

2017

Commission supérieure de codification

Vingt-huitième rapport annuel

CSC

COMMISSION SUPÉRIEURE DE CODIFICATION



RAPPORT ANNUEL

2017

Vingt-huitième rapport annuel

ISBN 978-2-11-077442-2
ISSN 0767-4538

SOMMAIRE

Pages

| | |
|---|----|
| 1. L'activité de la Commission supérieure de codification en 2017 ... | 3 |
| 1.1. L'état des publications | 3 |
| 1.2. Les perspectives | 3 |
| 2. Quelques points de « doctrine »..... | 4 |
| 2.1. La « doctrine » de la Commission supérieure de codification .. | 5 |
| 2.1.1. La notion de « code » | 5 |
| 2.1.2. Un recours croissant à des dispositions plus pédagogiques que normatives | 6 |
| 2.1.3. L'élaboration du code de la commande publique..... | 6 |
| 2.1.4. La refonte de la codification des dispositions relatives aux aides au logement..... | 8 |
| 2.1.5. La perspective d'un code monétaire et financier outre-mer..... | 8 |
| 2.2. La « doctrine » des formations administratives du Conseil d'Etat en matière de codification..... | 9 |
| 2.2.1. La modification, par le législateur, de dispositions de forme législatives déclassées comme réglementaires par une ordonnance de codification..... | 9 |
| 2.2.2. La technique de renvoi d'un code vers un autre | 10 |
| 2.2.3. La refonte de la partie outre-mer du code de la défense... | 10 |
| Annexe n° 1 Décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 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 | 17 |
| Annexe n° 3 Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires | 19 |
| Annexe n° 4 Circulaire du 27 mars 2013 relative à la codification des textes législatifs et réglementaires | 21 |
| Annexe n° 5 Avis émis par la Commission supérieure de codification au cours de l'année 2017 | 24 |

| | |
|--|----|
| Annexe n° 6 Avis du Conseil d'Etat relatif au projet de décret fixant les règles applicables aux fonds de retraite professionnelle supplémentaire..... | 46 |
| Annexe n° 7 Avis du Conseil d'Etat relatif au projet de loi de programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense (extraits)..... | 48 |

1. L'activité de la Commission supérieure de codification en 2017

Au cours de l'année 2017, la Commission supérieure de codification a tenu neuf réunions plénières et rendu onze avis : neuf sur le code de la commande publique ; un consacré au projet de code monétaire et financier outre-mer ; un portant sur le projet de recodification des dispositions relatives aux aides personnelles au logement.

1.1. L'état des publications

En 2017, la Commission a eu la satisfaction de voir publier le décret n° 2017-107 du 30 janvier 2017 relatif à la codification du titre VI du livre II de la première partie ainsi que des chapitres IV et V du titre I^{er} du livre I^{er} de la troisième partie du code des transports.

La Commission prend par ailleurs note de la publication des décrets n° 2017-1246 du 7 août 2017, n° 2017-1492 du 25 octobre 2017, n° 2017-1771 et n° 2017-1772 du 27 décembre 2017 modifiant les livres I^{er} à VIII de la partie réglementaire du code rural et de la pêche maritime ainsi que du décret n° 2017-671 du 28 avril 2017 modifiant la partie réglementaire du code des juridictions financières.

1.2. Les perspectives

L'année 2018 sera mise à profit pour poursuivre les travaux consacrés au projet de code de la commande publique engagés sur le fondement de l'article 38 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

Dans le prolongement des travaux menés en 2017, la Commission 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. Il est envisagé de porter le délai d'habilitation, prévu à l'article 117 susmentionné, de 24 à 30 mois.

Le projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif, en cours de discussion au Parlement, comporte un article 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. La Commission, qui appelait de ses vœux depuis plusieurs années pareille entreprise, se félicite de cette perspective.

Par ailleurs, le projet de loi « logement », en cours de discussion au Parlement, envisage de procéder à une refonte très limitée du code général des collectivités territoriales en ce qui concerne les schémas d'aménagement régional des régions outre-mer. Enfin, le même projet de loi prévoit d'autoriser le Gouvernement à « procéder par ordonnance à l'adoption 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 ». Ce projet s'inscrit dans la tendance actuelle qui consiste à élaborer de nouveaux codes, de dimension modeste, centrés sur un corpus juridique homogène composés des seuls textes véritablement pertinents au regard de la matière codifiée.

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, du code des douanes ainsi que du code de la construction et de l'habitation.

La Commission réaffirme sa disponibilité pour accompagner la refonte des parties outre-mer d'un certain nombre de codes existants.

Elle déplore l'inachèvement de la partie réglementaire du code des transports. A ce jour, deux parties restent à entreprendre : la deuxième partie sur le transport ferroviaire et la sixième partie sur l'aviation civile.

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 2017. Certaines consacrent des proposi-

tions 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. La notion de « code »

Deux projets en cours ont conduit la Commission à revenir sur la notion de « code » pour en redéfinir l'exact périmètre et parer au risque d'une certaine forme de « galvaudage ».

D'une part, l'article 97-1 de la loi n° 2016-816 du 20 juin 2016 pour l'économie bleue dispose que « Le Gouvernement remet au Parlement, dans un délai de 18 mois à compter de la promulgation de la présente loi, un rapport sur la création d'un code de la mer rassemblant l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires en vigueur relatives aux questions maritimes. Ce rapport fait également le point sur l'adaptation de ces dispositions aux départements et régions d'outre-mer et sur leur extension aux collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution et à la Nouvelle-Calédonie et indique les évolutions souhaitables dans ce domaine ».

D'autre part, l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail prévoit que « Le dispositif intitulé “code du travail numérique” est mis en place au plus tard le 1^{er} janvier 2020. Celui-ci permet, en réponse à une demande d'un employeur ou d'un salarié sur sa situation juridique, l'accès aux dispositions législatives et réglementaires ainsi qu'aux stipulations conventionnelles qui lui sont applicables. L'accès à ce dispositif se fait, de manière gratuite, au moyen du service public de la diffusion du droit par l'internet. L'employeur ou le salarié qui se prévaut des informations obtenues au moyen du “code du travail numérique” est, en cas de litige, présumé de bonne foi ».

Ces deux projets interrogent, de manière différente, le recours au terme de « code ».

Le projet de code de la mer n'entend pas innover en termes de technique de codification. Il rompt toutefois avec la logique sectorielle qui a toujours prévalu en ce qui concerne le périmètre d'un code. La codification à la française s'attache en effet à rassembler, pour les organiser en un ensemble cohérent, les règles relatives à un champ juridique déterminé. Or, le code de la mer retient un critère transversal reposant sur un objet (les questions

maritimes) et non sur un domaine juridique. Son élaboration conduirait dès lors à regrouper des dispositions issues de cadres juridiques différents (code de l'urbanisme, code des transports par exemple). La Commission considère qu'il n'est pas envisageable d'en extraire les dispositions relatives aux dispositions maritimes sauf à briser la cohérence des codes existants dont la raison d'être première tient à l'exhaustivité du recueil auquel ils procèdent. S'il peut apparaître utile de procéder à un recueil éditorial de dispositions « relatives à la mer », à l'instar du « code de l'animal » qui a été élaboré par un éditeur, l'abrogation des dispositions sources, principe directeur de la codification législative, est, de l'avis de la Commission, exclue. Cette dernière ne partage donc pas les conclusions du projet de rapport qui lui a été communiqué par le secrétariat général de la mer.

Le projet de « code du travail numérique » échappe pour sa part à la logique de la codification. Il s'agit en réalité d'un portail interactif fournissant un service aux usagers. Son appellation est impropre. La Commission s'autorise à rappeler qu'il serait souhaitable de réserver en principe l'appellation de « code » aux entreprises juridiques qui en remplissent les critères de définition.

Le « galvaudage » du « label code » est sans doute l'indice du succès de la relance de l'entreprise de codification engagée en 1989. Il n'en est pas moins préoccupant.

2.1.2. Un recours croissant à des dispositions plus pédagogiques que normatives

La confection d'un code repose sur le choix du Gouvernement de procéder à la mise en ordre formelle d'un régime juridique. Les récentes évolutions codistiques s'inscrivent toutes dans le même effort d'améliorer l'intelligibilité du droit. En témoigne le développement des titres liminaires ou des subdivisions chapeaux qui apportent aux usagers du code d'utiles précisions quant à son champ d'application ou aux définitions qu'il comporte. Le respect du principe de la codification à droit constant ne fait en rien obstacle à l'insertion d'articles, parfois de portée plus pédagogique que normative, destinés à aiguiller et guider les usagers, pour un meilleur accès au droit.

