

2018

Commission supérieure de codification

Vingt-neuvième rapport annuel



COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION



RAPPORT ANNUEL

2018

Vingt-neuvième rapport annuel

ISBN 978-2-11-077495-8
ISSN 0767-4538

SOMMAIRE

1. L'activité de la Commission supérieure de codification en 2018 ...	3
1.1. L'état des publications	3
1.2. Les perspectives	4
2. Quelques points de « doctrine ».....	6
2.1. La « doctrine » de la Commission supérieure de codification ..	6
2.2. La « doctrine » des formations administratives du Conseil d'Etat en matière de codification.....	8
Annexe n° 1 Décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 modifié relatif à la composition et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification	13
Annexe n° 2 Composition de la Commission supérieure de codifica- tion	19
Annexe n° 3 Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires.....	23
Annexe n° 4 Circulaire du 27 mars 2013 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires	27
Annexe n° 5 Avis émis par la Commission supérieure de codification au cours de l'année 2018	31
Annexe n° 6 Avis des formations administratives du Conseil d'Etat en matière de codification	49

1. L'activité de la Commission supérieure de codification en 2018

La loi n° 2018-699 du 3 août 2018 visant à garantir la présence des parlementaires dans certains organismes extérieurs au Parlement et à simplifier les modalités de leur nomination a élevé la Commission supérieure de codification au rang législatif. Son article 29 a complété le livre III du code des relations entre le public et l'administration par un titre V relatif à la Commission supérieure de codification. Ce titre comporte un article L. 351-1 ainsi rédigé : « I. - La Commission supérieure de codification comprend parmi ses membres un député et un sénateur. / II. - Les missions, la composition, l'organisation et le fonctionnement de la commission sont précisés par décret. ». Son existence étant désormais prévue par la loi, la Commission supérieure de codification n'est plus soumise à la règle de la caducité fixée par l'article R.* 133-2 du code des relations entre le public et l'administration¹.

Au cours de l'année 2018, la Commission supérieure de codification, dont la composition a été en partie renouvelée², a tenu neuf réunions plénières et rendu dix avis³ : sept portent sur le code de la commande publique ; trois autres sur le projet de recodification des dispositions relatives aux aides personnelles au logement.

1.1. L'état des publications

La proportion des dispositions codifiées parmi celles aujourd'hui en vigueur s'élève à environ 63 % s'agissant des dispositions législatives et à 37 % s'agissant des dispositions réglementaires.

En 2018, la Commission a eu la satisfaction de voir publier l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique et le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du même code. Ces publications marquent la fin des opérations de codification du code de la commande publique qui se sont traduites, depuis la promulgation de l'habilitation à codifier en 2017, par la tenue de 17 réunions plénières de la Commission.

La Commission prend par ailleurs note de la publication du décret n° 2018-1007 du 21 novembre 2018 modifiant le code de la Légion d'hon-

¹ Voir le décret n° 2019-60 du 30 janvier 2019 relatif à la Commission supérieure de codification dont l'article 1^{er} abroge l'article 12-1 du décret n° 89-647 du 12 septembre 1989.

² Voir annexe 2 du présent rapport.

³ Voir annexe 5 du présent rapport.

neur et de la Médaille militaire, modification sur laquelle elle n'a pas été consultée.

1.2. Les perspectives

1.2.1. L'année 2019 sera mise à profit pour poursuivre les travaux consacrés à la recodification des dispositions relatives aux aides personnelles au logement. Dans le prolongement des travaux engagés en 2017, la Commission supérieure de codification examinera le projet prévu à l'article 117 de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté consistant à codifier dans le code de la construction et de l'habitation les dispositions propres à l'allocation de logement familiale et à l'allocation de logement sociale, qui figurent aujourd'hui dans le code de la sécurité sociale. Le délai d'habilitation, prévu initialement à l'article 117 susmentionné, a été porté de 24 à 30 mois par l'article 105 de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

La Commission examinera par ailleurs le projet de refonte du livre 1^{er} du code de la construction et de l'habitation tel que prévu par le II de l'article 49 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un Etat au service d'une société de confiance.

La Commission, qui appelait de ses vœux depuis plusieurs années pareille entreprise, se félicite de ce que la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie comporte, en son article 52, une disposition autorisant le Gouvernement à procéder, par voie d'ordonnance, à la refonte de la partie législative du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

L'année 2019 se traduira également par le lancement des travaux tendant à l'élaboration de la partie législative d'un code relatif à la copropriété des immeubles bâtis afin de regrouper et organiser l'ensemble des règles régissant le droit de la copropriété, dans les conditions prévues par l'article 215 de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique.

La Commission se prononcera sur la refonte de la partie outre-mer du code de la défense, telle que prévue par le 2° de l'article 63 de la loi de programmation militaire qui dispose que le Gouvernement est autorisé à « modifier et, le cas échéant, réorganiser les différents livres du code de la défense relatifs à l'outre-mer afin d'assurer une meilleure distinction entre les dispositions applicables de plein droit et celles qui font l'objet

d'une extension ou d'une adaptation expresse aux départements, collectivités et territoires mentionnés à l'article 72-3 de la Constitution ». De manière plus générale, la Commission réaffirme sa disponibilité pour accompagner la refonte des parties outre-mer d'un certain nombre de codes existants.

La Commission sera saisie, en vertu de l'article 93 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2018 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, du projet consistant à regrouper et à organiser les dispositions relatives à la justice pénale des mineurs dans un code.

Enfin, on mentionnera le projet d'élaboration de certains livres de la sixième partie relative à l'aviation civile de la partie réglementaire du code des transports ainsi que le projet de refonte du livre VII du code monétaire et financier qui est prévu par la loi « croissance et transformation des entreprises », en cours de discussion au Parlement.

1.2.2. La Commission persiste à recommander que soit entreprise la refonte, en tout ou partie, des codes devenus au fil du temps et des modifications qui y ont été apportées, d'un maniement et d'un usage difficiles. Le code de procédure pénale, le code de la sécurité sociale et le code des postes et des communications électroniques mériteraient particulièrement que soient engagés pareils travaux de maintenance. Elle réitère également son souhait que soit engagée, pour les mêmes motifs, la refonte du code général des impôts, du livre des procédures fiscales ainsi que du code de la construction et de l'habitation. Elle s'associe à la recommandation du Conseil d'Etat, formulée à l'occasion de l'examen du projet de décret pris pour l'application de l'article 15-4 du code de procédure pénale et de l'article 55 *bis* du code des douanes, soulignant l'importance qui s'attache à ouvrir le chantier de la codification de la partie réglementaire du code des douanes qui devrait nécessairement s'accompagner de la refonte de la partie législative de ce même code⁴.

La Commission est favorable, ainsi que le recommande le Conseil d'Etat, à l'élaboration d'un code relatif aux données personnelles. Elle persiste par ailleurs à recommander la confection d'un code de la communication audiovisuelle qui pourrait être engagée après l'achèvement de la réforme en cours.

Enfin, il restera à achever la partie réglementaire du code des transports en élaborant la deuxième partie sur le transport ferroviaire et en achevant la sixième partie sur l'aviation civile.

⁴ Voir annexe 6 du présent rapport.

2. Quelques points de « doctrine »

A partir des positions qu'elle a prises à la faveur de l'examen des projets de codification dont elle a été saisie et qui figurent dans les avis annexés au présent rapport, la Commission souhaite mettre l'accent sur certaines questions de codification qui ont particulièrement retenu son attention.

Par ailleurs, ainsi qu'il le fait depuis 2013, le rapport annuel de la Commission supérieure de codification fait état des prises de position des formations administratives du Conseil d'Etat en matière de codification, intervenues au cours de l'année 2018. Certaines consacrent des propositions ou des avis que la Commission a pu émettre dans l'exercice de ses compétences consultatives ; d'autres ont été adoptées, indépendamment des préconisations de la Commission supérieure de codification.

2.1. La « doctrine » de la Commission supérieure de codification

2.1.1. Le développement des chantiers de codification

La Commission relève, pour s'en réjouir, que la codification est entrée dans les mœurs légistiques. Au-delà de la mise en œuvre de l'ambitieux programme de codification ou de refonte de codes existants arrêté par la circulaire du Premier ministre du 27 mars 2013, le législateur et le Gouvernement ont en effet développé un « réflexe de codification ». Cette tendance témoigne de l'attachement croissant des autorités investies du pouvoir normatif à l'entreprise de codification et aux avantages en termes d'accessibilité et d'intelligibilité du droit qu'elle présente. Elle se traduit aussi bien par l'élaboration de grands codes transversaux tels le code des relations entre le public et l'administration ou le code de la commande publique que par la confection de « mini-codes » portant sur un domaine juridique circonscrit à l'instar des projets de code de la justice pénale des mineurs et de code relatif à la copropriété des immeubles bâtis.

2.1.2. La nécessité de dégager les moyens propres à garantir la faisabilité des codes entrepris

Une chose est d'entreprendre l'élaboration d'un nouveau code ou la refonte d'un code existant ; une autre est de se doter des moyens permettant d'assurer la faisabilité de cette opération. De ce point de vue, la Commission tient à rappeler que la codification par voie d'ordonnance suppose la fixation d'un délai d'habilitation suffisant. D'expérience, il apparaît qu'un délai d'au moins dix huit mois est nécessaire pour permettre la réalisation, dans de bonnes conditions, du projet de codification. Le présent rapport fournit en outre l'occasion d'appeler l'attention des ministères porteurs auxquels incombe, dans l'élaboration d'un code, une

responsabilité de premier rang sur la nécessité de dégager des moyens humains et matériels suffisants pour la réalisation d'une entreprise particulièrement exigeante. Elle souligne notamment le besoin que les équipes en charge du projet de code sachent correctement manier l'outil Magicode.

2.1.3. La recherche d'une meilleure accessibilité du droit

Ainsi qu'elle le relevait dans son précédent rapport, la Commission constate que les récentes évolutions codistiques s'inscrivent dans un effort constant d'amélioration de l'accessibilité et de l'intelligibilité du droit. A la différence de la loi ordinaire qui doit ne comporter que des dispositions de portée normative, la spécificité d'un code est de pouvoir comprendre, dans la mesure du strict nécessaire, des dispositions de nature exclusivement pédagogique afin d'éclairer et de guider les usagers, pour un meilleur accès au droit. En témoigne le développement des titres liminaires ou des subdivisions chapeaux qui apportent aux usagers d'un code d'utiles précisions quant à son champ d'application ou aux définitions qu'il comporte. Les modalités de renvoi à d'autres codes participent du même effort d'aiguillage vers l'ensemble des dispositions pertinentes afin de restituer la cohérence globale d'un champ juridique.

