



HAL
open science

LE CRPA, UN ABOUTISSEMENT ?

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini. LE CRPA, UN ABOUTISSEMENT?. Bulletin juridique des collectivités locales, 2016. hal-01610372

HAL Id: hal-01610372

<https://hal.science/hal-01610372>

Submitted on 4 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE CRPA, UN ABOUTISSEMENT ?

Par
Fabien BOTTINI
Directeur-adjoint du LexFEIM
Maître de conférences HDR en droit public
Responsable du Master Collectivités territoriales
de l'Université du Havre

« À l'impossible je suis tenu » ! C'est à ce mot de l'*Orphée* de Jean Cocteau que les membres de la mission chargée de l'élaboration du Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) ont dû songer lorsqu'ils ont appris la teneur de leur tâche. Car deux tentatives avaient déjà échoué depuis que le projet avait été lancé dans les années 70, parallèlement à la reconnaissance de nouveaux droits aux administrés (accès aux documents administratifs, motivation de certains actes...)¹.

Outre que l'inscription du code au programme de la Commission supérieure de codification (CSC) en 1995 et les 18 mois assignés au gouvernement pour le réaliser par la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 avaient été vains, ces initiatives s'étaient en effet heurtées aux « difficultés habituelles »² de clarification de la valeur juridique des normes et au casse-tête de la détermination du champ d'application du texte.

Avec l'aide des plus hautes autorités de l'État, la mission a toutefois su mener l'entreprise jusqu'à son terme, puisque l'ordonnance n° 2015-1341 et le décret n° 2015-1342 du 23 octobre 2015 ont donné naissance à un code « nouvelle génération »³ de 361 articles à droit non constant, dont justiciables et juristes se sont vite emparés, comme cela ressort des décisions du Conseil d'État (CE) rendues depuis juin dernier⁴.

Mais le code est-il pour autant un aboutissement ? Cette question revient à se demander s'il atteint les deux finalités de son élaboration mises à la charge du gouvernement par la loi d'habilitation n° 2013-1005 du 12 novembre 2013.

Tandis que la première, explicite, visait à en faire la « *Lex generalis* »⁵ de la procédure administrative non contentieuse dans le cadre du « choc de simplification » souhaité par le président Hollande (I), la seconde, plus implicite, consistait à en faire une « arme » au service de la France dans la « guerre des droits » que se livrent désormais les États (II).

I. LE CODE, UN « CHOC DE SIMPLIFICATION » ?

Depuis les rapports du Conseil d'État sur *La sécurité juridique*⁶, la simplification est une priorité du droit français, comme cela ressort de la consécration du principe de clarté et de l'objectif d'accessibilité et

¹ V. Levêque M.-A. et Verot C., « Comment réussir à simplifier ? », *RFA* 2016. 12 se référant notamment aux L. n° 787-53 du 17.7.1978 et 795-87 du 11.7.1979.

² Vialettes M. et Barrois de Sarigny C., « La fabrique d'un code », *RFA* 2016. 4

³ Levêque M.-A. et Verot C., *loc. cit.*

⁴ V. CE Ass. avis 6.7.2016, req. n° 398234 : sur l'obligation de motiver les perquisitions administratives fondées sur l'état d'urgence conformément à l'article L211-2.

⁵ Premier ministre, « Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2015-1341 », *JO* 2015-248. 19871.

⁶ Cf. EDCE 1991-43 et EDCE 2006-57.

d'intelligibilité des normes⁷. Or si le code devait y contribuer, la question se pose : tient-il ses promesses ? Opère-t-il un « choc » (A) ? Et peut-on véritablement parler de « simplification » (B) ?

A. OPERE-T-IL UN CHOC ?

Pour que le choc soit réel, encore faudrait-il que la simplification fasse l'objet d'une certaine stabilité dans la durée. Or celle-ci n'existe déjà pas et il est certain qu'elle n'existera pas davantage à l'avenir.

