut, au contraire, s'y référer pour rejeter les amendements parlementaires.

⁹² Sauf si les dispositions ne figurent pas dans l'avant projet de texte financier ; la levée du secret des avis du Conseil d'État par le Gouvernement pourrait conduire au développement de cette pratique. Cf. notre analyse *supra*.

⁹³ L.O. n°2005-881 du 2 août 2005 relative aux lois de financement de la sécurité sociale. JORF, n°179, 3 août 2005, p. 12633.

⁹⁴ Art. 89 du Règlement de l'Assemblée nationale et art. 48 du règlement du Sénat.

Il nous est donc apparu opportun d'établir un parallèle entre les avis du Conseil d'État et les avis du HCFP⁹⁵, afin d'étudier l'usage fait, par les parlementaires, des avis rendus, et ainsi démontrer la nécessité du lever du secret sur les avis du Conseil d'État en matière financière.

L'avis du HCFP, analysant au « plan économique » le projet de loi de finances et le PLFSS, est rendu public⁹⁶ et constitue une aide certaine à l'initiative parlementaire dans le cadre de la discussion financière. Il en serait très certainement de même avec l'avis du Conseil d'État, analysant au « plan juridique » les projets de textes financiers. Toutefois, à l'origine, assez peu de parlementaires se sont saisis de cet outil, comme le démontre une analyse détaillée des amendements parlementaires déposés sur les projets de loi de finances, les projets de loi de règlement, les projets de loi de finances rectificative, les projets de loi de financement de la sécurité sociale et les projets de loi de financement rectificative de la sécurité sociale depuis 2013, année de mise en application des dispositions de la LPGFP de 2012⁹⁷ et d'installation du HCFP⁹⁸. Les parlementaires n'ont jamais déposé d'amendements s'appuyant sur l'avis du HCFP lors de l'examen des projets de lois de règlement⁹⁹, ni lors de l'examen des projets de loi de financement rectificative de la sécurité sociale. Deux amendements, s'appuyant sur l'avis du HCFP, ont été déposés sur les projets de loi de financement de la sécurité sociale pour 2015 et 2017. Pour les lois de finances rectificatives, seul le projet de loi de finances rectificative pour 2016¹⁰⁰ a fait l'objet d'amendements émanant de députés visant à supprimer des articles du projet qui entraient en contradiction avec les prévisions du HCFP.

Quant aux projets de loi de finances, aucun amendement n'a été déposé sur la base de l'avis du Haut Conseil sur le projet de loi de finances pour 2014. Pour le projet de loi de finances pour 2015, seuls deux amendements ont été déposés, par un député d'opposition¹⁰¹. Dans le

⁹⁵ Art. 14 de la L.O. n°2012-1403 du 17 décembre 2012, relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques. JORF, n°0294, 18 décembre 2012. p. 19816.

⁹⁶ Art. 13, 14 et 16 de la L.O. n°2012-1403 du 17 décembre 2012, relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques. JORF, n°0294, 18 décembre 2012. p. 19816.

⁹⁷ Art. 28 de la L.O. n°2012-1403 du 17 décembre 2012, relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques. JORF, n°0294, 18 décembre 2012. p. 19816.

⁹⁸ Décret n°2013-144 du 18 février 2013 relatif à la constitution initiale du Haut Conseil des finances publiques, JORF, n°0042, 19 février 2013, p. 2785.

⁹⁹ Loi n°2014-855 du 31 juillet 2014 de règlement du budget et d'approbation des comptes de l'année 2013, JORF, n°0176, 1 août 2014, p. 12642. ; Loi n°2015-957 du 3 août 2015 de règlement du budget et d'approbation des comptes de l'année 2014, JORF, n°0178, 4 août 2015, p. 13281 ; Loi n°2016-999 du 22 juillet 2016 de règlement du budget et d'approbation des comptes de l'année 2015, JORF, n°0170, 23 juillet 2016.

¹⁰⁰ Loi n°2016-1918 du 29 décembre 2016 de finances rectificative pour 2016, JORF, n°0303, 30 décembre 2016.

¹⁰¹ Amendements n°I-164 et n°I-CF70.

cadre de l'examen du projet de loi de finances pour 2016, un amendement à l'article liminaire du projet de loi de finances a été déposé, toujours par un député d'opposition¹⁰².

Lors de la dernière loi de finances examinée, le projet de loi de finances pour 2017, plusieurs amendements ont été déposés à l'encontre des articles 7¹⁰³, 8¹⁰⁴ et 9¹⁰⁵ du projet de loi. La même année, deux autres amendements¹⁰⁶, visant à insérer au projet de loi de finances un article additionnel ont été déposés.

2. *Un outil faiblement mobilisé par les parlementaires*

Les députés se sont donc timidement saisis de l'opportunité de présenter un amendement sur la base de l'avis du Haut Conseil et ceux qui l'ont fait sont des députés d'opposition. Les sénateurs, quant à eux, n'ont pas utilisé cette possibilité, puisqu'aucun amendement s'appuyant sur l'avis du HCFP n'a été déposé ; il est à signaler, néanmoins, que le projet de loi de finances pour 2017 a fait l'objet, au Sénat, du dépôt d'une motion tendant à poser la question préalable¹⁰⁷, motion qui a été adoptée et qui a entraîné le rejet, par le Sénat, du projet de loi de finances, en raison, notamment, du fait que les recettes publiques attendues pour 2017 étaient surestimées par rapport aux prévisions du HCFP.