S'inscrivent dans cette dimension pédagogique de la codification les réflexions actuellement menées sur le statut et le rôle des annexes. Dans son avis du 9 avril 2018 relatif au code de la commande publique, la Commission a ainsi recommandé l'insertion, en qualité d'annexes, des arrêtés et des avis pris pour l'application des textes relatifs aux marchés publics et aux contrats de concession. Cette opération ne consiste pas en une simple consolidation éditoriale : il convient en effet de prendre un arrêté abrogeant les textes sources pour y substituer des arrêtés annexés au code. Leur intitulé a été supprimé et remplacé par un numéro correspondant à l'ordre d'apparition, dans le code, de leur première occurrence. Les arrêtés sont désormais exclusivement désignés par leur numéro. Les articles, en L ou R, du code procéderont ainsi au renvoi à l'arrêté n° tant figurant en annexe. Cette façon de procéder a été reprise à son compte par le Conseil d'Etat.

2.1.4. Un devoir de cohérence

La confection d'un code consiste en la mise en ordre d'un régime juridique. Pour autant, la codification ne revêt pas seulement une dimension formelle. Elle consiste également à assurer la cohérence interne d'un domaine juridique.

Témoigne en particulier de cette préoccupation la recommandation formulée le 9 avril 2018, à propos du projet de recodification des dispositions relatives aux aides personnelles au logement. Le regroupement envisagé des aides au logement dans le code de la construction et de l'habitation a soulevé la question de la répartition des compétences juridictionnelles. Alors que le tribunal des affaires de sécurité sociale est aujourd'hui (c'est le tribunal de grande instance à compter du 1^{er} janvier 2019) compétent pour les litiges relatifs aux aides relevant du code de la sécurité sociale, le juge administratif est compétent pour ceux qui portent sur les aides personnelles au logement. Alors même qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une question de codification, la Commission a fermement fait valoir que la logique de simplification des aides au logement impliquait de s'interroger sur la création d'un bloc de compétences juridictionnelles permettant une unification des contentieux. Le Gouvernement a suivi cette préconisation en confiant l'ensemble du contentieux à la juridiction administrative.

2.2. La « doctrine » des formations administratives du Conseil d'Etat en matière de codification

Les éléments suivants, qui figurent en annexe du présent document, sont repris du rapport annuel d'activité du Conseil d'Etat qui les rassemble dans une rubrique consacrée à la codification.

2.2.1. L'étendue de faculté d'harmonisation du droit existant dans le cadre d'une codification à droit constant

Examinant le projet d'ordonnance relative à la partie législative du code de la commande publique, le Conseil d'Etat a estimé possible de procéder à une codification à droit non constant ainsi que le permet l'habilitation, en vue d'une harmonisation de l'état du droit dans la mesure où il s'agit de remédier à des incohérences dans le sens le plus conforme à la volonté récemment exprimée par le législateur. Le nouveau code prévoit ainsi que la saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends ou du médiateur des entreprises suspend le cours des différentes prescriptions, et non l'interrompt, quelle que soit la nature du contrat, de droit administratif ou de droit privé, comme c'est le cas en matière de médiation pour les dispositions issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 codifiées, pour le contentieux administratif, à l'article L. 213-6 du code de justice administrative. Le Conseil d'Etat a également admis d'aligner le régime des concessions de défense ou de sécurité sur celui des marchés de défense et de sécurité en ce qui concerne la possibilité d'y recourir pour les établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat, afin de

réparer une omission de la loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 qui ne l'a prévue que pour le cas des marchés. En revanche, une telle dérogation au droit constant n'est pas parue possible s'agissant de la codification, dans sa rédaction actuellement en vigueur, de l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906, qui ouvre à l'État, aux collectivités territoriales et aux établissements publics de celles-ci la possibilité de recourir à l'arbitrage en matière de marchés de travaux et de fournitures.

2.2.2. La nécessité de codifier l'ensemble des textes relatifs à la protection des données personnelles

Le Conseil d'Etat (section de l'intérieur), saisi d'un projet d'ordonnance pris en application de l'article 32 de la loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi du 6 janvier 1978, lui a donné un avis favorable sous réserve d'une recommandation de codifier.

Les normes relatives aux données à caractère personnel, mais aussi, notamment, à Internet, aux algorithmes, ainsi que de nombreux traitements, dont les plus sensibles pour les libertés, figurent aujourd'hui dans de nombreux codes, textes législatifs et réglementaires non codifiés ; seule la codification de l'ensemble de ces règles permettrait de remédier au caractère dispersé et peu lisible de l'édifice normatif en vigueur.

2.2.3. Les modalités de la codification par décret

Le Conseil d'Etat (section de l'intérieur), saisi d'un projet de décret relatif au diplôme national des métiers d'art et du design, lui a donné un avis favorable. Le projet soumis à la section crée vingt-et-un articles dans le code de l'éducation, dont un seul relève d'un décret en Conseil d'Etat, tous les autres relevant du décret simple. L'avis du Conseil d'Etat rappelle que ce n'est que par exception qu'il est possible, pour modifier la partie réglementaire d'un code, de procéder par un seul décret comprenant à la fois des dispositions relevant du décret en Conseil d'Etat et d'autres relevant du décret simple. Le Gouvernement est invité à ne déroger à la règle que dans le cas de dispositions soulevant des difficultés nécessitant un avis du Conseil d'Etat. Les autres cas, notamment ceux où il existe un lien nécessaire entre les dispositions relevant du décret en Conseil d'Etat et les autres, justifient seulement que le projet de décret simple soit transmis au Conseil d'Etat pour information et que les deux textes liés soient publiés simultanément.

2.2.4. Les conditions d'une renumérotation d'articles codifiés

A l'occasion de l'examen d'un projet de décret relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires, le Conseil d'Etat (section de l'administration), veillant à la numérotation continue du code des relations entre le public et l'administration qui ne distingue pas les parties législative et réglementaire, a admis le principe d'une renumérotation rendue nécessaire par la création, par la loi du 10 août 2018, d'un article L. 312-3 alors qu'existe un article R. 312-3. Il limite toutefois cette renumérotation au seul article R. 312-3, qui devient R. 312-3-1. Il estime en effet qu'elle ne doit pas être étendue à l'ensemble de la section II du chapitre II du titre I^{er} du livre III comme le prévoyait le projet du Gouvernement, afin de ne pas accentuer les effets négatifs qu'emporte inévitablement toute renumérotation laquelle, ainsi que le souligne le guide de légistique, doit être bannie autant que possible.

2.2.5. Les dispositions relatives à l'outre-mer du code de la défense

Saisi d'un projet de loi de programmation militaire comportant des dispositions normatives modifiant le code de la défense, le Conseil d'Etat souligne qu'eu égard à leur objet et aux modalités de l'exercice par l'Etat de ses compétences en matière de défense, la question de l'applicabilité outre-mer de nombreux articles de ce code, en particulier dans ses parties relatives aux principes généraux de la défense, à son organisation au plan national et au statut des militaires, ne se pose en principe pas, s'agissant de dispositions qui, par nature, sont applicables de plein droit. S'agissant toutefois d'un code dans lequel chaque partie comporte des dispositions d'applicabilité outre-mer conçues de manière exhaustive, il convient de faire apparaître la distinction entre les dispositions applicables de plein droit et celles qui font l'objet d'une extension ou d'une adaptation, seules ces dernières devant faire l'objet d'une mention particulière d'application assortie de tableaux actualisés comportant la référence du texte qui les a introduites ou modifiées. Le Conseil d'Etat a en conséquence modifié la rédaction de l'habilitation donnée au Gouvernement en vue de réorganiser les différents livres du code de la défense relatifs à l'outre-mer. Conformément à ces recommandations, l'article 63 de la loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 habilite le Gouvernement à modifier la partie législative de ce code afin de remédier à ces inconvénients. Examinant par ailleurs un projet de décret modifiant le code de la défense, le Conseil d'Etat a également estimé que ces mêmes recommandations doivent être mises en œuvre dans la partie réglementaire de ce code sans attendre l'intervention de cette ordonnance. A cet égard, il a constaté que le projet de décret, d'une part, modifie des dispositions des première et quatrième partie du code de la défense relatives, respectivement, à l'organisation de la

défense au plan national et au statut des militaires, d'autre part, propose en conséquence, non seulement de modifier des références figurant dans les tableaux d'applicabilité précédemment introduits dans certains articles de ce code, mais en outre de modifier des articles ne comportant pas de telles références afin d'y introduire le type de rédaction dont l'avis du 1^{er} février 2018 a mis en évidence le caractère inadapté. Or les dispositions en cause sont au nombre de celles qui, applicables par nature de plein droit, n'appellent aucune mesure d'extension ni, par conséquent, aucune mention de date de référence dans les dispositions, de caractère reconnaissant, qui mentionnent leur applicabilité dans les collectivités d'outre-mer et en Nouvelle-Calédonie. S'il lui a paru possible d'admettre la mise à jour des tableaux d'applicabilité précédemment introduits dans certains articles du code, le Conseil d'Etat a en revanche estimé qu'il n'y avait pas lieu d'introduire, dans les articles qui n'en comportaient pas, des références de dates selon le mode de rédaction que l'article 63 de la loi du 13 juillet 2018 a pour objet de remettre en cause.

ANNEXE N° 1

***Décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 modifié relatif à la composition
et au fonctionnement de la Commission supérieure de codification***

*Version à jour du décret n° 2019-60 du 30 janvier 2019
relatif à la Commission supérieure de codification*

Article 1^{er}

Il est institué une Commission supérieure de codification chargée d'œuvrer à la simplification et à la clarification du droit qui prend la suite de la Commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires créée par le décret n° 48-800 du 10 mai 1948. Elle a pour mission de :

Procéder à la programmation des travaux de codification ;

Fixer la méthodologie d'élaboration des codes en émettant des directives générales ;

Susciter, animer et coordonner les groupes de travail chargés d'élaborer les projets de codes et fournir une aide à ces groupes en désignant un rapporteur particulier et le cas échéant des personnalités qualifiées

Recenser les textes législatifs et réglementaires applicables dans les territoires d'outre-mer, vérifier le champ d'application des textes à codifier en ce qui concerne ces mêmes territoires et signaler au Premier ministre les domaines pour lesquels il semble souhaitable d'étendre à ces territoires les textes applicables en métropole ;

Adopter et transmettre au Gouvernement les projets de codes élaborés dans les conditions définies par l'article 3 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations ainsi que les projets qui lui sont soumis tendant à la refonte de codes existants.

Elle peut également être consultée sur les projets de textes modifiant des codes existants.