1°) Elle n'existe déjà pas, non seulement parce que toutes ses dispositions n'ont pas été applicables en même temps – si la plupart le sont depuis le 1^{er} janvier 2016, celles relatives au retrait et à l'abrogation des actes administratifs unilatéraux (AAU) ne le sont que depuis le 1^{er} juin dernier et celles portant sur les échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives ne le seront pleinement qu'à partir du 7 novembre prochain – mais aussi parce que les nouvelles règles relatives à la disparition des AAU n'ont pas les mêmes effets sur les situations en cours : tandis que celles sur l'abrogation régissent le sort des actes même antérieurs, celles sur leur retrait ne sont applicables qu'aux actes formés à compter du 1^{er} juin 2016. De plus, plusieurs articles du code ont déjà été bouleversés par l'entrée en vigueur de textes ultérieurs. Si 3 articles ont par exemple déjà été supprimés suite à la réforme du 22 décembre 2015 sur la dématérialisation du *Journal officiel*, 21 autres doivent être introduits au 31 décembre 2019 du fait de la transposition de la directive n° 2013/37/UE du 26 juin 2013, relatives à l'accès aux documents administratifs et la réutilisation des informations publiques, par l'ordonnance n° 2016-307 du 17 mars 2016. Sans compter que ces deux textes ont respectivement modifié 5 et 8 articles du code. À peine né, l'enfant se trouve ainsi en quelque sorte défiguré. Et ce n'est qu'une étape.

2°) Il ne faut en effet pas être grand clerc pour deviner que la stabilité des règles codifiées n'existera pas davantage à l'avenir. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait déjà que l'œuvre de codification soit achevée. Or environ 40 % des lois et 70 % des règlements étaient encore à codifier en 2013 selon la CSC⁸ alors que plusieurs de ces textes intéressent la procédure administrative non contentieuse. Non seulement celle-ci « n'est qu'une matière marginalement législative »⁹, mais « le choix » a été fait « de ne pas (...) rapatrier l'ensemble des dispositions applicables »¹⁰ dans le texte commenté pour en faire un « code général »¹¹ : à rebours de l'ambition de la circulaire n° PRMX9601534C du 30 mai 1996 d'élaborer des codes « aussi précis() que possible » et du projet de la délégation interministérielle à la réforme de l'État de 1998 de doter celui de la procédure administrative non contentieuse d'une partie sur l'organisation des administrations, le CRPA se présente en effet comme un texte « court »¹², notamment muet sur les modalités d'élaboration¹³ ou de sortie de vigueur autres que le retrait ou l'abrogation des AAU. *Quid* en effet de la caducité ou de la péremption¹⁴ ? La codification ne saurait de toute façon être exhaustive puisque le droit est par essence toujours en mouvement : à peine enseigné, il est déjà désuet. C'est pourquoi le président Guy Braibant disait qu'une modification sert à « re-former pour ensuite réformer »¹⁵ et pourquoi les auteurs du code ont opté pour une numérotation décimale, non continue¹⁶, « imbriquant »¹⁷ les dispositions législatives et réglementaires simultanément au sein de chaque livre, dont

⁷ V. Milano L., « Contrôle de constitutionnalité et qualité de la loi », *RDP* 2006. 649.

⁸ V. Levêque M.-A. et Verot C., *loc. cit.*

⁹ Eveillard G., « La codification des règles de retrait et d'abrogation des actes administratifs unilatéraux », *AJDA* 2015. 2481.

¹⁰ CSC, « Avis du 28.3.2014 » in *Code des relations entre le public et l'administration 2016*, *DF* 2016, p. 31.

¹¹ *Id.*

¹² Terneyre P. et Gourdou J., « L'originalité du processus d'élaboration du code », *RFDA* 2016. 9.

¹³ V. Eveillard G., « L'adoption des actes administratifs unilatéraux », *RFDA* 2016. 40.

¹⁴ B. Seillier regrette aussi le silence sur l'annulation juridictionnelle et l'abrogation implicite (« La sortie de vigueur des actes administratifs », *RFDA* 2016. 58).