2.1.3. L'élaboration du code de la commande publique

L'année 2017 a été largement consacrée à l'élaboration du code de la commande publique. La Commission tient à souligner l'ampleur de ce projet qui débouchera sur un code dont l'économie se rapproche de celle

du code général des collectivités territoriales ou du code général de la propriété des personnes publiques.

La Commission se félicite du caractère fructueux de la méthode retenue pour la conduite des travaux de préparation de ce code. L'implication de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, qui travaille en parfaite intelligence avec les deux rapporteurs particuliers désignés par la Commission, mérite d'être relevée. La Commission se réjouit également de l'association à cette entreprise d'envergure, dans la mesure du nécessaire, des ministères de l'intérieur, des armées, de la culture ainsi que des outre-mer.

La méthode s'est inspirée, avec succès, sur deux points particuliers, de celle qui avait été mise en place pour l'élaboration du code des relations entre le public et l'administration.

D'une part, un « cercle des experts » a été installé par le directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances. Lieu de concertation et d'échanges, ce « cercle », qui compte une cinquantaine de membres, a donné lieu à de nombreuses contributions émanant tant d'universitaires que de professionnels de l'achat public. Toutes ont éclairé les travaux de l'équipe de codification ; certaines d'entre elles ont conduit à des évolutions du projet. Une telle démarche est indiscutablement fructueuse.

D'autre part, le choix a été fait d'associer régulièrement la Commission au déroulement des travaux, certains points délicats étant abordés à plusieurs reprises, tant pour arbitrer des questions de principe que pour examiner les modalités de mise en œuvre des solutions retenues. Il s'en est suivi un rythme élevé de séances plénières, donnant lieu à neuf avis durant l'année 2017. La Commission se félicite de cette méthode itérative qui lui permet de suivre en temps réel l'avancement du code. Elle tient à souligner la qualité des débats relatifs au périmètre, au plan et à l'économie rédactionnelle du code. Sur ce dernier point, l'entreprise de codification devrait permettre d'améliorer la rédaction des dispositions issues des ordonnances « marchés » et « concessions », sans pour autant parvenir à remédier aux limites inhérentes à l'état du droit existant. Ce dernier résulte d'une forme de « colonisation » de la matière par le droit de l'Union européenne qui se traduit notamment par une multiplicité de régimes particuliers. La codification à droit constant ne peut que souffrir d'un tel émiettement du cadre juridique de la commande publique.

2.1.4. La refonte de la codification des dispositions relatives aux aides au logement

La Commission supérieure de codification a été saisie, pour avis, du projet de refonte de la codification des dispositions relatives aux aides au logement entrepris sur le fondement de l'article 117 de la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté qui a autorisé le Gouvernement à regrouper, par ordonnance, l'ensemble des dispositions relatives aux aides personnelles au logement dans le code de la construction et de l'habitation. Les aides concernées sont l'allocation de logement familiale et l'allocation de logement sociale actuellement codifiées dans le code de la sécurité sociale, et, l'aide personnalisée au logement actuellement codifiée dans le code de la construction et de l'habitation.

La Commission se félicite du progrès que constitue cette refonte en termes d'accessibilité et d'intelligibilité du droit. Elle se réjouit en outre d'être associée, dans le cadre d'une consultation facultative, à la résolution de questions de codistique qui s'avèrent délicates. Elle tient à souligner que l'absence de refonte globale du code de la construction et de l'habitation, qui est par ailleurs souhaitable, est de nature à compliquer l'exercice.

2.1.5. La perspective d'un code monétaire et financier outre-mer

A la demande du secrétariat général du Gouvernement, la Commission supérieure de codification s'est prononcée sur le projet prévu par l'article 169 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, de création d'un code monétaire et financier applicable à l'outre-mer qui se substituerait aux dispositions du code monétaire et financier relatives à l'outre-mer.

Un tel projet s'écarte du parti retenu maintenu depuis vingt ans, indépendamment des nombreuses évolutions constitutionnelles et statutaires qui sont intervenues, consistant à prévoir que figurent, dans chaque code, les dispositions relatives à l'outre-mer aussi bien s'agissant des collectivités régies par le principe de l'identité législative que celles régies par le principe de la spécialité législative.

Dès lors qu'il n'existe pas d'obstacle constitutionnel dirimant au projet d'élaborer un code regroupant les seules dispositions relatives à l'outre-mer, à la condition qu'en soient exclues les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution, la Commission a estimé que la question de l'opportunité de la création, parallèlement à un code existant, d'un

code spécialement dédié à des collectivités d'outre-mer, n'appelait pas de réponse univoque. Le choix traditionnel consistant à rassembler dans un même code les dispositions applicables sur l'ensemble du territoire de la République a une évidente dimension symbolique et institutionnelle. Il paraît en l'état devoir être maintenu pour la plupart des codes.

Pour autant, ce principe peut être au cas par cas mis en balance, en fonction des données particulières propres à un code, avec les exigences du principe constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité du droit et du principe de sécurité juridique qui en est le corollaire. Eu égard à la nature des activités qu'il régit et aux besoins de celles-ci, le code monétaire et financier peut légitimement se prêter à cette mise en balance. Si un tel projet était confirmé se poserait la question du champ des collectivités concernées qui devrait se limiter aux seules collectivités relevant de l'article 74 de la Constitution qui sont régies par le principe de la spécialité législative.

La décision à prendre à cet égard relève de l'opportunité politique et échappe à l'appréciation de la Commission supérieure de codification.

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

2.2.1. La modification, par le législateur, de dispositions de forme législatives déclassées comme réglementaires par une ordonnance de codification

Saisi d'un projet de décret précisant les modalités de fonctionnement et la composition de la commission départementale des mines dans les collectivités ultramarines, le Conseil d'Etat (section des travaux publics) s'est interrogé sur la portée qu'il convenait de donner à l'intervention du législateur (l'article 81 de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 de programmation relative à l'égalité réelle en outre-mer ayant réécrit l'article 68-19 du code minier [ancien] pour en modifier la composition) sur un article déclassé par une ordonnance de codification. Il retient que le pouvoir réglementaire procédant à une codification par voie d'ordonnance ne détient pas le pouvoir de délégaliser une loi qui relève de la seule compétence du Conseil constitutionnel, conformément au second alinéa de l'article 37 de la Constitution.

Le codificateur se borne à intervenir, en vertu du principe de la hiérarchie des normes, pour opérer des déclassements de dispositions de forme législative prenant la forme d'une non-codification sans abrogation

immédiate. C'est la partie réglementaire qui donne effet à l'abrogation. Ainsi, tant qu'un décret de codification de la partie réglementaire n'est pas intervenu, les dispositions législatives non codifiées pour un motif tiré du respect de la hiérarchie des normes, d'une part, demeurent dans l'ordonnement juridique et sont donc modifiables et, d'autre part, demeurent de forme législative. Si le législateur modifie de telles dispositions, celles-ci ne peuvent plus être regardées comme déclassées et, si leur caractère réglementaire est toujours certain, elles ne peuvent plus être abrogées que par un nouvel instrument de niveau législatif ou délégalisées selon la procédure prévue au second alinéa de l'article 37 de la Constitution.

2.2.2 La technique de renvoi d'un code vers un autre¹

A l'occasion de l'examen du projet de décret fixant les règles applicables aux fonds de retraite professionnelle supplémentaire, le Conseil d'Etat (section des finances) a précisé que quand bien même la partie législative d'un code X a prévu de rendre applicables à des organismes relevant de ce code X, sous réserve d'adaptations prévues au sein de ce code X, des dispositions figurant dans la partie législative du code Y, il ne saurait y avoir de renvoi implicite équivalent au niveau des parties réglementaires de ces codes.

Pour appliquer les dispositions réglementaires du code Y aux organismes relevant du code X, il convient donc d'introduire au sein de la partie réglementaire du code X, sous réserve d'adaptations éventuelles dans ce code X, des renvois explicites aux dispositions pertinentes de la partie réglementaire du code Y.

2.2.3 La refonte de la partie outre-mer du code de la défense²

S'agissant de l'habilitation à modifier et réorganiser les différents livres du code de la défense relatifs à l'outre-mer prévue par le projet de loi relatif à la programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense dont il était saisi, le Conseil d'Etat (section de l'administration) a souligné 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

¹ Voir annexe n° 6 du présent rapport.

² Voir annexe n° 7 du présent rapport.

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 a donc modifié 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.