Enfin, la commission est saisie par la Direction des *Journaux officiels* des difficultés que soulève la mise à jour des textes mentionnés au 1° de l'article 1^{er} du décret n° 2002-1064 du 7 août 2002 relatif au service public de la diffusion du droit par l'internet ainsi que de toute question liée à cette activité. Elle formule toute proposition utile dans ce domaine.

Article 2

La Commission supérieure de codification comprend sous la présidence du Premier ministre :

Un vice-président, président de section ou président de section honoraire au Conseil d'Etat ;

Des membres permanents :

- un représentant du Conseil d'Etat ;
- un représentant de la Cour de cassation ;
- un représentant de la Cour des comptes ;

-
- un membre de la commission des lois de l'Assemblée nationale ;
 - un membre de la commission des lois du Sénat ;
 - deux professeurs agrégés des facultés de droit, en activité ou honoraires ;
 - le directeur des affaires civiles et du sceau ;
 - le directeur des affaires criminelles et des grâces ;
 - le directeur général de l'administration et de la fonction publique ;
 - le directeur au secrétariat général du Gouvernement ;
 - le directeur de l'information légale et administrative ;
 - le délégué général à l'outre-mer ;

Des membres siégeant en fonction de l'objet du code examiné :

- un membre de la ou des sections compétentes du Conseil d'Etat ;
- un membre de la ou des commissions compétentes de l'Assemblée nationale ;
- un membre de la ou des commissions compétentes du Sénat ;
- le ou les directeurs d'administration centrale concernés par le code examiné ;

Un rapporteur général.

Deux rapporteurs généraux adjoints.

Pour l'exercice de la mission définie au dernier alinéa de l'article 1^{er} du présent décret, la commission s'appuie sur les travaux d'un groupe d'experts constitué auprès d'elle, dont la composition est fixée par arrêté du Premier ministre.

Article 3

Le vice-président de la Commission supérieure de codification est nommé pour quatre ans par arrêté du Premier ministre.

Les membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et de la Cour des comptes sont désignés par arrêté du Premier ministre pour une durée de quatre ans, sur proposition des institutions qu'ils représentent.

Les professeurs agrégés des facultés de droit sont désignés par arrêté du Premier ministre sur proposition du vice-président pour une durée de quatre ans.

En vue de la désignation et de la présence des membres non permanents, le vice-président sollicite les institutions ou les ministères concernés par le code examiné.

Le rapporteur général et les rapporteurs généraux adjoints sont désignés par arrêté du Premier ministre sur proposition du vice-président.

Article 4

Les membres de la Commission supérieure de codification peuvent être suppléés par des membres désignés dans les mêmes conditions. Les directeurs d'administration centrale peuvent être suppléés par un haut fonctionnaire ou magistrat placé sous leur autorité et désigné par le ministre.

Article 5

La commission peut entendre toute personnalité qualifiée par ses travaux antérieurs.

Article 6

Des rapporteurs particuliers et des personnalités qualifiées pour l'élaboration des codes peuvent être désignés par le vice-président pour participer aux groupes de travail chargés de la codification.

Des rapporteurs particuliers sont chargés spécialement de la codification des textes applicables dans les territoires d'outre-mer.

Article 7

Le secrétariat de la Commission supérieure de codification est assuré sous l'autorité d'un secrétaire général par le secrétariat général du Gouvernement.

Article 8

Dans la limite des crédits ouverts au budget des services du Premier ministre au titre de la Commission supérieure de codification, des indemnités peuvent être allouées dans les conditions fixées aux articles ci-après :

- au vice-président ;
- au rapporteur général et aux rapporteurs généraux adjoints ;
- aux rapporteurs particuliers ainsi qu'aux personnalités qualifiées.

Article 9

Les indemnités allouées au vice-président, au rapporteur général et aux rapporteurs généraux adjoints ont un caractère forfaitaire et mensuel. Leur montant est fixé par un arrêté conjoint du Premier ministre, du ministre chargé de la fonction publique et du ministre chargé du budget.

Article 10

Les indemnités allouées aux rapporteurs particuliers ont un caractère forfaitaire et mensuel. Leur montant est fixé par le Premier ministre sur proposition du vice-président dans la limite d'un plafond fixé par arrêté

conjoint du Premier ministre, du ministre chargé de la fonction publique et des réformes administratives et du ministre chargé du budget.

Article 11

Le montant des indemnités allouées aux personnalités qualifiées a un caractère forfaitaire. Il est fixé par le vice-président dans la limite d'un plafond établi par arrêté conjoint du Premier ministre, du ministre chargé de la fonction publique et des réformes administratives et du ministre chargé du budget. Cette indemnité est payée en deux versements.

Article 12

Les décrets n° 48-800 du 10 mai 1948 instituant une commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires, n° 61-652 du 20 juin 1961 relatif à la composition de la commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires et n° 73-246 du 7 mai 1973 relatif à l'attribution d'indemnités à certains personnels apportant leur concours à la Commission supérieure chargée d'étudier la codification et la simplification des textes législatifs et réglementaires sont abrogés.

Article 13

Le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget, le ministre d'Etat, ministre de la fonction publique et des réformes administratives, le garde des sceaux, ministre de la justice, et le ministre délégué auprès du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget, chargé du budget, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

ANNEXE N° 2

*Composition de la Commission supérieure de codification
(à la date du 16 avril 2019)*

Vice-président : M. Daniel LABETOULLE

Président de section honoraire au Conseil d'Etat

Membres permanents

Mme Christine MAUGÜE

Conseillère d'Etat, présidente de la
7^e chambre de la section du contentieux
du Conseil d'Etat

Suppléant :

M. Rémi BOUCHEZ

Conseiller d'Etat, président-adjoint
de la section des finances du Conseil
d'Etat

M. Denis JARDEL

Conseiller doyen honoraire à la Cour
de cassation

Suppléante :

Mme Pierrette PINOT

Conseiller doyen honoraire à la Cour
de cassation

Mme Sylvie TORAILLE

Conseillère maître à la Cour des
comptes

Suppléante :

Mme Loguivy ROCHE

Avocate générale près la Cour des
comptes

M. Christophe EUZET

Député de l'Hérault

Suppléante :

Mme Typhanie DEGOIS

Députée de la Savoie

M. Alain RICHARD

Sénateur du Val-d'Oise

M. Philippe TERNEYRE

Professeur agrégé de droit à l'université
de Pau et des pays de l'Adour

Mme Rozen NOGUELLOU

Professeur agrégé de droit à l'université
Paris-I Panthéon-Sorbonne

M. Thomas ANDRIEU

Directeur des affaires civiles et du sceau

Mme Catherine PIGNON

Directrice des affaires criminelles et
des grâces

M. Thierry LE GOFF

Directeur général de l'administration
et de la fonction publique

M. Thierry-Xavier GIRARDOT

Directeur, adjoint au secrétaire général
du Gouvernement

M. Bertrand MUNCH

Directeur de l'information légale et
administrative

M. Emmanuel BERTHIER

Directeur général des outre-mer

Rapporteur général

M. Mattias GUYOMAR

Conseiller d'Etat, président de la
10^e chambre de la section du conten-
tieux au Conseil d'Etat

Rapporteur général adjoint

M. Nicolas BONNAL
Conseiller à la chambre criminelle de
la Cour de cassation

Mme Pauline DELIGNAT-LAUD
Administratrice à la direction de
la législation et du contrôle du
Sénat

Secrétaire général

M. Sébastien JEANNARD
Chef du département de la qualité
du droit au secrétariat général du
Gouvernement

M. Georges BERGOUNOUS
Directeur du service des affaires juri-
diques de l'Assemblée nationale

Mme Solange LE BARTZ
Responsable du pôle de la diffusion
du droit par l'internet à la direction
de l'information légale et administrative

Correspondants

Mme Elisabeth CATTAL
Avocat général honoraire

Mme Libera BAMBINI
Responsable de la consolidation des
textes normatifs à la direction de l'in-
formation légale et administrative

M. Fabrice ROBERT
Directeur de la législation et du contrôle
du Sénat

M. Jean-Pierre PATOUT
Ancien agent du ministère des solida-
rités et de la santé

ANNEXE N° 3

*Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification
des textes législatifs et réglementaires*

(...)

ANNEXE
Programme général de codification
1996-2000

1. Code civil.

2. Code pénal.

A. – VIE PUBLIQUE

a) Institutions politiques

3. Code des pouvoirs publics constitutionnels.

4. Code électoral.

b) Justice

5. Code de la magistrature.

6. Code de l'organisation judiciaire.

7. Code de la juridiction administrative.

8. Code de la procédure civile et des voies d'exécution.

9. Code des professions juridiques et judiciaires.

c) Administration

10. Code de l'administration.

11. Code de la fonction publique.

12. Code des marchés publics et autres contrats d'intérêt général.

13. Code des propriétés publiques.

d) Finances

14. Code du droit budgétaire et de la comptabilité publique.

15. Code général des impôts.

16. Code des procédures fiscales.

17. Code des douanes.

e) Police

18. Code de la route.

19. Code de l'entrée, du séjour et du travail des étrangers.

f) Défense

20. Code de la défense.

B. – ACTIVITES ECONOMIQUES

21. Code de commerce.

22. Code monétaire et financier.

-
- 23. Code rural.
 - 24. Code de l'environnement.
 - 25. Code de l'urbanisme.
 - 26. Code de la construction et de l'habitat.
 - 27. Code de l'énergie et des mines.
 - 28. Code des transports.
 - 29. Code des postes et télécommunications.
 - 30. Code de l'artisanat.
 - 31. Code des assurances.

C. – ACTIVITES SOCIALES

- 32. Code de la santé publique.
- 33. Code de l'action sociale.
- 34. Code social des professions maritimes.
- 35. Code de la sécurité industrielle.
- 36. Code des associations et fondations.
- 37. Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre.

D. – CULTURE

- 38. Code de la communication.
- 39. Code de l'éducation.
- 40. Code du patrimoine.
- 41. Code de la recherche.
- 42. Code du sport.

ANNEXE N° 4

*Circulaire du 27 mars 2013 relative à la codification
des textes législatifs et réglementaires*



Le Premier Ministre
n° 5643/SG

Paris, le 27 mars 2013

Mesdames et Messieurs les ministres,
Mesdames et Messieurs les ministres délégués

La codification de textes législatifs et réglementaires, en permettant une présentation rationalisée, à la fois ordonnée et cohérente, de l'ensemble des dispositions juridiques concernant un secteur, constitue un moyen essentiel d'améliorer l'accessibilité et l'intelligibilité du droit. Elle représente un enjeu de simplification administrative important pour nos concitoyens, qui peuvent appréhender une réglementation, dans un code, plus commodément qu'en présence de textes épars. Elle est également un facteur significatif d'attractivité pour notre pays, dans la mesure où elle favorise la lisibilité du droit français, pour les entreprises comme pour les autres investisseurs.