¹⁵ Cité in Labetoulle D., « Le code des relations entre le public et l'administration », *RFDA* 2016. 1.

¹⁶ CSC, « Avis... », *op. cit.*, p. 32.

¹⁷ *Id.*, p. 33.

l'avantage est justement de faciliter « l'intégration de certaines modifications à venir »¹⁸ : car le code est destiné à être « évolutif »¹⁹.

Bref, bien que réel, le choc qu'il opère est pour le moins atténué par l'instabilité normative qui l'attend. Reste à voir s'il procède à une véritable simplification.

B. PEUT-ON PARLER DE SIMPLIFICATION ?

Dans l'esprit, l'intégralité du CRPA était destinée à servir le « choc de simplification » voulu par le chef de l'État, dès lors que le retour au droit écrit devait être l'occasion d'une revanche de l'approche cartésienne française sur la casuistique juridique, d'avantage d'essence anglo-saxonne.

1°) De ce point de vue, l'intérêt d'un retour au droit écrit et à l'esprit cartésien est réel à deux égards.

Formellement, il ressort de la codification dans un plan rationnel en 5 Livres de textes fondateurs dont l'importance ne fait aucun doute – comme ceux précités sur l'accès ou la motivation des actes administratifs – et de la synthèse réalisée, sous forme de « tableaux-compteurs » par le Livre V de toutes les « dispositions relatives à l'Outre-mer »²⁰.

Au fond, le retour au droit écrit est l'occasion d'une réelle simplification des règles de retrait et d'abrogation. Les articles L241-1 s. mettent en effet fin au régime dérogatoire du retrait des décisions implicites (d'acceptation ou de rejet) créatrices de droits et des actes administratifs réglementaires (AAR)²¹ pour réorganiser l'état du droit autour de deux principes et de deux exceptions. Les principes prévoient *primo* que si la disparition d'un acte ne peut normalement intervenir que dans un délai de 4 mois et pour un motif de légalité (art. L242-1 et L243-3), l'abrogation des actes non créateurs de droit est possible à tout moment et pour tout motif (art. L243-1) et la disparition d'un acte créateur de droit à n'importe quel moment, si elle est demandée par son destinataire, en échange d'un acte plus favorable et dans le respect des droits des tiers (art. L242-4) ; et *deuxio*, que si l'administration a normalement un pouvoir discrétionnaire pour décider de la sortie de vigueur d'un acte, elle est en situation de compétence liée l'obligeant à y procéder lorsqu'un motif d'illégalité conduit le destinataire d'un acte créateur de droit à demander sa disparition dans les 4 mois de son édicition (art. L242-3) ; ou lorsqu'un motif d'illégalité ou son caractère sans objet impose d'abroger, même d'office, un AAR non créateur de droit dès l'origine (art. L243-2 al. 1) ou un tel acte ou un acte non réglementaire non créateur de droit par la suite, du fait d'un changement de circonstances (art. L243-2 al. 1 et 2). Les exceptions disposent pour leur part, d'un que ces règles s'effacent devant les dispositions communautaires²², législatives et réglementaires spéciales (art. L241-1) ; et de deux que le délai de 4 mois s'étend le cas échéant au délai d'exercice d'un recours administratif préalable obligatoire (RAPO) pour la disparition d'un acte créateur de droit (art. L242-5) et devient illimité en cas 1°) de disparition d'un acte obtenu par fraude (art. L241-2) ; 2°) de retrait a) d'une sanction ou b) d'une décision attribuant indûment une subvention (art. L242-2) et 3°) d'abrogation d'une décision créatrice de droits ne satisfaisant plus les prérequis pour son maintien (art. L242-2).

2°) Malgré ces avancées toutefois, le CRPA ne relève pas toujours les défis de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité de la règle de droit, ménageant ainsi parfois sans raison une place à la casuistique juridique.