Que faut-il en conclure ? Que la mise à disposition des parlementaires de l'avis d'une instance, chargée de contrôler la politique financière de l'Exécutif est certes une avancée pour les droits de parlementaires, mais que ceux-ci ne se saisissent pas suffisamment de cette opportunité. L'argument de la technicité de la matière peut être avancé, pourtant, l'avis d'une institution technique est nécessaire à la discussion financière, au service tant des parlementaires que du Gouvernement, comme en témoigne le rejet du projet de loi de finances par le Sénat ; ou s'agit-il de considérer, de manière quelque peu utopique, que les parlementaires n'ont pas eu à faire appel à l'avis du Haut Conseil parce que ce dernier est strictement respecté par le Gouvernement ?

¹⁰² Amendements n°I-127 et n°I-CF68.

¹⁰³ Amendements n°I-369, n°I-CF59, n°411 et n°CF126.

¹⁰⁴ Amendements n°I-372, n°I-CF60, n°I-CF61, n°412 et n°CF127.

¹⁰⁵ Amendements n°I-373, n°413 et n°CF128.

¹⁰⁶ Amendements n°358 et n°CF214.

¹⁰⁷ Motion tendant à poser la question préalable, n°I-37.

B. Un droit de regard parlementaire renforcé par la levée du secret des avis du Conseil d'État sur les textes financiers

Malgré l'usage restreint fait, par les parlementaires, de l'avis du Haut Conseil des finances publiques, le secret qui entoure l'avis du Conseil d'État sur le projet de texte financier est contesté (1) et la mise à leur disposition de l'avis du Conseil d'État est très fréquemment demandée par le Parlement, sans que ces demandes ne puissent, néanmoins, aboutir (2).

1. Un secret autour des avis de la section des finances du Conseil d'État contesté

La proposition n°27 du rapport Balladur, inscrite dans une partie du rapport intitulée « Un parlement renforcé », prévoyait de rendre publics les avis du Conseil d'État sur les projets de lois, sans préciser si les textes financiers étaient concernés. Il est intéressant de noter que le rapport ne préconisait non pas une modification de l'article 39 de la Constitution, mais une modification du Code de justice administrative, sans plus ample précision : s'agissait-il sûrement de l'article L. 112-1 du même Code.

Pour le Président de l'Assemblée nationale, Claude Bartolone, l'exception à la règle de la publicité des avis, relative au secret toujours prégnant des avis sur les projets de textes financiers est regrettable, en raison de « *l'importance des débats parlementaires* »¹⁰⁸ en la matière. Mais le Président de l'Assemblée nationale n'est pas le seul à déplorer ce secret. En effet, « *certaines parlementaires s'irritent de voir le Gouvernement se référer à la position du Conseil sans en donner le texte complet et soupçonnent, parfois à juste titre, les ministres de ne se référer qu'à ce qui sert leur thèse en laissant dans l'ombre les points sur lesquels le Conseil leur a donné tort* »¹⁰⁹. Il est effectivement dommage que le Parlement ne dispose pas, dans le cadre de son travail en commission des finances, ou en séance publique, de l'expertise du Conseil d'État, et ne puisse contrôler le texte correctement. Ne pas souscrire à l'argument soulevé par Olivier Schrameck, pour qui la transmission de l'avis du Conseil d'État au Parlement bénéficiera à « *la transparence, la responsabilité et le dialogue entre l'ensemble des acteurs institutionnels* »¹¹⁰ semble difficile.

¹⁰⁸ C. BARTOLONE, « Nous sommes dans une phase d'acculturation : il ne suffit pas de décréter que le Conseil d'État est le conseiller du Parlement pour qu'il le soit », *La semaine juridique Edition générale*, 2016, n°47. p. 1236.

¹⁰⁹ J. MASSOT, T. GIRARDOT, *Le Conseil d'État*. Paris, Doc. fr., 1999. p. 92.

¹¹⁰ Y. GAUDEMÉT, « Rapport de la Commission Balladur : libres propos croisés de Pierre Mazeaud et Olivier Schrameck », *op. cit.* p. 3.