Les ambitions fixées par la circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires, relayées par la loi du 16 décembre 1999 portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnance, à l'adoption de la partie législative de certains codes, sont aujourd'hui largement satisfaites. La tâche accomplie depuis la fin du siècle dernier est considérable :

- une vingtaine de nouveaux codes ont été créés, parmi lesquels, notamment, le code de l'environnement, le code monétaire et financier, le code des transports, le code de justice administrative ou le code général de la propriété des personnes publiques ;

- neuf codes ont été entièrement refondus, dont le code de commerce, le code du travail, le code de l'urbanisme ou le code rural et de la pêche maritime.

Environ 60 % des lois et 30 % des textes réglementaires en vigueur se trouvent aujourd'hui codifiés. De fait, alors que certaines lois, en raison de leur objet ou de leur

Les exigences d'accessibilité et d'intelligibilité du droit imposent toutefois de veiller à la bonne maintenance des codes existants, voire d'engager les travaux de refonte qu'impose l'ampleur des modifications qui ont affecté certains codes.

C'est dans cet esprit que j'ai fixé le programme de codification figurant en annexe de la présente circulaire qui, sans exclure d'autres travaux de codification ou de refonte de code dont la nécessité ou l'intérêt pourrait se faire jour, arrête les priorités du Gouvernement en ce domaine.

Il convient tout d'abord de mener à leur terme les travaux qui ont été engagés. L'état d'avancement actuel de plusieurs projets appelle un aboutissement avant la fin de l'année 2013.

La priorité reviendra ensuite à l'élaboration des nouveaux codes qui viendront parachever la codification du droit français.

Le premier comité interministériel pour la modernisation de l'action publique a ainsi décidé la création d'un code des relations entre les administrations et les citoyens. Ce code est appelé à constituer un véritable *vade-mecum* des usagers du service public, destiné à les guider dans leurs relations avec les administrations. L'élaboration de ce code, dont la responsabilité est confiée au secrétariat général du Gouvernement, devra permettre d'harmoniser les procédures pour réduire les disparités qui ne sont pas objectivement justifiées, de simplifier les règles et les procédures en s'appuyant sur les potentialités ouvertes par les technologies de la communication et de développer la transparence de l'action administrative et la participation du public à l'élaboration des décisions.

Le code général de la fonction publique, dont un premier projet a déjà été élaboré par la direction générale de l'administration et de la fonction publique, aura pour sa part vocation à rassembler dans un texte unique les règles applicables aux trois versants de la fonction publique. L'œuvre de codification s'inscrira ainsi dans le prolongement du statut général dont l'année 2013 marquera le trentième anniversaire.

Il conviendra par ailleurs d'engager les refontes dont la nécessité est avérée pour actualiser certains codes existants et pour en améliorer la lisibilité.

Pour conduire ces travaux, il revient aux services placés sous votre autorité de prendre l'attache, en temps utile, de la commission supérieure de codification qui pourra les orienter tout au long du processus d'élaboration des projets.

En vue de faciliter la programmation nécessaire en la matière, vous vous assurerez que les programmes de travail semestriels que vous me proposez font apparaître, de façon systématique, les opérations de codification que vous envisagez, ainsi que leurs échéances. Il appartiendra au secrétariat général du Gouvernement de veiller à la bonne articulation des travaux de la commission supérieure de codification avec ces prévisions.



Jean-Marc AYRAULT

ANNEXE

- 1) Nouveaux codes dont l'adoption est programmée :
 - code général de la fonction publique
 - code des relations entre l'administration et le public
- 2) Codes devant faire l'objet d'une refonte :
 - code de la consommation
 - code de la construction et de l'habitation
 - code électoral¹
 - code de l'expropriation pour cause d'utilité publique²
 - code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de guerre
 - code des postes et des communications électroniques
 - code de l'urbanisme (livre 1^{er})
 - code de la voirie routière
- 3) Codes dont la partie réglementaire doit être achevée:
 - code du cinéma et de l'image animée
 - code de la défense
 - code de l'éducation
 - code de l'énergie
 - code du patrimoine
 - code des transports
 - code rural et de la pêche maritime (livre 9)
 - code de la sécurité intérieure

¹ Un projet de code a été élaboré avec la commission supérieure de codification en 2011 mais n'a pu être adopté sur le fondement de l'habilitation prévue à l'article 28 de la loi du 14 avril 2011 portant simplification de dispositions du code électoral et relative à la transparence financière de la vie politique

² Le projet a déjà été examiné par la commission supérieure de codification et pourra être adopté dès qu'une nouvelle habilitation sera obtenue.

ANNEXE N° 5

*Avis émis par la Commission supérieure de codification
au cours de l'année 2018*

Avis sur le code de la commande publique

(SÉANCE DU 29 JANVIER 2018)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance plénière de la Commission supérieure de codification du 29 janvier 2018 a porté sur l'examen de la partie 3 consacrée aux contrats de concession ainsi que sur le livre II de la partie 2 relatif aux marchés de partenariat. La Commission supérieure de codification a émis les observations suivantes.

1. A titre liminaire, la Commission souhaite rappeler que s'agissant des renvois, en partie législative, à des mesures réglementaires, il convient de recourir aux termes « par voie réglementaire » sauf dans le cas où l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat apparaît nécessaire ou simplement souhaitable. Il convient alors de l'indiquer expressément.

2. La Commission approuve le parti retenu d'une autonomie entre les parties 2 et 3 du code. La troisième partie épousant, comme la deuxième, une logique chronologique, son architecture est similaire à celle retenue pour les marchés publics. L'impératif de lisibilité qui a présidé à ce choix implique des répétitions qui ne sont que d'apparence.

3. La Commission approuve la création d'articles liminaires dans le livre I^{er} relatif aux dispositions générales. L'examen de

l'article L. 3100-2 qui énonce les principes auxquels sont soumis les contrats de concession a soulevé un débat sur le champ d'application des principes généraux de la commande publique dégagés par le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 26 juin 2003. La question est de savoir s'ils s'appliquent ou non aux contrats qui relèvent du champ du code sans pour autant relever de celui des ordonnances. La codification à droit constant ne signifiant pas à droit écrit constant, il pourrait être soutenu qu'en l'état de la jurisprudence constitutionnelle, ces principes s'appliquent à tous les contrats de la commande publique sous réserve de dispositions législatives y dérogeant ou des cas dans lesquels ils seraient incompatibles avec l'objet du contrat. Il est décidé de trancher cette question de principe à la fin des travaux de codification. Par ailleurs, la Commission recommande de ne pas codifier aux articles L. 3100-2 et L. 3100-3 les dispositions précisant les objectifs poursuivis par ces principes, qui sont dépourvues de portée normative.

4. L'article L. 3113-1, qui encadre la liberté contractuelle en disposant que le contrat de concession est conclu par écrit, relève bien de la partie législative. Il conviendrait d'harmoniser la partie 2 avec la partie 3 sur ce

point. De la même manière, il serait souhaitable de caler la rédaction de l'article R. 3135-8 relatif aux modifications non substantielles avec celle des dispositions équivalentes en partie 2.

5. Dans le livre II de la partie 2

relatif aux marchés de partenariat, la Commission supérieure de codification est d'avis de laisser en l'état la rédaction des dispositions reprises à l'article L. 2236-1 qui ont été clarifiées par la décision *Société Fosmax* (Assemblée, 9 novembre 2016).

Avis sur le code de la commande publique

(SÉANCE DU 13 FÉVRIER 2018)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance du 13 février 2018 a porté sur l'examen du livre IV de la partie 2 relatif à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. La Commission supérieure de codification a émis les observations suivantes.

1. Le livre IV codifie la loi du 12 juillet 1985 en partie législative et ses décrets d'application, en partie réglementaire. La Commission adhère au parti retenu, pour assurer une meilleure intelligibilité du droit, de décomposer, dans le titre I relatif au champ d'application, l'article 1^{er} de la loi en distinguant champ d'application organique et champ d'application matériel. Elle approuve le choix de conserver la notion d'« ouvrage de bâtiment ou d'infrastructure » plutôt que d'adopter la notion, proposée par le ministère de la culture, d'ouvrage de « génie civil ». Elle souligne l'importance d'harmoniser l'ensemble du code avec ces dispositions préalables afin d'en assurer l'homogénéité.

2. La Commission suggère une réécriture du chapitre 2 du titre 2 relatif au recours du maître d'ouvrage à des tiers afin d'en améliorer la lisibilité. Elle recommande de fonder le plan de ce chapitre sur la distinction structurante entre assistance à maîtrise d'ouvrage à

caractère général et assistance à maîtrise d'ouvrage portant sur un objet limité.

3. La Commission suggère de modifier l'intitulé du titre 3 du livre IV afin de préciser qu'il porte sur la « maîtrise d'œuvre privée ». Elle recommande la refonte, en partie réglementaire, de la section 2 du chapitre 1 de ce titre consacré aux « éléments de maîtrise d'œuvre portant sur les ouvrages de bâtiment ». Elle propose de remonter en sous-section 1 les « missions de base » qui sont en facteur commun de l'ensemble de la section puis de consacrer les sous-sections 2 et 3 respectivement aux « dispositions propres aux constructions neuves de bâtiments » et aux « dispositions propres aux réhabilitations de bâtiment ».

4. Invitée à réexaminer, sur un point, les dispositions relatives aux contrats de concession qui avaient fait l'objet de la précédente séance, la Commission supérieure approuve l'idée qu'il convient de prévoir en partie législative, s'agissant des modifications de ces contrats, le principe d'une limitation à la liberté contractuelle. Par ailleurs, elle est d'avis de supprimer la réserve tenant à la nature globale du contrat qui vaut pour toutes les modifications, qu'elles soient ou non substantielles.

Avis sur le code de la commande publique

(SÉANCE DU 13 MARS 2018)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance du 13 mars 2018 a porté sur l'examen du livre III de la partie 2 relatif aux marchés de défense et de sécurité. Celui-ci a été préparé conjointement par le ministère de l'économie et des finances et le ministère des armées. La Commission supérieure de codification a émis les observations suivantes.

1. Ce livre codifie les dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés de défense et de sécurité et de son décret d'application du 25 mars 2016. Le principe même de la codification conduit à une mise en facteur commun partielle des dispositions qui sont aujourd'hui regroupées au sein d'un corpus juridique autonome et simple d'accès. Il convient de retenir un parti de codification qui minore, pour les usagers, l'inconvénient tenant à devoir, à l'avenir, naviguer entre plusieurs livres du code.