Les défis de clarté et d'intelligibilité, du fait de quelques problèmes terminologiques source de confusion, liés à l'emploi simultané des expressions « actes unilatéraux pris par l'administration » (intitulé du Livre II), « actes administratifs unilatéraux » (art. L200-1 ; L241-1 et L241-2), « actes administratifs » (Titres 1^{er} et II) et « décisions implicites » (Titre III) pour désigner les actes de l'administration : dès lors que certains d'entre eux sont des mesures d'ordre intérieur (MOI) ou des actes droit privé²³ et non des AAU²⁴. De même, l'emploi du

¹⁸ Terneyre P. et Gourdou J., *loc. cit.*

¹⁹ D. Labetoulle cité in Vialettes M. et Barrois de Sarigny C., « Questions autour d'une codification », *AJDA* 2015. 2421.

²⁰ V. Roussel F., « Un code également innovant dans sa partie Outre-mer », *RFDA* 2016. 69.

²¹ Sur ces questions, v. Eveillard G., *loc. cit.* et Seillier B., *loc. cit.*

²² V. CJCE 9.3.1978, Herpels, R. 585, aff. 54/77 : interdit à l'administration de retirer un acte au delà d'un « délai raisonnable », apprécié *in concreto*.

²³ Cas des actes pris par les SPIC pour la gestion de leur domaine privé (TC 22.11.2010, Sct Brasserie du Théâtre,

terme « bénéficiaire » au lieu de celui de « destinataire » à l'article L242-3 est malheureux, dès lors que les tiers sont aussi des bénéficiaires des actes visés²⁵. Ces problèmes terminologiques se doublent de problèmes définitionnels, puisque certaines notions clés ne sont pas définies, comme celles d'entrée en vigueur (Titre II du Livre Ier), de « décisions créatrices de droit » (Chapitre II de son Titre IV), d'avis conformes (art. R133-2) ou obligatoires (art. L342-1) ou encore de « situations juridiques définitivement constituées » (art. L221-4)²⁶. D'autres termes sont par ailleurs mal définis, comme cela ressort de l'expression « actes réglementaires et (...) actes non réglementaires non créateurs de droits » (Chapitre III du Livre II), dès lors que les premiers le sont tout autant. Source de confusion, le code manque enfin parfois d'ambition, du fait de certains abandons, comme celui du projet de donner un nom aux actes ni réglementaires, ni individuelles²⁷ ou de trancher certaines controverses. Le CRPA ne tranche en effet pas celle sur la relation entre entrée en vigueur d'un AAI, son opposabilité (après sa notification²⁸) et son invocabilité (possible avant ?²⁹). Il ne prend de même pas position sur la controverse jurisprudentielle tendant à savoir si l'exigence d'identification de l'auteur de l'acte posé par l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 entache³⁰ ou non³¹ d'un vice substantiel tout acte n'indiquant pas son nom, son prénom et sa qualité³².

Le défi de l'accessibilité n'est pas non plus toujours relevé, dès lors que 12 articles édictent une règle « sauf dispositions contraires », « par dérogation », « sans préjudice », « sous réserve », « sauf lorsque » sans renvoyer à d'autres dispositions du code. Il procède alors au mieux par renvois – 1°) aux articles d'autres codes (comme au CGCT pour la publication des AAU ou l'organisation de consultation ou de référendum locaux), 2°) à des dispositions spéciales éparses dérogeant aux règles sur la disparition des AAU ; 3°) à des décrets en CE, notamment le soin d'établir la liste des hypothèses relevant du domaine réglementaire pour lesquelles le silence gardé par l'administration continue de valoir décision implicite de rejet (art. L231-5) ; 4°) enfin, au site legifrance pour la liste des cas « pour lesquels le silence gardé (...) vaut » au contraire « décision d'acceptation » (art. D. 231-2). Au pire, le CRPA est muet, par exemple sur la liste des actes favorables ou défavorables devant être motivés en vertu de l'article L211-3, dès lors qu'ils dérogent à des règles générales avec la permission de la loi ou du règlement.