Cet avis fait suite à un autre rendu sur deux projets de décrets relatifs aux forces armées et aux formations rattachées et aux attributions du chef d'état-major des armées qui introduisaient ou complétaient des tableaux d'applicabilité, dans certaines collectivités relevant de l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie, des articles qu'ils modifient ainsi que des articles ou titres du code de la défense dans lesquels ils s'insèrent. Le Conseil d'Etat (section de l'administration) y invitait le Gouvernement, pour les modifications futures du code de la défense et, s'il y a lieu, après consultation de la Commission supérieure de codification sur le fondement de l'avant-dernier alinéa de l'article 1^{er} du décret n° 89-647 du 12 septembre 1989, à modifier, compléter ou créer les tableaux d'applicabilité en tenant compte, le cas échéant, de l'applicabilité de plein droit des dispositions en cause pour les exclure de ces tableaux. Un mode de rédaction plus adapté à la nature de telles dispositions pourrait ainsi consister à énoncer, au début de chacun des livres consacrés à l'outre-mer, que « les dispositions de la présente partie sont applicables de plein droit sur tout le territoire de la République, sous réserve des dispositions suivantes », puis à y insérer des dispositions permettant d'identifier celles pour lesquelles il y a effectivement matière à extension ou adaptation.



ANNEXE N° 1

Décret n° 89-647 du 12 septembre 1989 relatif à la composition et au fonctionnement de 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 12-1

Le présent décret est applicable jusqu'au 28 février 2019.

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 8 mars 2018)

Vice-président : M. Daniel LABETOULLE
Président de section honoraire au Conseil d'Etat

Membres permanents

Mme Christine MAUGÜÉ
Conseillère d'Etat, présidente de la
7^e chambre de la section du conten-
tieux 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 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
Conseillère référendaire à la Cour des
comptes

M. Christophe EUZET
Député de l'Hérault

Suppléante :

Mme Typhanie DEGOIS
Députée de la Savoie

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 1 Panthéon-Sorbonne

M. Thomas ANDRIEU
Directeur des affaires civiles et du sceau

M. Rémy HEITZ
Directeur 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 contentieux
au Conseil d'Etat

Rapporteur général adjoint

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

Secrétaire général

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

Chargée de mission

Mme Elisabeth CATTA
Avocat général honoraire

Correspondants

M. Alain RICHARD
Sénateur

Mme Camille MANGIN
Directrice de la législation et du
contrôle du Sénat

Mme Pauline DELIGNAT-
LAVAUD

Administratrice à la direction de la
législation et du contrôle du Sénat

M. Georges BERGOUGNOUS

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

Mme Béatrice BLEIN

Responsable de la consolidation des
textes normatifs à la direction de
l'information légale et administrative

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. – ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES

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. – ACTIVITÉS 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.

*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 dimension symbolique au sein de notre ordre juridique, n'ont pas vocation à faire l'objet d'une codification, le nombre de nouveaux codes à créer apparaît désormais limité.

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 assurez 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 2017*

Observations sur le projet de code de la commande publique (économie générale)

(SÉANCE DU 24 JANVIER 2017)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance plénière du 24 janvier 2017 a permis de faire le point avec les rapporteurs particuliers et la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances sur l'état d'avancement des travaux. Consultée sur plusieurs éléments, la Commission supérieure de codification, qui n'a pas souhaité rendre, à ce stade, un avis formel, a adopté les observations suivantes. Sur les différentes questions examinées, un avis définitif sera rendu à l'issue des séances programmées au cours de l'année 2017.

La Commission supérieure de codification se félicite du succès du « cercle des experts » qui a été installé par le directeur des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, le 30 novembre 2016. Lieu de concertation et d'échanges, ce « cercle », qui compte une cinquantaine de membres, a donné lieu à une vingtaine de contributions émanant tant d'universitaires que de professionnels de l'achat public. Il est décidé de verser les conclusions de la séance au débat afin d'alimenter la démarche itérative qui apparaît déjà fructueuse.

La première question débattue est celle du périmètre du code. Un consensus se dégage sur la nécessité, pour le code, de recueillir l'ensemble des textes relatifs à la commande publique, en dépit de leurs champs d'application respectifs qui se superposent sans nécessairement se recouper. Ainsi, certains textes sources, telle la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-

traitance et resteront en vigueur en tant que leur champ d'application excède celui du code. Par ailleurs, le code, qui ne se limitera pas à la consolidation des ordonnances de transposition des directives communautaires de 2014, doit rassembler l'ensemble des règles applicables aux contrats de la commande publique, y compris ceux qui ne sont pas soumis à publicité et mise en concurrence. La codification doit ainsi permettre une clarification du droit applicable en la matière.

Si devait être retenue une structure épousant les différentes étapes de la vie d'un contrat, il serait envisageable que le code comporte un article préliminaire en définissant le champ d'application général ainsi que, le cas échéant, un article liminaire au sein de chacune des subdivisions en précisant le champ d'application spécifique, à l'instar de ce qui a été retenu dans le code du travail.

Le code devra distinguer entre règles générales et règles sectorielles. Ces dernières pourront, le cas échéant, faire l'objet de renvois vers d'autres codes. Reste à déterminer la technique de renvoi lorsque de telles règles figurent dans des textes non codifiés. En tout état de cause, il conviendra d'effectuer un tri entre les dispositions normatives et les autres qui n'ont, en principe, pas leur place dans un code.

Alors qu'un arbitrage interministériel avait été rendu, au moment de la transposition de la directive concession, en faveur du maintien du régime des délégations de service public au sein du code général des collectivités territoriales, l'élaboration du code de la commande publique justifie que la

question soit reposée. En termes de logique de codification, il convient en effet de privilégier l'unification, au sein du code de la commande publique, de l'ensemble des règles de fond. Dans la mesure où les délégations de service public sont des concessions portant sur un service public, il est cohérent que les dispositions relatives à cette catégorie, qui n'a pas vocation à disparaître, soient rapatriées dans le code de la commande publique. Les dispositions institutionnelles devraient, pour leur part, rester dans le code général des collectivités territoriales.

En revanche les dispositions relatives aux sociétés d'économie mixte, sociétés publiques locales d'aménagement et aux concessions d'aménagement feront l'objet de mécanismes de renvoi inter-codes (code général des collectivités territoriales et code de l'urbanisme).

S'agissant de la codification de la jurisprudence, le code de la commande publique présente une différence notable avec le code général de la propriété des personnes publiques et le code des relations entre le public et l'administration, qui ont codifié et parfois modifié des règles prétorienne, dans la mesure où il est élaboré à droit constant.

Un consensus se dégage en faveur de la non codification des règles relatives au contentieux des contrats. S'agissant des règles relatives à la passation et à l'exécution des contrats, il est suggéré de tester le recueil, dans un titre préliminaire, des principes directeurs dégagés par la jurisprudence. S'agissant de l'exécution, seules devraient être codifiées les règles d'ordre public, ce qui implique au préalable un exercice de tri entre les principes jurisprudentiels revêtant un tel caractère et les autres. La commission suggère aux rapporteurs

de soumettre au « cercle des experts » un projet de titre préliminaire énonçant les principes généraux de la commande publique.

A ensuite été examinée la question de la structure du code. En dépit de nombreux avis exprimés, au sein du « cercle des experts », en faveur d'une structure imbriquant les parties législative et réglementaire du code, les rapporteurs proposent de s'en tenir à la partition classique entre partie L et partie R du code. Ils relèvent d'une part que les conditions posées par l'assemblée générale du Conseil d'Etat, dans son avis du 8 octobre 2015, et auxquelles était subordonné l'avis favorable donné à la structure du code des relations entre le public et l'administration ne sont pas remplies. S'y ajoutent les difficultés qu'une telle structure pourrait susciter pour la maintenance d'un code appelé à être fréquemment modifié.

A la demande de l'un des représentants de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances est évoquée l'hypothèse d'une structure unique, chacune des subdivisions accueillant, en vis-à-vis, les dispositions législatives et réglementaires numérotées de manière alphabétique et non de manière continue. Il est décidé d'expérimenter une telle structure afin d'apprécier les inconvénients qu'elle est de nature à engendrer, en particulier s'agissant de disparition de la marge ouverte par la création de subdivisions n'affectant pas la numérotation (section et sous-section) qui peuvent différer entre les parties L et R.

Un consensus est constaté s'agissant de l'intérêt qu'il y aurait à codifier, eu égard à leur grande portée pratique et à leur volume global limité, les arrêtés et les avis ministériels. Ils devraient trouver leur place dans des annexes au code.

Observations sur le projet de code de la commande publique (plan du code)

(SÉANCE DU 21 FÉVRIER 2017)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance plénière de la Commission supérieure de codification du 21 février 2017 a porté sur le plan du futur code.