2. Des tentatives infructueuses de communication de l'avis de la section des finances du Conseil d'État

L'évocation, par un ministre, de l'avis du Conseil d'État devant le Parlement peut être aussi prétexte à une certaine réticence de la part des parlementaires, qui n'hésitent pas à défier les ministres au motif qu'ils ne disposent pas de l'avis. En témoignent les débats sur le projet de loi de finances pour 2013, au Sénat, où la sénatrice Hélène Lipietz a répondu au ministre Jérôme Cahuzac qu'elle n'a pas « *eu connaissance de cet avis du Conseil d'État, qui n'est qu'un avis* », alors que ledit ministre indiquait que la disposition en débat risquait, selon le Conseil d'État, une censure pour inconstitutionnalité par le Conseil Constitutionnel¹¹¹. Néanmoins, ces tentatives de rappel au Gouvernement de la non-publicité des avis du Conseil d'État sont plutôt rares dans le cadre de la discussion financière, ce que nous avons constaté à la lecture des débats¹¹². Les missions d'informations sont aussi le lieu de revendications parlementaires. Lors des débats de la *Mission d'information sur la simplification législative*, de nombreux députés ont appelé à une modification de la situation dans laquelle ils se trouvent face au Gouvernement, au motif, notamment, que la communication de l'avis rendrait les articles du texte de loi plus lisibles¹¹³, et que la qualité de la loi en serait améliorée¹¹⁴. Mais les tentatives peuvent aussi consister en des amendements lors des discussions parlementaires, à l'image des amendements déposés lors des débats sur la révision constitutionnelle de 2008¹¹⁵, dont les auteurs rappellent que « *d'une part, (...), si ces avis ne sont pas publics, ils ne sont pas secrets pour tout le monde. L'accessibilité à géométrie variable à de tels documents pose déjà un problème. D'autre part, en raison de l'expertise juridique qu'ils délivrent, ces documents sont précieux pour l'information et la formation du jugement des parlementaires* »¹¹⁶. De même, ont été déposées des propositions de loi ordinaire¹¹⁷, ou constitutionnelle¹¹⁸, à l'image de la proposition de loi constitutionnelle du 19 janvier 2015, et à propos de laquelle il est intéressant de noter que, motivé par la fuite de l'avis du Conseil d'État sur la loi Macron, son dépôt à l'Assemblée

¹¹¹ Sénat, séance du 27 novembre 2012, JO Sénat, 28 novembre 2012, p. 5430.

¹¹² V. Sénat, séance du 26 novembre 2008, JO Sénat, 27 novembre 2008, pp. 7581-7582.

¹¹³ AN, Compte-rendu n°2 de la Mission d'information sur la simplification législative, 23 janvier 2014. p. 23.

¹¹⁴ AN, Compte-rendu n°3 de la Mission d'information sur la simplification législative, 30 janvier 2014. p. 8.

¹¹⁵ Sénat, séance du 23 juin 2008, JO Sénat, 24 juin 2008, pp. 3225-3228

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ Proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale le 20 avril 1993, qui n'a jamais été inscrite à l'ordre du jour.

¹¹⁸ Proposition de loi constitutionnelle (n°2499), déposée à l'Assemblée nationale par M. Yannick Moreau, député d'opposition, le 19 janvier 2015 et visant à rendre publics les avis du Conseil d'État, renvoyée à la commission des lois constitutionnelles.

nationale a eu lieu la veille du discours du Président de la République annonçant la publicité des avis du Conseil d'État sur les projets de lois.

Il convient de s'interroger sur cette absence de remise en cause des propos tenus par les ministres à l'appui de l'avis du Conseil d'État. Cela signifie-t-il que les parlementaires acceptent passivement le secret des avis de la Section des finances du Conseil d'État ? C'est très certainement l'impossibilité pour les parlementaires de répondre à un avis dont ils ne disposent pas officiellement¹¹⁹, qui explique ce silence face à un Gouvernement qui s'appuie sur un avis dont il a unilatéralement connaissance. Le principe du contradictoire (ou principe de la contradiction) qui existe dans toute procédure et qui impose que chacune des parties ait été mise en mesure de discuter l'énoncé des faits et les moyens juridiques que ses adversaires lui ont opposés, justifie la communication de ce document aux parlementaires, comme cela a été le cas par le passé pour la communication du rapport de la Cour des comptes¹²⁰.

La fonction consultative du Conseil d'État est essentielle, du fait de ses compétences techniques au service du Gouvernement – et dorénavant, du Parlement pour les propositions de lois – et le Conseil Constitutionnel veille à ce que cette compétence soit respectée, comme en a témoigné une décision de 2003, dans laquelle le Conseil Constitutionnel a considéré que la procédure législative est irrégulière si le Gouvernement modifie, après la consultation du Conseil d'État et avant la délibération au Conseil des ministres, la nature de la question posée au Conseil d'État. La modification du contenu d'un projet de loi, ou une nouvelle rédaction est possible après que soit rendu l'avis du Conseil d'État, à la condition que toutes les questions que posent le projet aient été soumises au Conseil d'État lors de sa consultation¹²¹.

¹¹⁹ AN, 3^e séance du 27 mai 2008, JOAN, 28 mai 2008, p. 2577 : « *mais leur publicité n'étant pas officielle, on ne peut pas répondre, ce qui donne un côté “bluff” tout à fait désagréable au débat parlementaire, en particulier lorsqu'on aborde des sujets comme la constitutionnalité éventuelle de certaines lois* ».

¹²⁰ P. JAN, « Parlement et Cour des Comptes », *Pouvoirs*, 2013, n°146, p. 107.

¹²¹ Cons. const., déc. n°2003-468 DC, 3 avril 2003, *Loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants du Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques*.