Pour toutes ces raisons, le « choc de simplification » voulu par les auteurs du code n'apparaît pas totalement abouti en dépit de réelles avancées. Est-ce malgré tout une arme compétitive dans la « guerre des droits » ?

II. LE CODE, UNE ARME COMPETITIVE ?

L'autre finalité du CRPA était de remédier à un manque dénoncé par certains classements internationaux et portant préjudice à la compétitivité française³³. C'est pourquoi ses auteurs ont placé son élaboration sous le sceau

AJDA 2010. 2423, chron. Botteghi et Lallet) ou de leurs contrats de travail (CE Sect. 15.12.1967, Level, *AJDA* 1968. 228, chron. Massot et Dewost).

²⁴ V. Delvolvé P., « La définition des actes administratifs », *RFDA* 2016. 35.

²⁵ Eveillard G., « La codification des règles... », *loc. cit.*

²⁶ Sur les raisons du silence du code sur ce point, v. Kamal M., « Le nouveau droit transitoire administratif », *LPA* 2016-139. 12 ; Petit J., « L'entrée en vigueur des actes administratifs dans le CRPA », *AJDA* 2015. 2433.

²⁷ En doctrine, certains ont proposé de les qualifier de « décision d'espèce » (Chapus R., *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien 2001 n° 700 s.), d'« acte intermédiaire » (concl. Laurent sur CE Sect. 14.6.1955, Min. de l'industrie et du commerce, *AJDA* 1955. 288) ou d'« acte particulier » (Delvolvé P., « L'acte administratif », in *Rép. D. de contentieux administratif*, Sirey 1983, n° 255).

²⁸ Solution retenue par l'art. L221-8 du code et inspirée par CE 28.10.1988, Gallien, req. n° 49432.

²⁹ Pour certains auteurs, c'est le cas (Petit J., *loc. cit.* ; Seiller B., « L'entrée en vigueur des actes administratifs unilatéraux », *AJDA* 2004. 1463), pour d'autres l'acte n'existe pas tant qu'il n'a pas fait l'objet d'une mesure de publicité (Eisenmann C., « Sur l'entrée en vigueur des normes administratives unilatérales », *Mél. Stassinopoulos*, LGDJ 1974, p. 201).

³⁰ CE 11.3.2009, Cne d'Auverssuroise, *AJDA* 2009. 511.

³¹ CE 28.11.2003, Rahou, *R. T.* 628.

³² V. Eveillard G., « L'adoption des actes administratifs unilatéraux », *loc. cit.*

³³ Levêque M.-A. et Verot C., *loc. cit.*

du « pragmatisme (...) et de la recherche d'efficacité maximale » afin d'en faire un outil « opérationnel »³⁴ gage d'« efficacité »³⁵ : car le code « est (...) révélateur » d'un « nouvel état d'esprit » hérité du mouvement *Law and Economics* de l'Université de Chicago³⁶ visant à placer le droit au service « des entreprises »³⁷. Reste à savoir dans quelle proportion ce but a été atteint : la valeur est-elle « sûre » (A) ? Le produit est-il « intelligent » (B) ?

A. LA VALEUR EST-ELLE « SURE » ?

Si les attentes des opérateurs économiques ont conduit le code à renforcer la garantie des droits qui leur est offerte, il prend dans le même temps soin de ménager le pouvoir de décision de l'administration.

1°) Ce renforcement ressort implicitement de la volonté d'élaborer ce code, puisque la codification contribue à la sécurité juridique et que le choix de placer dans son intitulé le mot « public » avant le mot « administration » montre qu'il vise à renforcer les droits et les garanties qui lui sont offerts. Le désir de donner au code la portée la plus large possible va dans le même sens, puisque d'après l'article L100-3 il bénéficie non pas aux seuls administrés mais, plus généralement, au public³⁸ : c'est-à-dire à « toute personne physique ou morale de droit privé, à l'exception de celles en charge d'une mission de service public lorsqu'est elle en cause ». Inversement, il s'impose à un très grand nombre d'autorités, puisque y sont soumis, outre les collectivités publiques et les personnes privées en charge d'un service public administratif (SPA), les services publics industriels et commerciaux (SPIC) lorsque sont en cause les dispositions relatives à l'instruction des procédures administratives (articles L113-4) ; au droit de présenter des observations préalablement à certaines décisions (art. L120-1) ; à la motivation des actes administratifs (L211-1) ; à l'entrée (L221-1) et la sortie de vigueur (L240-2) des AAU.