Trois architectures différentes ont été étudiées : un plan par identification des parties (dispositions) communes, un plan par type de contrats et un plan thématique rendant compte de la vie du contrat (champ d'application, passation, exécution) et décliné de deux manières possibles (avec ou sans mise en exergue des dispositions communes).

Dans un premier temps, le troisième type de plan avait été privilégié. En réorganisant les dispositions codifiées autour de la vie du contrat, il permettait de dépasser la simple consolidation des ordonnances « marchés et concessions » et semblait conférer une plus grande portée à l'entreprise de codification.

Plusieurs arguments, de registres différents, ont finalement conduit les rapporteurs particuliers ainsi que la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances à retenir le plan plus simple organisé par type de contrats.

Il est apparu, en premier lieu, que la proportion des dispositions communes aux marchés publics et aux concessions était particulièrement faible, révélant par là-même le caractère relativement artificiel de l'exercice.

En deuxième lieu, la réaction des membres du « cercle des experts » a été unanime. Les praticiens se sont prononcés, pour des raisons de maniabilité, en faveur du plan le plus simple pour les usagers du code. Les universitaires se sont rangés à cet avis au regard de l'objectif d'accessibilité du droit que poursuit la codification.

En troisième lieu, les représentants du ministère pilote, qui avaient veillé à effectuer la transposition des directives communautaires la plus exacte possible, se sont montrés légitimement soucieux d'éviter le risque que la réécriture des ordonnances fasse difficulté au regard des exigences du droit de l'Union européenne.

L'ensemble de ces considérations a conduit à retenir le plan par type de contrats avec une première partie relative aux principes organisateurs communs à l'ensemble des contrats de commande publique, aux définitions et au champ d'application suivie de deux parties respectivement consacrées aux marchés publics et aux concessions (avec une organisation thématique à l'intérieur de chacune d'elles).

La Commission supérieure de codification approuve ce choix qui présente le double avantage d'entraîner le moindre bouleversement des pratiques et de faire apparaître, dans la structure primaire du code, la distinction cardinale effectuée par le législateur communautaire entre concessions et marchés publics.

Observations sur le projet de code de la commande publique (questions transversales)

(SÉANCE DU 27 MARS 2017)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance plénière du 27 mars 2017 a porté sur un certain nombre de questions transversales. La Commission supérieure de codification y a émis les observations suivantes.

1. La première question débattue concerne le régime des délégations de service public.

A sa demande, la Direction générale des collectivités locales du ministère de l'intérieur était représentée lors de la séance. Son point de vue, qui ne rejoint pas entièrement celui de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, y a été présenté et discuté.

Les dispositions relatives aux délégations de service public sont issues de la loi du 29 janvier 1993. En tant qu'elles s'appliquent aux collectivités locales, elles ont été ensuite codifiées dans le code général des collectivités territoriales.

Une double interrogation se pose aujourd'hui.

1.1. La première porte sur le principe du maintien ou de la suppression dans le droit positif de la catégorie des délégations de service public.

Dans la mesure où la notion de délégation de service public est englobée dans celle, plus large, de concession, un débat a eu lieu lors de l'élaboration de la transposition de la directive « concessions » de 2014 sur le point de savoir s'il y avait lieu de maintenir un régime autonome propre aux délégations de service public. La logique

juridique aurait sans doute conduit à la disparition de la notion de délégation de service public et à son absorption dans celle de concession de service public. Les délégations de service public constituent en effet une catégorie de concession répondant à la définition générale donnée à l'article 5 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016. Un arbitrage a été toutefois rendu alors en faveur du maintien de cette notion. La Commission supérieure de codification ne s'estime pas légitime pour revenir sur ce choix qui est effectué en toute connaissance de cause. Sauf nouvel arbitrage en sens contraire, il y a donc lieu, de son point de vue, de maintenir la catégorie juridique des délégations de service public.

1.2 La seconde interrogation est relative à la détermination du texte d'accueil des dispositions définissant le régime des délégations de service public.

A cet égard, et à la différence du point précédent, les termes du débat sont renouvelés par le processus de codification. Si, lors de la transposition de la directive il a pu paraître de bonne pratique légistique de ne pas transférer ces dispositions du code général des collectivités territoriales dans un texte non codifié, le choix est aujourd'hui entre deux codes et il s'agit de savoir quel est, du code général des collectivités territoriales et du futur code de la commande publique, le réceptacle le plus approprié pour abriter les règles spécifiques aux délégations de service public. Ce nouveau contexte plaide fermement en faveur du réexamen de la question.

Dans le cadre d'un tel réexamen, la Commission est d'avis qu'un point d'équilibre pourrait être dégagé autour d'une distinction selon la nature des dispositions en cause. Eu égard à l'objet du code de la commande publique, les dispositions de fond relatives aux délégations de service public (définition – actuel article L. 1411 du code général des collectivités territoriales – et champ d'application) ont vocation à s'y trouver. En revanche, il y a une forte cohérence à laisser figurer dans le code général des collectivités territoriales les dispositions institutionnelles et procédurales relatives aux délégations de service public (actuels articles L. 1411-3 à 19). Ce code a en effet été conçu pour rassembler les dispositions organisationnelles des collectivités territoriales et non les dispositions régissant, de façon sectorielle, leurs compétences.

Si le transfert partiel ainsi proposé était retenu, le code général des collectivités territoriales devrait prévoir un renvoi aux dispositions de fond se trouvant dans le code de la commande publique.

L'examen de cette question a conduit au constat que le cadre procédural applicable aux concessions autres que de service public que peuvent passer les collectivités territoriales mériterait d'être complété. La codification à droit constant fait obstacle à ce que le projet de code de la commande publique s'y emploie. Mais la Commission suggère que la loi de ratification du code permette d'introduire, dans le code général des collectivités territoriales, de nouvelles dispositions complétant ce cadre procédural.

2. La deuxième question examinée a porté sur la perspective de codifier un certain nombre de principes jurisprudentiels relatifs à la commande publique. Eu égard à l'article d'habi-

litation, le codificateur dispose en la matière d'une marge plus restreinte que celle dont il a bénéficié pour l'élaboration du code des relations entre le public et l'administration. La Commission est d'avis de s'en tenir à la prudence préconisée par les rapporteurs particuliers. A la réflexion, il n'apparaît pas opportun de codifier les jurisprudences relatives à l'imprévision et au fait du prince. Au risque de les figer à l'excès s'ajoute l'incertitude pesant sur leur compatibilité avec les exigences du droit de l'Union européenne, le Conseil d'Etat n'ayant pas encore eu l'occasion d'en faire application depuis la transposition des directives de 2014.

Il apparaît en revanche qu'en termes d'accessibilité et d'intelligibilité du droit, il serait utile de codifier les grands principes relatifs aux pouvoirs des personnes publiques qui sont issus d'une jurisprudence du Conseil d'Etat stabilisée : le pouvoir de résiliation unilatérale, la possibilité de satisfaire à leurs besoins par leurs propres moyens (29 avril 1970 Unipain), la possibilité de candidater à un contrat de commande publique (30 décembre 2014 Société Armor SNC).

3. La troisième et dernière question concerne le titre préliminaire. Les débats ont débouché sur le constat que seul un titre préliminaire réduit pouvait être envisagé en tête de la partie I du code. Ce titre pourrait porter différents articles relatifs au champ d'application du code, à des définitions et au rappel des principes du triptyque constitutionnel : liberté d'accès la commande publique, égalité de traitement et transparence des procédures.

Il conviendra d'éviter tout risque d'ambiguïté ou d'*a contrario* pour l'application de ces dispositions aux contrats exclus du champ du code. La Commission recommande que soit menée une réflexion sur cette ques-

tion qui pourrait conduire à ce que soit établie une échelle de l'exclusion. Il convient en effet de distinguer les contrats exclus en vertu d'un texte spécial et ceux qui le sont eu égard à leur nature particulière (marchés secrets et contrats in house par exemple). La loi

de ratification pourrait utilement traiter cette question délicate et difficile à aborder dans le cadre du droit constant.

Par ailleurs devraient être rappelés, au début des parties II et III, les principes généraux applicables à la phase de passation des contrats qui y sont traités.

Avis portant sur le projet de code monétaire et financier outre-mer

(SÉANCE DU 13 JUIN 2017)

Dans sa séance plénière du 13 juin 2017, la Commission supérieure de codification s'est prononcée, à la demande du secrétariat général du Gouvernement, sur le projet de création d'un code monétaire et financier applicable à l'outre-mer.