A l'aune de cet objectif, la Commission approuve le choix proposé par les rapporteurs particuliers consistant, d'une part, à procéder au renvoi au livre 1^{er} lorsque les dispositions applicables aux marchés de défense et de sécurité sont identiques aux dispositions générales et, d'autre part, à réécrire entièrement, dans

un souci de lisibilité, les dispositions qui comportent des spécificités, même mineures, ou qui, quoique identiques, comportent des renvois à d'autres articles du même titre, et ont, dès lors, un champ d'application propre qui ne peut être défini par renvoi au livre 1^{er}. La Commission souligne la vigilance requise pour assurer une bonne maintenance du code, en cas d'évolution des dispositions de droit commun.

2. Par exception aux recommandations de bonne codistique, la Commission est favorable à l'insertion de subdivisions comportant un seul article ou encore à l'ouverture, dans certains chapitres, d'une section unique dans la mesure où leur intitulé permettra d'éclairer l'usager du code sur l'objet traité par l'article de renvoi qui s'y trouve.

3. Dans la ligne de ses préconisations relatives au livre 1^{er} selon lesquelles il convient d'éviter de codifier les dispositions de portée seulement déclarative, la Commission recommande, à l'article L. 2300-2, la suppression des objectifs poursuivis par les marchés de défense et de sécurité, y compris celui, qui est leur propre, de renforcer la base industrielle et technologique de défense européenne.

4. A l'article L. 2322-1, la Commission suggère de remplacer la

notion peu claire d' « urgence de crise » par celle d' « urgence résultant d'une situation de crise ».

5. De manière plus générale, s'agissant des articles procédant à une énumération, la Commission préconise de supprimer les « ou » et de les remplacer par des virgules.

6. L'application aux marchés de défense et de sécurité des dispositions, par ailleurs codifiées, de la loi du 31 décembre 1975 soulève une difficulté au regard du droit de l'Union européenne. Celles-ci subordonnent le paiement direct du sous-traitant à la double condition que le sous-traitant ait été accepté par l'acheteur et que les conditions de paiement aient été agréées par celui-ci. La codification des dispositions relatives à l'agrément des conditions de paiement du sous-traitant pour-

rait soulever une difficulté au regard des exigences du droit de l'Union européenne en tant qu'elles concernent les marchés de défense et de sécurité. En effet, la directive du 13 juillet 2009 ne prévoit pas la possibilité de rejeter un sous-traitant au motif du non agrément des conditions de paiement par le maître de l'ouvrage. Or, la codification à droit constant ne doit s'effectuer que dans le respect de la hiérarchie des normes. Dans ces conditions, la Commission se rallie à la proposition de ne pas codifier la loi de 1975 et son décret d'application en ce qui concerne les marchés de défense et de sécurité, en dépit de l'inconvénient tenant à la création, de ce fait, de deux régimes en matière de sous-traitance.

Avis portant sur le code de la commande publique

(SÉANCE DU 26 MARS 2018)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance du 26 mars 2018 a principalement porté sur la question du champ d'application des principes généraux de la commande publique. La Commission supérieure de codification a émis les observations suivantes.

1. La codification des dispositions relatives aux contrats exclus du champ d'application des ordonnances sur les marchés publics et sur les contrats de concession a conduit la Commission à s'interroger sur l'applicabilité des principes généraux de la commande publique à ces contrats.

Les principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, consacrés par la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Leur champ d'application n'est en rien déterminé par celui des ordonnances prises pour la transposition des directives Marchés et Concessions. Le choix du législateur communautaire d'exclure du champ de ces dernières certains contrats, au prix d'un émiettement des régimes juridiques, est sans incidence sur l'applicabilité de principes de valeur

constitutionnelle. Les principes constitutionnels de la commande publique s'imposent en principe au législateur. Toutefois, il peut y être dérogé, soit qu'ils doivent être conciliés avec d'autres principes de valeur constitutionnelle soit que des motifs d'intérêt général justifient qu'il y soit fait exception, en tout ou partie. Jusqu'à présent, en l'absence de dérogation expresse prévue par le législateur sous le contrôle du Conseil constitutionnel, c'est à la jurisprudence administrative qu'il est revenu de déterminer, au cas par cas, la portée de ces principes à l'égard de contrats exclus du champ des règles découlant des exigences posées par les directives.

L'élaboration du code de la commande publique s'effectue à droit constant. Pour autant, la codification ne peut méconnaître la hiérarchie des normes. La difficulté vient ce que le droit écrit existant ne traite pas de la question de l'applicabilité des principes constitutionnels aux contrats exclus du champ des ordonnances. Le problème est le même s'agissant des principes généraux du droit de l'Union européenne. Deux partis de codification sont envisageables.

Le premier consiste à ce que le codificateur ne se saisisse pas de cette délicate question, renvoyant au législateur sinon au juge le soin

de la régler au cas par cas. Il se traduit par la codification des principes généraux dans les seuls livres « dispositions générales » relatifs aux marchés et concessions de droit commun. Le livre 5 de la partie II relatif aux marchés publics soumis à un régime juridique particulier ainsi que le livre 2 de la partie III relatif aux contrats de concession soumis à un régime juridique particulier débutant chacun par un article précisant que les marchés et contrats de concession qui y sont mentionnés sont soumis aux seules règles qui y sont définies, la question serait entièrement réservée.

Le second parti repose sur l'idée que l'élaboration d'un code est l'occasion d'améliorer, dans toute la mesure du possible, l'intelligibilité du droit. Il consiste à affirmer, dans le code, l'applicabilité de principe à l'ensemble des contrats qui relèvent de son champ des principes généraux (constitutionnels et communautaires) de la commande publique. Cela conduirait à les faire figurer dans les dispositions liminaires du code en les accompagnant, le cas échéant, d'une mention ainsi rédigée « dans les conditions et sous réserve des dérogations prévues par le présent code ». Cette réserve renvoie aux régimes juridiques particuliers. Une telle formule ajoute au droit écrit existant.

La Commission supérieure de codification s'est partagée sur cette question qui touche à d'importants enjeux tant juridiques

que politiques. Le choix à retenir repose aussi sur des considérations d'opportunité. Il appartiendra au Gouvernement, éclairé par l'avis du Conseil d'Etat, de l'effectuer.

2. A également été abordée la question des contrats mixtes. La Commission souligne l'utilité pour l'usager du code des dispositions d'orientation qui y figureront. La codification des dispositions relatives aux contrats mixtes soulève en effet une difficulté particulière tenant à la double nature de leur mixité. Il peut s'agir d'une mixité entre ce qui relève du code et ce qui n'en relève pas ou d'une mixité à l'intérieur du champ de la commande publique.

3. A aussi été examinée la question des contrats subventionnés par des pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas des contrats de la commande publique mais qui sont soumis aux règles de passation fixées par l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics en vertu de son article 21. La Commission supérieure de codification a approuvé le choix de codifier ces dispositions en recommandant de les insérer parmi les articles préliminaires, après l'article L. 2100-1. Alors même qu'il ne s'agit pas de contrats de la commande publique, ces contrats relèvent en effet, à raison de leur assimilation à de tels contrats en ce qui concerne les règles de passation, du champ du code.

4. L'examen des chapitres 4 des parties II portant sur la modifi-

cation des contrats a révélé une discordance entre les dispositions figurant dans la partie législative et celles figurant dans la partie réglementaire. La Commission préconise de modifier l'article L. 2194-1 afin

d'y faire remonter le noyau dur de la définition du caractère substantiel de la modification d'un contrat avant de renvoyer aux cas et conditions prévus par décret en Conseil d'Etat.

*Avis sur projet de recodification des dispositions
relatives aux aides personnelles au logement*

(SÉANCE DU 9 AVRIL 2018)

La Commission supérieure de codification avait été saisie, pour avis, du projet de recodification des dispositions relatives aux aides personnelles au logement. Après la séance du 20 novembre 2017, celle du 9 avril 2018 a porté sur l'état d'avancement de la modification du code de la construction et de l'habitation. La Commission y a émis les observations suivantes.

1. Alors même que les travaux portant sur la codification des dispositions relatives aux aides au logement dans le code de la construction et de l'habitation avancent sans prendre de retard, la prolongation de six mois de l'habilitation à codifier (jusqu'en juillet 2019) est la bienvenue.

2. Ainsi qu'il avait déjà été dit, le regroupement envisagé des aides au logement dans le code de la construction et de l'habitation soulève la question de la répartition des compétences juridictionnelles. Alors que le TASS est aujourd'hui (ce sera le TGI à compter du 1^{er} janvier 2019) compétent pour les litiges relatifs aux aides relevant du code de la sécurité sociale, le juge administratif est compétent pour ceux qui portent sur les APL. La Commission supérieure de codifi-

cation avait émis un avis favorable à la proposition de la mission de codification d'une unification des contentieux. Or, est apparu, sur ce point, un désaccord entre le ministère de la justice et celui des affaires sociales. Alors même qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'une question de codification, la Commission tient à réaffirmer que la logique de simplification des aides au logement implique de s'interroger sur la création d'un bloc de compétences juridictionnelles. Elle appelle l'attention du Gouvernement sur la nécessité qu'un arbitrage soit rendu sur cette question.

3. S'agissant de l'articulation entre le code de la sécurité sociale et le code de la construction et de l'habitation, la Commission souligne la cohérence qu'il y aurait à regrouper dans ce dernier les dispositions relatives au régime juridique des aides tout en laissant dans le code de la sécurité sociale celles qui portent sur leur gestion par les caisses d'allocations familiales. Une telle répartition suppose que le code de la construction et de l'habitation renvoie, dans cette mesure, aux articles du code de la sécurité sociale.

Avis sur le code de la commande publique

(SÉANCE DU 9 AVRIL 2018)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance du 9 avril 2018 a porté sur la question des annexes du code de la commande publique. La Commission supérieure de codification a émis les observations suivantes.

1. Lors de la séance du 24 janvier 2017, la Commission supérieure avait approuvé l'insertion, dans le code, des arrêtés et des avis pris pour l'application des textes relatifs aux marchés publics et aux contrats de concession. Eu égard à l'importance qu'ils revêtent en la matière, ils ont en effet toute leur place en annexe du code. Il a été recensé quinze arrêtés et cinq avis, de longueur variable. Les avis, qui sont pris par le ministre pour assurer la transposition de certains éléments techniques des directives communautaires, ont valeur d'arrêté.