De façon explicite, différents articles confirment ce renforcement, dès lors qu'ils favorisent la constitution de nouvelles situations juridiques ou préservent celles qui ont été légalement acquises.

D'un côté, le code simplifie en effet les procédures d'autorisation administrative pour donner toute sa portée au principe du silence valant accord (art. L231-1). Outre qu'il entérine un certain allègement du formalisme administratif (notamment en reprenant la règle « dites-le nous une seule fois » qui dispense le demandeur de communiquer des documents déjà transmis à une autre administration (art. L113-2)), le code rappelle l'obligation faite à l'administration d'accuser réception des demandes formulées par voie postale ou électronique pour marquer le point de départ du délai de constitution des décisions implicites (art. L112-1 s.).

D'un autre côté, le code ne se contente pas de l'encourager à préférer l'abrogation d'un AAU à son retrait³⁹. Il sécurise les situations juridiques en donnant corps au niveau législatif à un véritable droit administratif transitoire contre les changements brutaux de réglementation : outre que l'article L221-5 al. 1^{er} oblige l'administration à « édicter des mesures transitoires », lorsqu'une nouvelle réglementation est impossible à appliquer immédiatement ou « entraîne (...) une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause », son alinéa 2 et l'article L243-1 lui permettent d'« y avoir recours (...) afin d'accompagner un changement de réglementation » tandis que l'article L221-6 donne des exemples de ces mesures provisoires⁴⁰. Le renforcement de la garantie des droits prend enfin la forme d'une extension des cas de recours à une procédure contradictoire (jusque là limités à celles devant être motivées) aux décisions prises d'office en considération de la personne et du commencement du délai de recours contentieux de la date de rejet des recours gracieux ET hiérarchiques successivement exercés (art. L411-2⁴¹).

³⁴ Terneyre P. et Gourdou J., *loc. cit.*

³⁵ Vialettes M. et Barrois de Sarigny C., « La fabrique d'un code », *loc. cit.*

³⁶ Sur cette question, v. *Néolibéralisme et droit public*, Mare et Martin 2016 (à paraître).

³⁷ *Id.*

³⁸ Dubreuil C.-A., « Le champ d'application des dispositions du code », *RFDA* 2016. 17.

³⁹ En ce sens, Eveillard G., « La codification des règles... », *loc. cit.*

⁴⁰ Solution inspirée par CE Ass. 24.3.2006, KPMG, *AJDA* 2006. 1028, chron. Landais et Lenica et CE Sect. 13.12.2006, Lacroix, *AJDA* 2007. 358, chron. Lenica et Boucher.

⁴¹ CE 7.10.2009, Ouahrirou, *AJDA* 2009. 1862.

2°) Ces avancées ne sont toutefois pas sans limites, dès lors que le code rappelle parallèlement les principes cardinaux de l'action administrative de poursuite de l'intérêt général et de respect des principes de légalité, d'égalité, d'impartialité et de laïcité (art. L100-2) pour préserver les prérogatives des autorités administratives.

D'un point de vue matériel, cela se déduit du refus d'imposer une procédure contradictoire pour toute « décision individuelle affectant défavorablement une personne » ou en « cas de demande abusive » (art. L122-1) et la dispense faite à l'administration de respecter cette formalité, notamment en cas d'urgence ou au nom de la conduite des relations internationales ou pour assurer le respect de la loi (art. L122-2). Ce souci de ménager ses prérogatives se déduit de même du bilan coût-avantage des intérêts publics et privés la dispensant d'édicter des mesures transitoires, chaque fois que l'intérêt général penche en faveur de l'application immédiate d'un règlement (art. L221-5⁴²).