A l'initiative de la direction générale du Trésor et après un arbitrage favorable du cabinet du Premier ministre, a été voté l'article 169 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique habitant le gouvernement à adopter, par ordonnance dans un délai de 24 mois, « un code monétaire et financier applicable en outre-mer, se substituant aux dispositions du code monétaire et financier relatives à l'outre-mer ».

A la demande formulée par la Commission supérieure de codification, lors de sa séance du 11 octobre 2016 alors que l'article d'habilitation était en cours d'examen au Parlement, le secrétariat général du Gouvernement a précisé qu'il attendait de la Commission supérieure de codification une prise de position portant, au-delà du cas particulier du projet soumis à son examen, sur le principe même de la création d'un code spécialement dédié à l'outre-mer. La Commission supérieure de codification s'est attachée en conséquence à préciser les éléments d'appréciation à prendre en considération.

Il convient de rappeler que le décret du 28 septembre 1989 avait créé une commission adjointe à la Commission supérieure de codification « chargée de recenser pour chacun des territoires d'outre-mer l'ensemble des

textes législatifs et réglementaires applicables et de signaler au Premier ministre les domaines dans lesquels il n'existe aucun texte ». L'article 1^{er} de ce décret prévoyait également que la Commission était assistée, dans chaque territoire d'outre-mer, par une commission locale. L'objectif poursuivi était, à terme, d'élaborer, pour chacun de ces territoires, un code particulier rassemblant les dispositions s'y trouvant applicables. La commission adjointe à la Commission supérieure de codification a été supprimée par le décret n° 97-894 du 2 octobre 1997, ses attributions étant désormais exercées par la Commission supérieure de codification. Le parti retenu, maintenu depuis vingt ans indépendamment des nombreuses évolutions constitutionnelles et statutaires qui sont intervenues, consiste à prévoir que figurent, dans chaque code, les dispositions relatives à l'outre-mer aussi bien s'agissant des collectivités régies par le principe de l'identité législative que celles régies par le principe de la spécialité législative. L'objectif d'accessibilité du droit que poursuit l'entreprise de codification se trouve ainsi atteint par le recueil, dans un même code, des dispositions applicables sur l'ensemble du territoire de la République.

Le projet soumis à l'avis de la commission supérieure s'écarte de cette manière de procéder sans prétendre faire précédent. Il répond, du point de vue de la direction générale du Trésor davantage que de celui du ministère de l'outre-mer, au besoin d'améliorer la lisibilité du droit applicable outre-mer dans le domaine monétaire et financier. Il consiste à regrouper, dans un code spécifique, et sous forme litté-

rale et non de renvoi, l'ensemble des dispositions applicables dans les collectivités relevant de l'article 74 de la Constitution ainsi qu'en Nouvelle-Calédonie. L'écriture directe des dispositions applicables présente en effet des avantages en terme de lisibilité par rapport à la technique dite du « compteur Lifou » qui recueille, sous forme de tableau à deux colonnes, d'une part, les dispositions étendues et, d'autre part, la rédaction dans laquelle ces dispositions sont applicables.

Après en avoir délibéré, la Commission supérieure de codification présente les observations suivantes :

1. Il n'existe pas d'obstacle constitutionnel dirimant au projet d'élaborer un code regroupant les seules dispositions relatives à l'outre-mer, à la condition qu'en soient exclues les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution. Il peut même être admis qu'au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité du droit- et donc de sécurité juridique-, cette manière de procéder permet de gagner en lisibilité par rapport aux techniques codistiques actuelles. Il convient toutefois de veiller à ce que les acquis de la technique du « compteur Lifou » en termes de rigueur et de sécurité juridique soient préservés.

2. S'agissant des collectivités d'outre-mer relevant du champ d'un tel code, il n'apparaît pas que le critère le plus pertinent repose sur la distinction entre collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution, d'une part, et collectivités relevant de l'article 74 ainsi que la Nouvelle-Calédonie, d'autre part. L'élaboration d'un code *ad hoc* ne présente de véritable valeur ajoutée par rapport à la méthode actuellement pratiquée que s'agissant des collectivités régies par le principe de la spécialité législative. Pour ces collectivités, la

rédaction en plein des dispositions applicables aux lieu et place des renvois et grilles de lecture facilitera en effet pour les usagers du code l'accès à l'état du droit applicable. Une telle façon de procéder soulève toutefois deux séries de difficultés, d'inégale ampleur. En premier lieu, elle implique nécessairement que soient systématiquement modifiés en même temps les dispositions métropolitaines et l'écho qu'elles trouvent, en cas d'extension, dans le code outre-mer. Cette exigence de maintenance simultanée de deux codes implique la mise en place de strictes pratiques. Se pose, en second lieu, la question de savoir s'il est juridiquement envisageable, de faire figurer en plein, dans un code outre-mer, les dispositions qui sont applicables de plein droit dans les collectivités qui en relèvent. Autant le recours à une mention d'applicabilité serait, dans ce cas, superfétatoire autant il pourrait être soutenu que la reprise littérale de telles dispositions dans un code outre-mer ne pose pas problème dans la mesure où elle aurait pour seul objet d'y faire figurer explicitement les dispositions qui y seraient en tout état de cause applicables.

3. Pour répondre aux objectifs de la nature de ceux ayant conduit à l'article d'habilitation, il pourrait être envisagé de procéder à la confection, en liaison entre les collectivités et administrations intéressées, d'un document éditorial procédant à la consolidation des dispositions applicables à chaque collectivité. Un tel document aurait d'évidents mérites en termes de commodité. Mais il n'aurait par lui-même pas de portée juridique. Et les omissions ou erreurs qui pourraient être commises tant lors de son élaboration initiale que, surtout, au fur et à mesure des modifications du code, seraient source d'incertitudes et d'atteintes à la sécurité juridique. Pour ces motifs, il n'apparaît pas recomman-

dable à la Commission supérieure de codification de charger Légifrance d'une telle entreprise.

4. Au vu de l'ensemble de ces éléments, la Commission supérieure de codification estime que la question de l'opportunité de la création, parallèlement à un code existant, d'un code spécialement dédié à des collectivités d'outre-mer, n'appelle sans doute pas de réponse univoque. Le choix traditionnel consistant à rassembler dans un même code les dispositions applicables sur l'ensemble du territoire de la République a une évidente dimension symbolique et institutionnelle. Il paraît en l'état devoir être maintenu pour la plupart des codes. Pour autant, ce principe peut être au cas par cas mis en balance, en fonction des données

particulières propres à un code, avec les exigences du principe constitutionnel d'accessibilité et d'intelligibilité du droit et du principe de sécurité juridique qui en est le corollaire. Eu égard à la nature des activités qu'il régit et aux besoins de celles-ci, le code monétaire et financier peut légitimement se prêter à cette mise en balance. La décision à prendre à cet égard – pour donner suite ou non à l'habilitation votée par le législateur – relève de l'opportunité politique et échappe à l'appréciation de la Commission supérieure de codification. Si le projet de code était confirmé se poserait en tout état de cause la question de la modification de l'habilitation, à tout le moins s'agissant du champ des collectivités concernées.

Observations sur le projet de code de la commande publique (questions transversales)

(SÉANCE DU 13 JUIN 2017)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance plénière de la Commission supérieure de codification du 13 juin 2017 a porté sur un certain nombre de questions transversales. La Commission a émis les observations suivantes.

1. A d'abord été rediscutée la question de la structure du code. A cette occasion, les avantages et les inconvénients d'un code imbriquant les dispositions législatives et réglementaires ont été pesés. La transposition de la structure retenue pour le code des relations entre le public et l'administration ne serait pas sans présenter certains avantages en termes d'accessibilité et de lisibilité, en particulier pour des usagers qui, pour la plupart, ne sont pas des professionnels du droit et qui, de surcroît, sont habitués à la lecture en continu du code des marchés publics. Une telle structure pourrait en outre apparaître cohérente avec le parti retenu d'un plan suivant un ordre chronologique.

Néanmoins, la Commission relève qu'un certain nombre des éléments qui avaient conduit au choix effectué pour le code des relations entre le public et l'administration ne se trouvent pas réunis s'agissant du code de la commande publique. Le volume des dispositions à codifier, d'une part, et la grande instabilité normative de la matière, d'autre part, plaident en faveur d'une structure classique avec partition des parties législative et réglementaire et numérotation alpha-décimale. Il est à craindre en effet que retenir l'option choisie pour le code des relations entre le public et l'administration ne pose,

à bref délai, de lourdes difficultés en termes de maintenance du code. Les différentes simulations effectuées par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances ont conforté l'idée, qui a recueilli un consensus au sein de la Commission, qu'aucune autre formule que le recours à la structure classique n'apparaît satisfaisante.