2. Le principe retenu consiste non en une codification de ces arrêtés (qui aurait conduit à l'introduction, dans le corps du

code, d'articles en A) mais en leur insertion en qualité d'annexes. Cette opération ne consiste pas en une simple consolidation éditoriale. Il convient en effet de prendre un arrêté abrogeant les textes sources pour y substituer des arrêtés annexés au code. Leur intitulé serait supprimé et remplacé par un numéro correspondant à l'ordre d'apparition, dans le code, de leur première occurrence. Les arrêtés seront exclusivement désignés par leur numéro. Les articles, en L ou R, du code procéderont ainsi au renvoi à l'arrêté n° tant figurant en annexe. Les numéros sont attribués une fois pour toutes, ce qui conduira à devoir, en cas d'édiction de nouvel arrêté dont la première occurrence s'intercalerait entre des premiers renvois à des arrêtés existants, à recourir à des numéros bis, ter...

3. La Commission rappelle que cette opération doit aussi fournir l'occasion, le cas échéant, d'une mise à jour du contenu des arrêtés.

Avis sur le projet de code de la commande publique

(SÉANCE DU 14 MAI 2018)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance du 14 mai 2018 a porté sur les dispositions relatives à l'outre-mer du code de la commande publique. La Commission supérieure de codification a émis les observations suivantes.

1. La Commission approuve le choix retenu de consacrer aux dispositions relatives à l'outre-mer un livre final au sein de chaque partie plutôt que de les regrouper dans une partie finale, à l'instar de ce qui avait été fait pour le code général des collectivités territoriales. Ce parti, conforme à la doctrine de la Commission, présente un avantage pratique en facilitant, pour l'utilisateur du code, la lecture des renvois. Chacun de ces livres comporte un titre relatif aux cinq collectivités d'outre-mer de l'article 73 de la Constitution puis un titre propre à chacune des autres collectivités dans l'ordre retenu par l'article 72-3 de la Constitution. Au sein de chacun de ces titres, la structuration est variable en fonction du volume des dispositions à codifier.

2. La Commission est favorable à la création, au sein du livre IV (dispositions relatives à l'outre-mer) de la partie I, d'un titre liminaire comportant des articles explicitant les modalités d'application [du droit] aux collectivités

ultra-marines selon qu'elles sont régies par le principe de l'identité législative ou celui de la spécialité législative. Ces dispositions non normatives mais à visée explicative constituent en effet d'utiles clefs de lecture pour les usagers du code. Cette façon de procéder s'inscrit dans le droit fil des recommandations de la Commission quant à l'intérêt d'insérer dans un code des dispositions liminaires d'aiguillage comportant une annonce de plan, une définition du champ d'application du code et des grandes notions y figurant ainsi que, le cas échéant, le rappel de principes généraux. S'agissant de ce titre liminaire, la Commission recommande la création de trois articles consacrés respectivement aux collectivités de l'article 73, aux trois « saints » (Saint-Barthélemy, Saint-Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon) qui relèvent de l'article 74 mais sont régis, en matière de commande publique, par l'identité législative, en vertu de leur statut organique et aux autres collectivités d'outre-mer.

3. S'agissant du livre VI de la partie 2, la Commission suggère de regrouper les dispositions communes aux différentes collectivités d'outre-mer dans un titre final.

4. L'examen de l'article L. 1451-1 qui introduit un « compteur Lifou » a conduit la Commission

à suggérer une modification, sur ce point, du guide de légistique, en supprimant « seule » des termes « sous la seule réserve » et en reportant « sauf mention contraire dans le tableau ci-après » en fin d'article.

5. La codification de la loi du

31 décembre 1975 relative à la sous-traitance en ce qui concerne Wallis-et-Futuna, la Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie n'est possible qu'en tant qu'elle s'applique à l'Etat et ses établissements publics en leur qualité d'acheteurs publics.

Avis sur le projet de code de la commande publique

(SÉANCE DU 19 JUIN 2018)

La séance du 19 juin 2018 est la dernière consacrée à l'examen du projet de code de la commande publique. La Commission supérieure de codification a émis les observations suivantes.

1. Le bilan de la concertation avec le public menée par le ministère de l'économie et des finances est satisfaisant. La Commission, qui tient à souligner le caractère utile d'une telle concertation sur un projet de code, a émis un avis favorable aux amendements rédactionnels qui ont été proposés afin de prendre en compte certaines remarques ou suggestions des contributeurs. Cet exercice a également permis de corriger quelques coquilles et erreurs de plume.

2. Ont ensuite été examinés les vecteurs de codification. Ils comportent, ainsi qu'il est de bonne pratique codistique, des dispositions de coordination avec d'autres codes et textes en vigueur. La plupart des modifications envisagées sont d'ampleur limitée. La mise à jour des références figurant dans le code général des collectivités territoriales a soulevé des difficultés particulières. Le plan actuel du livre IV (« Services publics locaux ») de la première partie de ce code qui, d'une part, déroule une logique institutionnelle et, d'autre

tifs respectivement aux contrats de concession et aux délégations de service public n'est pas cohérent avec la structure du futur code de la commande publique. Dans l'idéal, l'élaboration de ce code devrait pouvoir être accompagnée de la refonte, dans cette mesure, de l'architecture du code général des collectivités territoriales. Après hésitation, la Commission est d'avis que l'article d'habilitation ne saurait être regardé comme permettant, en l'état, de procéder à pareille refonte. Elle appelle l'attention du Gouvernement sur la nécessité d'une telle modification du code général des collectivités territoriales et suggère d'envisager de l'effectuer en utilisant le vecteur de la loi de ratification.

3. La Commission souligne l'utilité de l'« annexe préliminaire » aux annexes qui recense, avant qu'ils soient reproduits, l'ensemble des arrêtés et avis numérotés en fonction de leur première occurrence dans le code. Ce tableau en deux colonnes, comportant, à gauche, les articles du code renvoyant aux annexes et, à droite, l'intitulé et le numéro des annexes auxquelles il est renvoyé est de nature à aider les usagers dans le maniement du code. A été évoquée la possibilité de le compléter d'un tableau récapitulatif pour chaque annexe l'ensemble des articles du code y renvoyant.

4. S'agissant des dispositions transitoires, l'ordonnance de codification doit comprendre, outre celles propres à l'exercice de codification, lui-même, celles qui figuraient dans les ordonnances de 2015 et de 2016 et qui conservent un objet.

*Avis sur le projet de recodification des dispositions
relatives aux aides personnelles au logement*

(SÉANCE DU 9 OCTOBRE 2018)

Saisie, pour avis, du projet de recodification des dispositions relatives aux aides personnelles au logement, la Commission supérieure de codification a examiné, lors de la séance du 9 octobre 2018, l'état d'avancement de la modification du code de la construction et de l'habitation. La Commission a émis les observations suivantes.

1. En premier lieu, la Commission se félicite du choix de procéder, ainsi qu'elle l'avait recommandé, à la création d'un bloc de compétences juridictionnelles pour connaître du contentieux de l'ensemble des aides au logement. Le législateur a en effet prévu, dans le cadre du projet de loi ELAN, de confier l'ensemble du contentieux à la juridiction administrative.

2. La présentation du projet de livre VIII du code a conduit la Commission à préconiser, au-delà de la codification à droit constant, une simplification des règles applicables qui résultent d'une construction par stratification des régimes des aides au logement. Une telle simplification prolongerait, dans un second temps, l'amélioration apportée par l'entreprise de codification.

3. Le rapatriement, au sein du code de la construction et de l'habitation, de l'ensemble des aides au logement doit conduire à une

uniformisation du niveau hiérarchique des dispositions codifiées. La Commission relève, à cet égard, que le code de la sécurité sociale a eu tendance à retenir une acceptation extensive du domaine de la loi. En principe, le régime des aides de l'Etat relève du domaine réglementaire. Peuvent néanmoins rester au niveau législatif les éléments constitutifs d'une aide, telles les dates d'ouverture et de fermeture des droits. Il en va de même du principe de l'actualisation annuelle d'une aide. Il est ainsi proposé de remonter au sein de l'article L. 823-1 relatif aux aides personnelles au logement le terme « actualisé » afin de maintenir le principe d'une révision annuelle qui figure à l'actuel article L. 823-4.

4. La Commission relève une nouvelle fois, pour le déplorer, que le code de la construction et de l'habitation est rédigé selon l'ancien modèle qui consistait à noter en R et non en D les dispositions issues de décrets simples. Elle approuve la proposition de modifier la numérotation de la partie réglementaire du livre VIII. Mais en l'absence de l'extension à l'ensemble du code d'une telle modification, cette évolution aura pour inconvénient de faire coexister, au sein du même code, une signification différente au marqueur R.

La Commission recommande donc au Gouvernement d'entreprendre, à l'occasion de la réforme du seul livre VIII, une modification de l'ensemble de la partie réglementaire du code afin d'harmoniser le marquage des articles en R et D.

5. Enfin, la Commission approuve le choix d'étendre, au nom de la cohérence globale de la matière, certains dispositifs qui n'existent, en l'état actuel du droit, que pour certaines aides seulement. Une telle codification qui irait au-

delà du droit constant ne se heurte à aucun obstacle dès lors qu'elle ne touche qu'à la partie réglementaire du code. S'il devait en aller de même pour certaines dispositions législatives, la Commission considère que l'habilitation donnée au codificateur d'« harmoniser l'état du droit » autoriserait à le faire dès lors que les modifications retenues se borneraient à attacher les mêmes conséquences, s'agissant de toutes les aides, à l'intention initiale du législateur.

***Avis sur le projet de recodification des dispositions
relatives aux aides personnelles au logement***

(SÉANCE DU 18 DÉCEMBRE 2018)

Saisie, pour avis, du projet de recodification des dispositions relatives aux aides personnelles au logement, la Commission supérieure de codification a examiné, lors de la séance du 18 décembre 2018, l'état d'avancement de la modification du code de la construction et de l'habitation. La Commission a émis les observations suivantes.

1. En premier lieu, la Commission se félicite de la modification de l'article d'habilitation (article 117 de la loi du 27 janvier 2017) par l'article 105 de la loi du 23 novembre 2018. L'habilitation est élargie afin de permettre l'unification des compétences juridictionnelles. Le délai est en outre prolongé, ce qui était indispensable à l'achèvement du projet.