D'un point de vue temporel, il se déduit encore du refus de permettre à un recours gracieux ou hiérarchique d'interrompre le délai conditionnant l'exercice d'un RAPO (art. L412-4). Surtout, l'administration a désormais le droit de retirer d'office sous 4 mois les AAR (pour tout motif) ou les décisions implicites d'acceptation dont les tiers n'ont pas eu connaissance (pour cause de légalité)⁴³.

Bien que « sûre », la valeur ne constitue donc pas l'aboutissement dont aurait pu rêver les opérateurs économiques. Qu'en est-il de la volonté d'en faire un produit « intelligent » ?

B. EST-CE UN PRODUIT « INTELLIGENT » ?

Si le mouvement *Law and Economics* invite depuis les années 1950 à la mise en place d'une *smart regulation* permettant de réglementer moins et mieux⁴⁴, cette idée avait été relancée en 2011 par le CE dans son rapport *Consulter autrement, participer effectivement*⁴⁵. De sorte que le code devait aussi répondre à ces sollicitations selon la loi d'habilitation de 2013. Mais alors que les vertus de la participation font désormais consensus, un désaccord persiste sur ses modalités concrètes : la démocratie administrative doit-elle déposséder l'administration de son pouvoir de décision au profit du public ? Cette interrogation soulève d'épineux problèmes qui, rapprochés du consensus dont fait l'objet l'intérêt d'associer le destinataire de la norme à son élaboration, expliquent tout à la fois les avancées et les limites de la codification opérée.

1°) Les avancées permettent d'abord rétrospectivement de comprendre l'originalité du processus d'élaboration du code, puisqu'il a justement fait l'objet d'une « conception (...) collaborative »⁴⁶, via le « tamis (...) d'un (...) "cercle des experts", composé de magistrats administratifs, d'universitaires et de praticiens, puis de la CSC, (...) et enfin, (...) des directions des affaires juridiques des différents ministères »⁴⁷.

Les vertus de la *smart regulation* expliquent de même ensuite la codification aux articles L131-1 s. des règles permettant d'associer le public à la prise de décision (à côté de celles sur les procédures contradictoires exposées avant, bien qu'elles s'y rattachent).

Deux sortes de dispositions facilitent en effet sa participation directe. La première tient à l'énoncé de principes généraux devant guider la prise de décision dans le silence des textes. Car l'article L131-1 légalise certains de ceux suggérés par le CE en 2011. La consultation du public devient ainsi possible « à condition » 1°) de rendre « publiques les modalités de cette procédure » ; 2°) de « mettre à disposition des personnes concernées les informations utiles » ; 3°) de « leur assurer un délai raisonnable pour y participer » ; et 4°) de veiller « à ce que les résultats ou les suites envisagées soient » publiés « au moment approprié ». La seconde tient aux consultations ouvertes sur internet (art. L132-1 s.). Est en effet reprise la règle issue de la loi n° 2011-525 du 17

⁴² Cf. CE Ass. 24.3.2006 *préc.*

⁴³ La « solution » antérieure à la loi du 12.4.2000 fondée sur la jurisprudence Ève « privilégiait à l'excès la sécurité juridique par rapport aux exigences de la légalité » (Eveillard G., « La codification des règles... », *loc. cit.*).

⁴⁴ Bon P., « L'association du public aux décisions prises par l'administration », *RFDA* 2016. 27. Sur les recherches françaises allant dans le même sens, v. les références citées in Saunier S., « L'association du public aux décisions prises par l'administration », *AJDA* 2015. 2426.

⁴⁵ EDCE 2011-62.

⁴⁶ Vialettes M. et Barrois de Sarigny C., « La fabrique d'un code », *loc. cit.*

⁴⁷ *Id.*

mai 2011 les rendant en substance possibles, chaque fois qu'elles visent à associer le public à la prise de décision⁴⁸ sans le priver d'une garantie prévue par un texte (art. L132-1).