2. A ensuite été abordée la question des contrats dits « exclus ». Cette notion, qui recouvre les contrats qui étaient placés en dehors du champ d'application des ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016, est devenue impropre puisqu'ils seront inclus dans le champ d'application du code. La Commission supérieure de codification approuve la suggestion de les qualifier désormais de « contrats soumis à un régime juridique particulier ».

S'agissant de la place à laquelle insérer dans le code les dispositions qui y sont relatives, la Commission supérieure de codification est d'avis de suivre la proposition des rapporteurs particuliers. La première partie qui comprend des dispositions relatives aux définitions et aux champs d'application sans traiter des régimes juridiques n'a pas vocation à abriter les articles concernant ces contrats. Ces derniers doivent figurer dans les parties II et III respectivement consacrées aux marchés et aux concessions. Plutôt que dans un livre préliminaire, la commission recommande de les placer dans un livre situé en fin de partie, juste avant celui portant sur les dispositions relatives à l'outre-mer. En outre, une telle inclusion de ces contrats dans le champ

du code conduira à clarifier l'état du droit existant quant à l'étendue de l'applicabilité des principes généraux de la commande publique, conformément à l'objectif poursuivi par toute entre-

prise de codification. La Commission rappelle, à ce titre, que codifier à droit constant implique, dans certains cas, une explicitation de l'état du droit reposant sur une analyse juridique.

Observations sur le projet de code de la commande publique (questions transversales)

(SÉANCE DU 26 JUIN 2017)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance plénière du 26 juin 2017 a permis la poursuite de l'examen des questions transversales touchant au champ d'application et à la structure du code. La Commission supérieure de codification a émis les observations suivantes.

1. La Commission a approuvé le parti retenu d'un plan interne différent pour les parties II et III du code.

La partie II relative aux marchés comportera un livre 1^{er} relatif aux dispositions générales, suivi d'un certain nombre de livres dédiés aux contrats particuliers ou aux dispositions particulières propres à certaines catégories de contrats. A l'intérieur de ces livres, les titres correspondront aux subdivisions chronologiques (passation/exécution). Un article liminaire de la partie en définira le champ d'application, explicitant de la sorte la non applicabilité des principes généraux de la commande publique aux contrats soumis à un régime particulier (contrats actuellement dits « exclus »).

Le plan de la partie III relative aux concessions sera différent. La Commission supérieure de codification rappelle que l'absence de symétrie de plan entre les parties d'un même code ne soulève aucune difficulté d'ordre juridique. Compte tenu du principe de la libre organisation de la procédure et du volume moindre des dispositions qui y seront codifiées, le plan de la partie III suivra une approche chro-

nologique sans distinguer entre les dispositions générales et les dispositions particulières. Mais lorsqu'une disposition s'appliquera spécifiquement à une catégorie de contrats, l'article débutera par une indication relative à son champ d'application ainsi rédigée : « Pour les contrats relevant de... ».

2. A ensuite été abordée la question de la codification des dispositions propres aux marchés de défense et de sécurité. Les dispositions législatives relatives à ces marchés figurent dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 tandis que les dispositions réglementaires se trouvent dans un décret distinct (décret n° 2016-361 du 25 mars 2016). Pour codifier ces dispositions réglementaires la Commission approuve le parti retenu qui a recueilli l'assentiment de la direction des affaires juridiques du ministère de la défense et qui consiste à faire figurer dans le texte codifié les dispositions spécifiques à ces marchés et, pour le reste, à indiquer, par simple renvoi, que s'y appliquent les dispositions de droit commun. La rédaction retenue à cette fin doit clairement faire apparaître qu'il ne s'agit pas d'une mention d'applicabilité, à l'instar de celles qui précèdent à l'extension du droit commun dans les collectivités d'outre-mer régies par la spécialité législative.

La Commission suggère une rédaction se bornant à indiquer que le droit des marchés de défense et de sécurité coïncide avec le droit commun du type : « la passation est régie par les dispositions des articles tant à tant ».

Avis sur le projet de 1^{re} partie du code de la commande publique

(SÉANCE DU 19 SEPTEMBRE 2017)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance plénière de la Commission supérieure de codification du 19 septembre 2017 a porté sur l'examen de la première partie du code. La Commission a émis les observations suivantes.

1. A d'abord été discutée la question de savoir s'il convenait de définir, à titre liminaire, la notion de commande publique.

Dans le cadre des débats sur ce point, a été mis en avant le fait que le périmètre de la commande publique, qui est susceptible de passer par un acte unilatéral, excède le champ d'application du code qui, aux termes de l'habilitation donnée par l'article 38 de la loi du 9 décembre 2016, « regroupe et organise les règles relatives aux différents contrats de la commande publique qui s'analysent, au sens du droit de l'Union européenne, comme des marchés publics et des contrats de concession ».

Après discussion, la Commission est favorable à la rédaction d'un article liminaire définissant le champ d'application du code. Deux options sont envisageables : soit définir au préalable la notion de commande publique puis préciser que le code s'applique aux contrats de la commande publique ; soit retenir une formule synthétique du type « Sont soumis au présent code les contrats de la commande publique passés par les acheteurs et les autorités concédantes pour satisfaire leurs besoins » avec un renvoi au livre II pour la définition de ces notions organiques.

2. S'agissant du livre I^{er} relatif aux contrats de la commande publique, la Commission supérieure de codification

est favorable à ce que le titre II consacré aux contrats de concession comprenne, par souci pédagogique, une définition de la notion de délégation de service public. L'exigence de clarification qui est attachée à toute entreprise de codification implique un renvoi au code général des collectivités territoriales qui pourrait se traduire de la manière suivante : « Pour l'application du code général des collectivités territoriales, une concession de services ayant pour objet un service public passée par une ou plusieurs collectivités territoriales, établissements publics locaux ou leurs groupements est dénommée délégation de service public ».

3. L'examen du livre II relatif aux acteurs de la commande publique a conduit à s'interroger sur la définition de la notion d'entité adjudicatrice retenue par l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

Lors de l'adoption de cette ordonnance, le choix a été fait de retenir une définition identique à celle retenue dans l'ordonnance relative aux marchés publics bien qu'elle soit différente de celle retenue par la directive relative aux contrats de concession afin d'éviter que n'échappent aux obligations de publicité et de mise en concurrence les contrats de concession conclus par les collectivités territoriales avec leurs sociétés d'économie mixte.

En dépit des difficultés inhérentes à ce qui s'apparente à une forme de « surtransposition », la Commission est d'avis, en opportunité, de ne pas remettre en cause ce choix et d'opérer, sur ce point, une codification à droit constant.

4. L'examen des projets d'articles de cette première partie a conduit la Commission à recommander un certain nombre de modifications d'ordre rédactionnel.

De façon plus générale, la Commission supérieure de codification entend souligner que, quelles qu'aient pu être les difficultés rédactionnelles inhérentes à la transposition, dans le respect du principe de la hiérarchie des

normes, des directives de 2014 relatives aux marchés publics et aux contrats de concession, par les ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016, il y a lieu de mettre à profit le processus d'élaboration – et donc d'écriture – du code de la commande publique pour assurer à celui-ci une rédaction répondant aux exigences d'intelligibilité et de clarté auxquelles doit satisfaire la codification.

Avis sur le projet de code de la commande publique
(Titres I^{er} à IV du livre I^{er} de la partie 2 ;
Architecture de la partie 3 relative aux concessions)

(SÉANCE DU 16 OCTOBRE 2017)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance plénière de la Commission supérieure de codification du 16 octobre 2017 a porté sur l'examen des titres I^{er} à IV du livre I^{er} de la partie 2. Elle a également permis de revenir sur l'architecture de la partie 3 relative aux concessions. La Commission a émis les observations suivantes.

1. L'examen des projets d'articles des titres I^{er} à IV du livre I^{er} de la partie 2 a conduit la Commission à formuler un certain nombre de remarques de portée plus ou moins grande.

Déplorant la notion d'« organismes de nature législative » qui figure à l'article L. 2111-1, la Commission supérieure de codification suggère de saisir l'occasion de la loi de ratification pour la remplacer par celle de « personnes morales de droit public créées par la loi ».

La Commission souligne par ailleurs la difficulté qu'entraîne la codification à droit constant de l'article 45 3^o de l'ordonnance du 23 juillet 2015. Cet article exclut en effet de la procédure de passation des marchés publics les personnes admises à la procédure de redressement judiciaire sauf si elles justifient avoir été habilitées à poursuivre leur activité pendant la durée prévisible d'exécution du marché. Or, le principe est que le redressement judiciaire permet normalement la poursuite de l'activité. L'articulation entre le droit commercial et le droit de la commande publique supposerait de ne prévoir que

l'obligation de justifier être en mesure de poursuivre l'activité.