2. La Commission est ensuite revenue sur l'inconvénient majeur qu'il y aurait à se borner à numéroter la partie réglementaire du livre VIII en notant D les décrets simples et R les décrets en Conseil d'Etat sans harmoniser ce marquage des articles en R et D dans l'ensemble des livres de la partie réglementaire. La solution pour éviter une telle incohérence interne consisterait à élaborer un décret autonome du décret codifiant les dispositions réglementaires du livre VIII mais comportant la même

date d'entrée en vigueur. Ce décret aurait pour seul objet de rétablir, au sein du code, une numérotation conforme aux pratiques actuelles. Avisée du manque de moyens du ministère porteur pour ce faire, la Commission a suggéré de mobiliser des moyens, sous l'égide du secrétariat général du Gouvernement, afin de préparer ce projet de décret. Des stagiaires pourraient y travailler sous la responsabilité de Marie Picard, rapporteur particulier, et d'Elisabeth Catta, chargée de mission auprès de la Commission supérieure de codification.

3. L'examen du régime contentieux des aides aux logements a conduit au constat qu'en l'état actuel des pratiques, le juge administratif condamne, le cas échéant, l'Etat à verser les frais exposés et non compris dans les dépens tandis que le juge judiciaire les met à la charge des CAF. L'unification des compétences juridictionnelles renforce le besoin de mettre un terme à une telle divergence. La Commission recommande que la partie réglementaire indique quelles sont les personnes à mettre en cause en cas de contentieux. Il appartiendra ensuite aux juridictions d'en tirer les conséquences, sachant que la qualité de partie à l'instance constitue une condition tant pour recevoir que pour verser ces frais.

ANNEXE N° 6

*Avis des formations administratives du Conseil d'Etat
en matière de codification*

Section de
l'administration

EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS

N^{os} 395340
et 395425

Note

Saisi d'un projet d'ordonnance relatif aux dispositions législatives du code de la commande publique, pris sur le fondement de l'article 38 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, et d'un projet de décret relatif aux dispositions réglementaires de ce code, le Conseil d'Etat leur donne un avis favorable au bénéfice des modifications et observations suivantes.

1. Le plan retenu est organisé autour de la division cardinale entre marchés (deuxième partie) et concessions (troisième partie), une première partie étant consacrée à des définitions et un titre préliminaire à des principes communs.

Le Conseil d'Etat approuve ce plan en trois parties qui privilégie l'accessibilité à la norme des utilisateurs – acheteurs, autorités concédantes, opérateurs, qui ne sont pas tous des professionnels du droit – selon une organisation thématique puis, pour chaque catégorie de contrats, chronologique. Il juge opportun de placer les dispositions relatives aux principes dans un titre préliminaire présentant en outre les autres éléments essentiels du régime juridique commun à la plupart des contrats de la commande publique.

Après le rappel du choix dont disposent tous les acheteurs et autorités concédantes de faire appel à leurs propres moyens plutôt qu'à un contrat de la commande publique pour répondre à leurs besoins (article L. 1) et de la définition de ces contrats (article L. 2), le projet énonce les principes fondamentaux de la commande publique (CC, n° 2003-473 DC du 26 juin 2003) – égalité de traitement, liberté d'accès et transparence des procédures (article L. 3). Par la définition de règles précises de passation pour les contrats de droit commun, le code met en œuvre ces principes, qui trouvent également à s'appliquer comme cadre de référence pour l'élaboration ou le contrôle de procédures de passation définies par les acheteurs ou les autorités concédantes eux-mêmes. A cet égard, le Conseil

d'Etat souligne la nécessité d'appeler l'attention de ceux-ci sur le fait que, conformément à la jurisprudence, ces principes peuvent trouver à s'appliquer, selon des modalités qu'il leur appartient de définir, à la passation de certains contrats alors même que le code ne fixe, en ce qui les concerne, aucune règle précise.

Le Conseil d'Etat complète le projet initial par deux principes qui régissent également la passation de l'ensemble des contrats de la commande publique : l'impossibilité d'attribuer de tels contrats à des opérateurs ayant fait l'objet de certaines sanctions ou à raison de leur comportement (article L. 4), qui constitue une limite au principe de liberté d'accès ; l'impossibilité de conclure un contrat sans limitation de durée (article L. 5), corollaire de l'exigence de remise en concurrence périodique.

Le projet initial du Gouvernement comportait dans chacune des deux parties thématiques le rappel du pouvoir de résiliation ou de modification unilatérales d'un contrat administratif dont dispose la personne publique cocontractante, articulé avec les dispositions de transposition des directives du 26 février 2014 qui encadrent le pouvoir de modification des contrats de la commande publique sans publicité ni mise en concurrence préalables. Alors que l'habilitation donnée au Gouvernement comprend la possibilité de codifier des règles jurisprudentielles et que le projet procède à juste titre, par exemple, à la codification de la jurisprudence sur le sort des biens d'une concession de service public ou de travaux en fin de contrat (CE, Ass., 21 décembre 2012 n° 342788, Commune de Douai) ou la définition d'une offre anormalement basse (CE 29 mai 2013 n° 366606, Ministre de l'intérieur C/ Société Artéis), il serait paradoxal de passer sous silence les principales « règles générales » jurisprudentielles applicables à la totalité des contrats administratifs. Ce rappel dans les dispositions liminaires s'impose avec d'autant plus d'évidence que la présence des seuls principes généraux de la commande publique pourrait faire croire à tort, aux acheteurs ou autorités concédantes comme aux opérateurs, que les contrats administratifs de la commande publique, qui constituent, notamment par détermination de la loi, la très grande majorité des contrats de la commande publique, ne sont soumis, le cas échéant, au moment de leur passation comme de leur exécution, qu'à ces seuls principes généraux et aux dispositions du code.

En conséquence, au pouvoir de modification et de résiliation unilatérales sont ajoutés, dans un article L. 6, le pouvoir de contrôle, qui existe sans texte pour les concessions (CE, Ass. 21 décembre 2012 Commune de Douai) et qu'organisent les textes particuliers ou les stipulations du contrat pour les autres contrats, le rappel du principe de continuité du service public, qui s'impose au stade de la passation comme de l'exécu-

tion pour les contrats, ayant l'exécution d'un service public pour objet ainsi que la théorie de l'imprévision, dont le champ d'application couvre l'ensemble des contrats administratifs.

2. Le champ des règles codifiées, constituées principalement des ordonnances précitées, de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, du titre IV de la loi n° 2013-100 du 28 janvier 2013 modifiée portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière et de leurs textes d'application n'appelle pas d'observations.

3. Le Conseil d'Etat constate que le Gouvernement a procédé à une large consultation des organes compétents des collectivités mentionnées à l'article 72-3 de la Constitution. Il estime cependant que ces consultations ne sont, pour la plupart, pas juridiquement nécessaires.

Il rappelle à cet égard que, de manière générale, aucune consultation n'est requise pour les textes qui codifient à droit constant des dispositions antérieurement étendues, le cas échéant avec des adaptations, non plus que pour celles qui procèdent aux extensions permises par la loi d'habilitation sous la forme d'une simple mention d'applicabilité, sans introduire aucune disposition particulière à ces collectivités. Ne requièrent pas davantage une telle consultation les dispositions qui, s'agissant des collectivités régies par le principe de spécialité législative, remplacent les références aux textes législatifs et réglementaires nationaux par des références aux dispositions applicables localement ayant le même objet lorsque ces dernières relèvent de la compétence de ces collectivités : de telles dispositions ne présentent en effet pas le caractère d'une adaptation des règles nationales aux collectivités en cause mais se rattachent à la notion de « grille de lecture ». S'agissant enfin des îles Wallis et Futuna, il convient de rappeler que, jusqu'à l'intervention des dispositions organiques prévues par l'article 74 de la Constitution dans sa rédaction résultant de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, la consultation de la collectivité intervient dans les conditions prévues par l'ancienne rédaction de l'article 74, qui n'impliquait aucune obligation de consulter pour les projets d'ordonnance ou de décret.

4. Habilité par le législateur à apporter aux règles relatives à la commande publique les modifications nécessaires notamment pour assurer le respect de la hiérarchie des normes, le Gouvernement a procédé, comme il le devait, à la codification de règles ou de dispositions de certains décrets dans la partie législative du code afin de respecter l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel des dispositions de l'article 34 de la

Constitution, rangeant dans le domaine de la loi les « règles et modalités encadrant l'usage [des procédures de passation des contrats publics] et la définition des critères en fonction desquels des seuils peuvent être retenus » (CC n° 2015-257 L du 13 août 2015).

5. A juste titre, le projet de code a adopté le principe d'un renvoi, pour les mesures d'application nécessaires, à la « voie réglementaire » en ménageant des exceptions correspondant aux différents cas dans lesquels l'intervention d'un décret en Conseil d'Etat apparaît nécessaire, conformément à la grille d'analyse retenue par l'assemblée générale (voir note n° 383885 du 29 avril 2010 sur un projet d'ordonnance portant adaptation des renvois à des dispositions réglementaires d'application dans la partie législative du code rural).

6. Le Gouvernement étant autorisé à apporter aux règles relatives à la commande publique les modifications nécessaires pour harmoniser l'état du droit, le Conseil d'Etat modifie le projet initial du Gouvernement à deux reprises, dans la limite ainsi permise par l'habilitation.

Ainsi, aux articles L. 2197-3 (pour les comités consultatifs de règlement amiable des différends) et L. 2197-4 (pour le médiateur des entreprises), l'harmonisation avec les règles générales en matière de médiation issues de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle et codifiées, pour le contentieux administratif, à l'article L. 213-6 du code de justice administrative, conduit à ce que la saisine de l'un de ces deux modes alternatifs de règlement des différends suspende le cours des différentes prescriptions, et non l'interrompe, quelle que soit la nature du contrat, de droit administratif ou de droit privé.

L'autre harmonisation concerne les marchés de défense ou de sécurité et les concessions de défense ou de sécurité. La loi n° 2018-607 du 13 juillet 2018 relative à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense a en effet autorisé les établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat à conclure, à l'instar de l'Etat et de ses établissements publics administratifs, des marchés de défense ou de sécurité, ce que reflète la définition de ces marchés codifiée à l'article L. 1113-1, mais a omis d'élargir de manière semblable le champ organique des concessions de défense ou de sécurité. Le Conseil d'Etat estime que l'harmonisation des définitions respectives de ces deux types de contrats de la commande publique, qui concernent les mêmes domaines, justifie de s'écarter sur ce point d'une codification à droit constant. Il modifie, par suite, l'article L. 1122-1 du projet initial du Gouvernement.

7. Le Conseil d'Etat modifie l'article R. 2152-7, relatif aux critères de choix des offres, pour ne retenir comme illustration des critères de qualité ou de conditions de production que ceux qui, pouvant avoir un lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution, sont seuls susceptibles d'être légalement retenus par les acheteurs.

(...)