Ces articles sont complétés par deux autres séries de dispositions visant à faciliter une consultation plus médiatisée des individus. D'une part en effet, les articles R133-2 s. clarifient les règles de création (par décret, après étude préalable, pour 5 ans, sauf dispositions contraires) et de fonctionnement des commissions administratives consultatives⁴⁹ pour leur permettre de jouer au mieux leur rôle. D'autre part, les articles L134-1 s. synthétisent en une nouvelle sorte d'enquête publique les enquêtes « innomées »⁵⁰ jouant dans les hypothèses non couvertes par les Codes de l'expropriation et de l'environnement. Or celles-ci doivent en principe respecter les principes d'information et de participation du public et l'intérêt des tiers (art. L134-2). Le code précise de plus, outre l'obligation de choisir les commissaires enquêteurs sur liste d'aptitude, les règles de leur rémunération, les délais de l'enquête, les modalités de formulation et de recueil des observations et des conclusions, et les suites qui leur sont données (art. R134-3 s.).

2°) La crainte de voir la *smart regulation* transférer le pouvoir de décision aux citoyens ou aux acteurs économique explique toutefois dans le même temps la grande prudence dont fait preuve le code en la matière. Car il procède à une codification « a minima »⁵¹, « par pragmatisme »⁵² face à ce sujet « éminemment sensible »⁵³, comme cela ressort du refus de généraliser les 6 principes directeurs de la consultation du public en réalité identifiés par le CE en 2011. N'ont en effet pas été repris à l'article L131-1 ceux visant à « assurer le dépôt des observations de tous les participants et (...) leur publicité » ; à « garantir l'impartialité et la loyauté de l'organisateur de la consultation et » à « mettre en place (...) un “tiers garant” » ou, enfin, à veiller à la représentativité des « acteurs » de la concertation »⁵⁴.

Au final, le code n'est pas un aboutissement mais une étape dans les évolutions de la relation public/administration engendrées par le passage de l'économie semi-administrée à l'économie libre de marché et ses dispositions gagneraient à :

1°) **Préciser** la liste intégrale des actes pour lesquels le silence de l'administration vaut implicitement rejet ou décision d'acceptation ou, à défaut, donner l'adresse exacte d'une page du site Legifrance où la trouver ;

2°) **Clarifier** la terminologie pour a) distinguer plus nettement le régime des AAU, MOI et actes de droit privé pris par l'administration et b) préciser les notions de situations définitivement constituées ; d'entrée en vigueur ; d'avis obligatoires / conformes ; d'actes créateurs de droit / non créateur de droit, notamment en donnant la liste de ceux-ci ;

3°) **Simplifier** le régime de l'abrogation des actes non réglementaires non créateurs de droit en l'alignant totalement sur celui des AAR.

Inversement, il conviendrait de **préserver** l'équilibre que le code opère entre les aspirations des acteurs économiques et la défense de l'intérêt général ; entre la garantie des droits reconnue au public et la préservation des pouvoirs de l'administration. Car il faut lui savoir gré de résister aux sirènes du « tout économique » à l'ère de la marchandisation du monde et... du droit !

⁴⁸ Cf. art. R132-4 s. du CRPA.

⁴⁹ Cf. art. R133-1 s. du CRPA précisant les règles relatives à la suppléance ou au remplacement des membres empêchés ou démissionnaires, aux modalités de convocation, de vote ou d'audition de personnes extérieures, au *quorum*...

⁵⁰ CSC, « Avis... », *op. cit.*, p. 68.

⁵¹ Bon P., *loc. cit.*

⁵² Levêque M.-A. et Verot C., *loc. cit.*

⁵³ *Id.*

⁵⁴ V. Auby J.-B. (dir.), *À la recherche des principes du droit de la procédure administrative, colloque du 5 décembre 2014 organisé au Conseil d'État.*