La Commission supérieure de codification s'interroge également sur la portée et l'utilité de prévoir, à l'article R. 2142-5, que l'acheteur peut exiger que les opérateurs économiques soient inscrits sur un registre professionnel, notion au demeurant peu claire.

S'agissant des articles R. 2142-20, la Commission s'inquiète d'une rédaction qui risque de vider de sa substance les notions de groupement conjoint et de groupement solidaire. Appliquée à un groupement, la portée de la notion de solidarité n'est pas purement financière ; elle englobe aussi l'engagement que prennent les membres du groupement d'assurer, y compris en cas de défaillance de l'un d'eux, l'exécution effective de l'ensemble des prestations.

2. La partie 3 du code est relative aux contrats de concessions.

En matière de passation des concessions, le principe est celui de la libre organisation de la procédure sous réserve du respect de certaines garanties et de certaines règles applicables en fonction de la valeur estimée des contrats ou de leur objet.

S'agissant de l'architecture de cette partie, la Commission est favorable à la rédaction d'un chapeau pédagogique comportant quatre articles énonçant les quatre points suivants :

- principe de publicité et de mise en concurrence, hormis les cas définis à l'article suivant ;

- définition des exceptions ;

- principe de la libre organisation de la procédure sous réserve de règles spécifiques ;

- définition des cas entraînant l'application de règles spécifiques : en fonction de la valeur estimée des contrats (article 9 du décret du 1^{er} février 2016) ou de leur objet (article 10 du même décret).

La partie pourrait ensuite comprendre deux livres, le premier consacré au cadre de la libre organisation de la procédure, le second consacré aux obligations spécifiques comportant deux titres traitant respectivement des contrats de l'article 9 et de ceux de l'article 10.

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

(SÉANCE DU 20 NOVEMBRE 2017)

La Commission supérieure de codification a été saisie, pour avis, du projet de recodification des dispositions relatives aux aides personnelles au logement. Après en avoir délibéré lors de la séance du 20 novembre 2017, elle a émis les observations suivantes.

1. L'article 117 de la loi du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté a autorisé le Gouvernement à regrouper, par ordonnance, l'ensemble des dispositions relatives aux aides personnelles au logement dans le code de la construction et de l'habitation. Les aides concernées sont l'allocation de logement familiale et l'allocation de logement sociale actuellement codifiées dans le code de la sécurité sociale et l'aide personnalisée au logement actuellement codifiée dans le code de la construction et de l'habitation. La Commission se réjouit d'être associée, dans le cadre d'une consultation facultative, à la résolution de questions de codistique délicates.

2. Sur un plan général, la Commission souligne la nécessité d'attendre, avant de procéder à cette recodification, l'adoption des dispositions nouvelles prévues dans le projet de loi logement qui prévoit une réforme des aides personnelles au logement. Cela pourrait conduire, le cas échéant, à solliciter une prolongation de l'habilitation accordée jusqu'en janvier 2019. Par ailleurs, la Commission supérieure de codification approuve le choix retenu de procéder, dans le même temps, à la recodification des parties L et R.

3. La Commission est favorable à la création, au sein des deux parties (L et R) du code de la construction et de l'ha-

bitation, d'un nouveau livre VIII entièrement dédié aux aides personnelles au logement. Une interprétation extensive de l'article d'habilitation rend possible une telle création, y compris les modifications qu'elle entraînera, par ricochet, au livre III. Mais la Commission tient à souligner, à la lumière de l'expérience de la refonte du seul livre 1^{er} du code de l'urbanisme, que l'absence de refonte globale du code – refonte par ailleurs souhaitable –, est de nature à compliquer l'exercice.

4. Alors que le niveau des textes réglementaires n'est pas le même pour chacune des aides en cause, l'exercice de recodification pourrait fournir l'occasion de remédier à cette situation, au nom de l'harmonisation de l'état du droit, dans un souci de cohérence globale. Les renvois, dans les articles en L, à un décret en Conseil d'Etat ou à un décret simple pourraient être systématiquement remplacés par l'expression « par voie réglementaire ». La partie R du code de la construction et de l'habitation présente par ailleurs la particularité, héritée de l'ancien code rural, d'avoir codifié en R* les dispositions issues de décrets en Conseil d'Etat et R celles qui sont issues de décrets simples. La création d'un nouveau livre devrait être l'occasion de recourir à la numérotation alpha-décimale orthodoxe (R et D). Il serait alors nécessaire qu'une disposition liminaire l'indique expressément sauf à profiter de l'occasion pour renuméroter entièrement la partie réglementaire.

5. Le regroupement envisagé soulève la question de la répartition des compétences juridictionnelles. Alors que le TASS est aujourd'hui (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 aides personnelles au logement. La Commission supérieure de codification est favorable à la piste envisagée d'une unification des contentieux. Sauf à considérer que l'habilitation implique nécessairement de procéder à un transfert de compétences, il apparaît nécessaire que le législateur intervienne sur ce point, à l'occasion de la réforme en cours. Le choix de l'ordre de juridiction compétent est une question d'opportunité qui appelle un arbitrage du Gouvernement.

6. La codification des dispositions relatives à l'outre-mer a fait apparaître qu'en principe applicable dans les territoires régis par le principe de l'identité législative, le régime des aides personnelles au logement n'est pas appliqué, faute d'intervention du décret prévu par l'article L. 371-2 du code de la construction et de l'habitation pour prendre les « mesures particulières nécessitées par la situation particulière » de ces collectivités. Le titre relatif à l'outre-mer doit fournir l'occasion de rappeler le principe de l'application du droit commun sous réserve d'éventuelles adaptations.

*Avis sur le projet de titres V à VIII du livre I^{er} de la partie 2
du code de la commande publique*

(SÉANCE DU 20 NOVEMBRE 2017)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance plénière du 20 novembre 2017 a porté sur l'examen des titres V à VIII du livre I^{er} de la partie 2. Elle a également conduit à revenir, une nouvelle fois, sur l'architecture de la partie 3 relative aux concessions. La Commission supérieure de codification a émis les observations suivantes.

1. La Commission a émis un avis favorable à la proposition des rapporteurs particuliers de scinder le titre VI (Règles propres aux procédures de passation et de techniques d'achat) en deux titres afin d'améliorer la lisibilité du livre I^{er}. Le nouveau titre VII serait consacré aux règles propres à certains marchés publics. La création de neuf titres ne soulève pas de difficulté dans la mesure où il est improbable que le plan retenu, qui correspond aux différentes étapes de la vie d'un marché, connaisse à l'avenir des modifications de nature à justifier la création d'un titre supplémentaire.

2. Sur un plan plus général, la Commission supérieure de codification rappelle que les subdivisions internes au chapitre ne sont pas contraignantes. Rien ne fait obstacle à ce que le chapitre comprenne, avant la première subdivision, un ou plusieurs articles liminaires. Si la décomposition d'un chapitre en subdivisions peut contribuer à ce qu'il gagne en fluidité, il est souvent inutile de créer une section pour un seul article.

3. La Commission approuve la création de deux articles en partie L. Afin de tirer les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel n° 2015-257

du 14 août 2015, la possibilité d'écarter une offre irrégulière, inacceptable ou inappropriée est remontée en partie législative. Par ailleurs, la jurisprudence du Conseil d'Etat définissant la notion d'offre anormalement basse est codifiée dans un article figurant en partie législative. Le chapitre 2 (Examen des offres) du titre V (Phase d'offre) comportera deux sections respectivement consacrées aux offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées et aux offres anormalement basses qu'il convient de faire débiter par un ou plusieurs articles de définition.

4. La Commission approuve la création d'un article L. 2171-1 dressant la liste des marchés publics globaux. Elle est favorable à ce qu'y figure, pour la meilleure information des usagers du code, la catégorie des marchés de partenariat alors même que leur régime juridique est défini au livre II auquel il convient dès lors de renvoyer. La Commission préconise d'introduire, au sein de cet « article chapeau », un alinéa précisant que le recours aux marchés globaux constitue une dérogation au droit commun de la commande publique. Elle recommande enfin que chacune des sous-sections débute par un article de définition.

5. La rédaction de l'article L. 2181-1 relatif à l'information des candidats et des soumissionnaires évincés soulève une question sur la portée de l'article 55 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et sur la légalité de l'article 99 du décret du 25 mars 2016. Comme les rapporteurs particuliers, la Commission supérieure de codification est d'avis que la réponse à y

apporter repose sur des considérations d'opportunité qui excèdent l'exercice de codification à droit constant. Il est suggéré que la loi de ratification ajoute à la fin de cet article les termes « dans les conditions et sous réserve des exceptions prévues par décret en Conseil d'Etat ».