10. En matière de règlement alternatif des différends, le projet initial du Gouvernement comportait, outre la disposition propre aux marchés de partenariat issue de l'article 90 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, un article encadrant de manière générale le recours à l'arbitrage, par dérogation à la prohibition générale figurant au premier alinéa de l'article 2060 du code civil, sous la forme d'un simple renvoi aux dispositions de l'article L. 311-6 du code de justice administrative relatif à l'arbitrage. Or, ce dernier mentionne encore la disposition correspondante du code des marchés publics désormais abrogé, laquelle renvoyait elle-même, sans s'y substituer, à l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906 qui avait ouvert à l'État, aux communes et aux départements, à certaines conditions, la possibilité de recourir à l'arbitrage en matière de marchés de travaux et de fournitures. Le Conseil d'Etat juge donc nécessaire de clarifier les règles applicables en modifiant les dispositions du projet de code relatives à cette question, à l'article L. 2197-6 pour les marchés publics, auquel l'article L. 2397-3 renvoie pour les marchés de défense et de sécurité, et à l'article L. 2236-1 pour les marchés de partenariat ainsi que, par coordination, à l'article 7 de l'ordonnance, celles figurant au 1° de l'article L. 311-6 du code de justice administrative. A cet effet, le Conseil d'Etat considère que, dès lors que l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 est demeuré en vigueur, sa substance doit figurer dans le code et qu'il doit corrélativement être abrogé par l'ordonnance de codification. Il estime que la codification à droit constant de cette disposition particulière doit tenir compte tant de l'évolution de son champ d'application organique, à laquelle avaient légalement procédé le décret du 25 juillet 1960, en ce qui concerne les établissements publics locaux, et le décret du 5 septembre 1973 modifié par celui du 10 juin 1983, en ce qui concerne les régions, que des conditions de sa mise en œuvre, depuis la suppression de la tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales résultant de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

En revanche, il n'a semblé possible d'en étendre la portée, ni aux marchés de services au-delà des marchés de travaux et de fournitures, ni d'un point de vue général aux établissements publics de l'État. S'agissant

en effet de dérogations au principe général du droit, rappelé au premier alinéa de l'article 2060 du code civil, selon lequel les personnes morales de droit public ne peuvent se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquelles elles sont parties, et même si de telles extensions auraient permis de rendre plus cohérent le champ d'application du dispositif, elles auraient excédé la faculté d'harmonisation du droit existant ouverte par la loi d'habilitation. Au demeurant, il existe des dérogations limitées à cette prohibition ouvertes, soit au profit des établissements publics industriels et commerciaux de l'Etat en vertu du second alinéa de l'article 2060, soit au profit de certains établissements publics par des textes particuliers.

Enfin, les dispositions de l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 et celles de l'article 90 de l'ordonnance de 2015 subordonnant, pour les services de l'État, le recours à l'arbitrage à l'intervention d'un décret ont été codifiées dans la partie réglementaire.

Section de l'intérieur**N° 396228****EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS****Note**

Saisi d'un projet d'ordonnance pris en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel, le Conseil d'Etat (section de l'intérieur) lui a donné un avis favorable sous réserve des commentaires qui suivent.

Tout en améliorant la lisibilité de la loi du 6 janvier 1978, l'intervention de l'ordonnance ne remédie pas aux difficultés que les citoyens comme les acteurs économiques éprouveront pour comprendre la nature des normes applicables aux données à caractère personnel.

En effet, d'une part, les concepts et règles essentiels figurent dans le règlement général pour la protection des données, dont l'effet direct exclut la reproduction au sein de la législation nationale. Il en résulte que ce n'est que de la combinaison de la lecture de ce règlement et des textes nationaux que peut résulter la compréhension du paysage normatif complet. A cet égard, le Conseil d'Etat rappelle que dans son avis sur le projet devenu la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 mettant en œuvre le règlement général pour la protection des données, il avait proposé que le dispositif législatif rende obligatoire, au moins temporairement, la publication des dispositions législatives assortie d'un lien informatique vers le règlement général pour la protection des données. Il réitère cette recommandation en souhaitant qu'elle sera suivie d'effet.

D'autre part, les normes relatives aux données à caractère personnel, mais aussi, notamment, à Internet, aux algorithmes, ainsi que de nombreux traitements, dont les plus sensibles pour les libertés, figurent aujourd'hui dans de nombreux codes, textes législatifs et réglementaires non codifiés. Seule une entreprise de codification de l'ensemble des principes et normes résultant de cet ensemble de sources permettrait de remédier au caractère dispersé et peu lisible de l'édifice normatif actuellement en vigueur.

Section de l'intérieur**N° 394679****EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS****Note**

Le Conseil d'Etat (section de l'intérieur), saisi d'un projet de décret relatif au diplôme national des métiers d'art et du design, lui a donné un avis favorable, sous réserve des observations qui suivent.

Le projet soumis à la section crée vingt et un articles dans le code de l'éducation, dont un seul relève d'un décret en Conseil d'Etat, tous les autres relevant du décret simple.

Le Conseil d'Etat rappelle que ce n'est que par exception qu'il est possible, pour modifier la partie réglementaire d'un code, de procéder par un seul décret comprenant à la fois des dispositions relevant du décret en Conseil d'Etat et d'autres relevant du décret simple.

Le gouvernement est invité à ne déroger à la règle que dans le cas de dispositions soulevant des difficultés nécessitant un avis du Conseil d'Etat. Les autres cas, notamment ceux où il existe un lien nécessaire entre les dispositions relevant du décret en Conseil d'Etat et les autres, justifient seulement que le projet de décret simple soit transmis au Conseil d'Etat pour information et que les deux textes liés soient publiés simultanément.

**Section de
l'administration****N° 395973****EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS****Note**

Saisi d'un projet de décret relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires, pris pour l'application des dispositions des articles L. 312-2 et L. 312-3 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), issues de l'article 20 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance, le Conseil d'Etat (section de l'administration) lui donne un avis favorable sous réserve de modifications qui s'expliquent d'elles-mêmes et des observations suivantes.

(...)

2. Afin de préserver autant que faire se peut la particularité du CRPA, dont la numérotation continue ne distingue pas les parties législative et réglementaire, le Conseil d'Etat admet le principe d'une renumérotation dans le CRPA rendue nécessaire par la création, par la loi du 10 août 2018, d'un article L. 312-3 alors qu'existe un article R. 312-3. Il limite toutefois cette renumérotation au seul article R. 312-3, qui devient R. 312-3-1. Il estime en effet qu'elle ne doit pas être étendue à l'ensemble de la section II du chapitre II du titre I^{er} du livre III comme le prévoyait le projet du Gouvernement afin de ne pas accentuer les effets négatifs qu'emporte inévitablement toute renumérotation laquelle, ainsi que le souligne le guide de légistique, doit être bannie autant que possible.

3. Le Conseil d'Etat exclut des compteurs dits « Lifou » figurant aux articles R. 552-10 pour la Polynésie française et R. 562-10 pour la Nouvelle-Calédonie les articles R. 312-3 (désormais R. 312-3-1) à R. 312-5, dès lors que ces derniers sont applicables de plein droit.

En effet, les dispositions législatives et réglementaires du CRPA s'appliquent de plein droit à l'État, aux communes et à leurs établissements publics en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie en vertu des articles L. 552-1 et L. 562-1 de ce code. Or, l'article R. 312-3 (désormais R. 312-3-1) concerne l'administration centrale de l'État. L'article R. 312-4 concerne l'autorité administrative de l'Etat dans le département, à laquelle doit être assimilée l'autorité administrative de l'Etat dans la collectivité. Enfin, l'article R. 312-5 concerne les communes, les départements et les

régions – mais ni la Polynésie française, ni la Nouvelle-Calédonie ne comprennent de département et de région et les dispositions du code sont applicables de plein droit aux communes de ces collectivités. L’extension n’est donc justifiée que pour les seuls articles R. 312-6 en ce qu’il concerne les organismes et personnes de droit public et de droit privé chargés d’une mission de service public – et non en tant qu’il concerne les établissements publics auxquels le code est applicable de plein droit – et R. 312-7 qui rappelle le principe d’inapplicabilité des circulaires non publiées et pose le délai d’abrogation automatique.

Section sociale

**EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS**

**Section de
l'administration**

N° 394142

**AVIS SUR UN PROJET DE LOI
relatif à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025
et portant diverses dispositions intéressant la défense**

1. Le Conseil d'Etat a été saisi le 8 janvier 2018 d'un projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense.

(...)

57. S'agissant de l'habilitation à modifier et réorganiser les différents livres du code de la défense relatifs à l'outre-mer, le Conseil d'Etat souligne qu'en égard à leur objet et aux modalités de l'exercice par l'Etat de ses compétences en matière de défense, la question de l'applicabilité outre-mer de nombreux articles de ce code, en particulier dans ses parties relatives aux principes généraux de la défense, à son organisation au plan national et au statut des militaires, ne se pose en principe pas, s'agissant de dispositions qui, par nature, sont applicables de plein droit. Si la décision a été prise, lors de l'élaboration de ce code, d'introduire dans chacun de ses livres consacrés à l'outre-mer des dispositions précises d'applicabilité, elle s'est traduite par un mode de rédaction uniforme, sans distinguer entre les dispositions applicables de plein droit et celles qui font l'objet d'une extension ou d'une adaptation, ce qui soulève des difficultés lors de l'actualisation des références qui y figurent. Le Conseil d'Etat modifie donc la rédaction de l'habilitation pour permettre de reconsidérer les choix rédactionnels initialement faits, afin de pouvoir distinguer désormais ces deux catégories de dispositions, la mise à jour régulière des tableaux d'applicabilité ne se justifiant que pour celles pour lesquelles il y a effectivement matière à extension ou adaptation.

Section de l'intérieur**N° 393946****EXTRAIT DU REGISTRE
DES DELIBERATIONS****Note**

Saisi d'un projet de décret pris pour l'application de l'article 15-4 du code de procédure pénale et de l'article 55 *bis* du code des douanes, le Conseil d'Etat (section de l'intérieur) lui donne un avis favorable sous réserve des disjonctions et observations qui suivent.

(...)

A l'occasion de l'examen de cet article, pris en application de l'article 55 *bis* du code des douanes, qui adapte aux particularités des services des douanes les règles du code de procédure pénale prévues par le projet, le Conseil d'Etat rappelle, comme il l'a déjà fait à plusieurs reprises, l'importance qui s'attache à ouvrir le chantier de la codification de la partie réglementaire du code des douanes.

N° 4515
ISSN 0767-4538
Prix TTC : 10 €
ISBN 978-2-11-077495-8



PEFC® 10-31-2190 / Certifié PEFC



**Direction de l'information
légale et administrative**
Les éditions des *Journaux officiels*
www.ladocumentationfrancaise.fr

Numéro de série : 345150000-000619