6. Après discussion, la Commission recommande de codifier, dans la partie réglementaire du code de la commande publique, les dispositions relatives à la procédure de passation des marchés publics du 1 % artistique. Les autres dispositions régissant ces marchés ont vocation à rester dans un décret non codifié en ce qui concerne l'Etat, et, en ce qui concerne les collectivités locales, dans le code général des collectivités territoriales dans lequel il serait recommandable de prévoir une base légale pérenne.

7. Les rapporteurs particuliers ont par ailleurs suggéré une modification du plan de la 3^e partie du code relative aux concessions par rapport à celui qui avait été adopté lors de la séance du mois de juin. Conformément aux vœux de la majorité des membres du cercle des experts qui ont réagi sur ce point, ils proposent de créer, après un chapitre « Régime général » traitant des contrats de concessions visés à l'article 9 du décret du 1^{er} février 2016, un nouveau chapitre consacré aux contrats visés à l'article 10 du même décret afin de mieux faire ressortir leurs spécificités (activités d'opérateurs de réseaux, exploitation de services de transport de voyageurs, services sociaux ou autres services spécifiques). La Commission émet un avis favorable à cette proposition en recommandant l'introduction, au sein de l'article L. 3121-1, d'un fléchage entre ces deux chapitres.

***Avis sur le projet de titre IX du livre I^{er} de la partie 2
du code de la commande publique***

(SÉANCE DU 18 DÉCEMBRE 2017)

Dans le cadre de l'élaboration du code de la commande publique, la séance plénière de la Commission supérieure de codification du 18 décembre 2017 a porté sur l'examen du titre IX (Exécution du marché) du livre I^{er} de la partie 2. La Commission supérieure de codification a émis les observations suivantes.

1. S'agissant du chapitre I^{er} relatif au régime financier, la Commission supérieure de codification recommande de remonter en R les dispositions issues d'un décret simple relatives aux délais de paiement.

2. La Commission émet un avis favorable à l'ouverture, au sein du chapitre 2 relatif aux modalités de facturation et de paiement, d'une section consacrée à la facturation électronique destinée à accueillir des dispositions à venir, d'ici au 19 avril 2019, pour la transposition d'une directive.

3. En ce qui concerne le chapitre 3 relatif à la sous-traitance, la Commission approuve la codification partielle de la loi du 31 décembre 1975 seulement en tant qu'elle s'applique aux marchés publics. Il convient dès lors d'insérer dans la loi de 1975 une disposition indiquant qu'elle ne s'applique pas aux marchés publics afin d'appeler l'attention du législateur sur la nécessité, en cas de modification de certaines de ses dispositions, de prévoir de modifier dans la même mesure le code de la commande publique. Par ailleurs, la Commission recommande de placer les cinq premiers articles qui sont de portée générale en tête de chapitre, dans

un « chapeau » liminaire, avant toute subdivision interne.

4. Le chapitre 4 est relatif aux modifications du contrat. La Commission recommande de préciser, à l'article L. 2194-1, que la modification d'un marché public peut être effectuée par voie conventionnelle ou par voie unilatérale. Par ailleurs, elle approuve la proposition de codifier la jurisprudence relative au pouvoir de modification unilatérale en s'inspirant de la décision du Conseil d'Etat *Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, le Cannet, Mandelieu la Napoule* (27 octobre 2010 n° 318617), y compris en ce qui concerne le droit au maintien de l'équilibre financier.

5. S'agissant du chapitre 5 relatif à la résiliation, la Commission se rallie à l'idée que le code ne peut dresser la liste exhaustive des cas de résiliation. La rédaction de l'article L. 2195-1 ne doit comporter aucune ambiguïté sur ce point. La Commission préconise de supprimer les sections et de traiter ensemble des marchés publics de droit privé et des marchés publics de droit public. Placé en facteur commun, l'article L. 2195-1 pourrait être rédigé dans les termes suivants : « Indépendamment des législations particulières et, le cas échéant, du code civil, l'acheteur peut résilier un marché public dans les cas suivants ». La Commission recommande de codifier la jurisprudence qui ouvre la possibilité de résilier en cas de force majeure. Par ailleurs, elle approuve le parti retenu de ne pas traiter des conséquences financières de la résiliation.

ANNEXE N° 6

Avis du Conseil d'Etat relatif au projet de décret fixant les règles applicables aux fonds de retraite professionnelle supplémentaire du 2 mai 2017

CONSEIL D'ÉTAT

Séance du mardi 2 mai 2017

Section des finances

N° 393.127

M. MATT,
Rapporteur

EXTRAIT DU REGISTRE
DES DÉLIBÉRATIONS

Projet de décret
fixant les règles applicables aux fonds de retraite
professionnelle supplémentaire

NOR : ECFT1706908D

Note au Gouvernement

Le Conseil d'État (section des finances), saisi d'un projet de décret fixant les règles applicables aux fonds de retraite professionnelle supplémentaire, lui donne un avis favorable sous réserve de modifications qui s'expliquent d'elles-mêmes.

Il estime que, ce texte ne modifiant que le code des assurances, il ne peut s'appliquer qu'aux organismes relevant de ce code. Quand bien même les parties législatives des codes de la mutualité et de la sécurité sociale ont prévu de rendre applicables aux mutuelles et institutions de retraite professionnelle, sous réserve d'adaptation prévues au sein de ces codes, les dispositions régissant les fonds de retraite professionnelle supplémentaire figurant dans le code des assurances, il ne saurait y avoir de renvoi implicite équivalent au niveau des parties réglementaires de ces codes. Si le Gouvernement souhaite donc appliquer les dispositions issues du présent décret, codifiées au sein du code des assurances, aux mutuelles et institutions de retraite professionnelle supplémentaire, il

devra introduire par décret des renvois explicites à ces dispositions, sous réserve d'adaptations éventuelles, dans les parties réglementaires des codes de la mutualité et de la sécurité sociale.

Cette note a été délibérée et adoptée par le Conseil d'État (section des finances) dans sa séance du mardi 2 mai 2017.

Avis du Conseil d'Etat relatif au projet de loi de programmation militaire pour les années 2019 à 2025 et portant diverses dispositions intéressant la défense du 1^{er} février 2018 (extraits)

CONSEIL D'ÉTAT
Assemblée générale

Séance du 1^{er} février 2018

Section sociale
Section de l'administration

EXTRAIT DU REGISTRE
DES DÉLIBÉRATIONS

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

Sur le service militaire volontaire

25. Prévue par la loi n° 2015-917 du 28 juillet 2015, l'expérimentation d'une forme particulière de service militaire volontaire est en cours depuis le 1^{er} septembre 2015. Le dispositif a été prolongé jusqu'au 31 décembre 2018 par la loi n° 2017-86 du 26 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté. Il a été ensuite adapté par la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique pour conférer aux volontaires le statut de stagiaires de la formation professionnelle et permettre ainsi des financements par les organismes de cette formation professionnelle, les collectivités territoriales ou les entreprises. Le Gouvernement propose de pérenniser ce dispositif.

Tout en relevant le nombre limité des volontaires concernés et la charge que cette mesure constitue pour les armées, le Conseil d'Etat prend acte des éléments fournis par l'étude d'impact permettant de considérer que le dispositif proposé, inspiré par les expérimentations en cours, est de nature à faciliter l'intégration des jeunes volontaires et répond ainsi à un objectif d'intérêt général. Il recommande au Gouvernement de réaliser un nouveau rapport à destination du Parlement, pour l'examen de ce projet, le dernier rapport officiel datant de novembre 2016 et portant sur la première phase de ce dispositif.

Dès lors qu'en vertu de ses termes mêmes, ce dispositif ne s'applique qu'en métropole, le Conseil d'Etat estime qu'il n'y a pas lieu de maintenir les mentions que le projet prévoyait d'insérer dans l'article relatif à l'application outre-mer du présent projet de loi. Il relève en outre l'absence d'insertion de ces dispositions, à ce stade, dans le code de la défense où elles auraient vocation à figurer et prend acte des motifs tirés notamment des réflexions en cours sur les divers dispositifs figurant dans le code du service national et de celles qui portent sur le projet de service national universel. Il invite le Gouvernement à envisager une codification lorsque ces réflexions auront abouti.





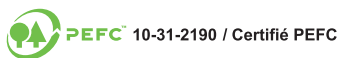




N° 4514
ISSN 0767-4538
Prix TTC : 10 €
ISBN 978-2-11-077442-2



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



Numéro de série : 345140000-000618