



HAL
open science

La procédure administrative non contentieuse en France

Thomas Perroud

► **To cite this version:**

Thomas Perroud. La procédure administrative non contentieuse en France. Colloque "La codification de la procédure administrative non contentieuse de l'Union européenne", INSTITUT DE RECHERCHE EN DROIT EUROPÉEN, INTERNATIONAL ET COMPARÉ (IRDEIC), Jun 2019, Toulouse, France. hal-02455843

HAL Id: hal-02455843

<https://hal.science/hal-02455843v1>

Submitted on 29 Jan 2020

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.

Colloque sur la codification de la procédure administrative non contentieuse de l'Union européenne

Éclairage comparatif

La procédure administrative non contentieuse en France¹

Thomas Perroud, professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas - CERSA

*

Avec l'adoption du Code des relations entre le public et les administrations, la France a finalement rejoint, tardivement, le groupe des pays ayant codifié sa procédure administrative non contentieuse générale ou, autrement dit, la France s'est dotée, enfin, d'une procédure générale de rang législatif. Car, et c'est toute la difficulté d'une réflexion sur les mérites de la codification, il est bien évident que ce processus ne vient combler aucun manque : non seulement les administrations obéissaient bien à des principes de procédures, mais spéciaux ou spécifiques, dont les lacunes éventuelles étaient comblées par l'intervention du juge. L'apport d'un code général n'est donc peut-être pas d'un apport pratique décisif, il est, du point de vue symbolique, tout à fait remarquable.

C'est toute la difficulté de ce sujet, c'est de comprendre que l'on est d'emblée dans un domaine, dans un sujet, porté par une forte symbolique, et par des considérations politiques. L'adoption de ce code manifeste certainement, ou consacre certainement un changement profond du droit administratif français. On peut à mon sens parler d'une sorte de tournant procédural du droit administratif français. La procédure n'est en effet certainement pas l'âme du droit administratif français, et particulièrement si on le compare aux autres pays, et particulièrement l'Italie ou les États-Unis. Le droit administratif français s'est construit comme un droit substantiel miroir du droit privé – avec ses grandes notions de responsabilité, de contrat, de domaine, de propriété - et, si la procédure n'était évidemment pas absente, c'était essentiellement la procédure juridictionnelle qui était étudiée. Il me semble que la situation est aujourd'hui différente, même si les questions substantielles continuent d'occuper le devant de la scène. Et ce code marque, me semble-t-il, un tournant. Un tournant ambigu malgré tout, une sorte de victoire à la Pyrrhus, car on ne peut manquer de constater la dévaluation corrélative de la procédure dans les sanctions que l'on y applique. La jurisprudence Danthony et, plus récemment, la jurisprudence Fédération des finances et des

¹ Nous avons souhaité conserver le caractère oral de cette communication.

affaires économiques de la CFDT (CE, 18 mai 2018, n° 414583) révèle bien l'attitude de fond du Conseil d'Etat vis-à-vis de la procédure, et la raison pour laquelle il n'a pas voulu pendant si longtemps procéder à une telle codification, la procédure est un danger, le juge de l'excès de pouvoir arrive trop tard pour sanctionner. On pourrait rétorquer que pour la procédure contractuelle des remèdes spécifiques ont été élaborées qui permettent de réconcilier célérité et intégrité de la procédure. Il est très significatif à mon sens que de tels remèdes n'aient jamais été envisagés pour la procédure d'édiction de l'acte administratif unilatéral. Seul Yann Aguila a plaidé pour une évolution dans ce sens, qui n'a toujours pas été entendu (Y. Aguila, « Le traitement contentieux des vices de procédure en France », in Droit comparé de la procédure administrative, J.-B. Auby (dir.), Bruylant, 2016). Nous sommes en effet dans une situation paradoxale où la procédure aboutissant à la signature d'un contrat est mieux protégée que celle se concluant par l'édiction d'un acte administratif unilatéral. On ne comprend pas bien les raisons d'une telle discrimination : l'intérêt général qui s'attache à l'efficacité du choix du contractant n'est pas absent quand il s'agit d'aboutir à un acte unilatéral.

A ce code est donc attachée forte portée symbolique. Du point de vue du contenu à présent, des critiques liminaires peuvent lui être adressées.

D'ailleurs, avant de rentrer dans la substance de l'analyse, on pourrait ajouter une autre faiblesse de ce code, qui est l'absence de codification de la procédure répressive. La procédure répressive est présente dans certains codes, par exemple le code étatsunien. Elle est absente en France. Avec Sébastien Saunier et Pascale Idoux, nous sommes revenus sur cette question dans un colloque sur l'avenir de la répression extra-pénale, publiée à la Revue de science criminelle.

Une autre faiblesse du code, qui traduit encore le provincialisme français, pour reprendre le constat du poète Simon Leys, est l'absence de réflexion sur la double casquette de l'Administration française qui est aussi, dans de multiples situations, administration européenne. Les fonctionnaires français s'en rappellent parfaitement lorsqu'il s'agit de défendre par exemple l'indépendance des autorités de régulation face au pouvoir politique, un peu moins quand il s'agit d'importer les principes européens de procédure administrative. Le code n'affronte pas cette difficulté. Ce point montre bien que l'Administration indirecte est un angle mort du droit puisque cette administration n'est pas comprise dans le futur code européen, non plus ! C'est encore une critique que l'on peut adresser au choix de gouvernance fait en Europe. Je signale à cet égard que le code de procédure administrative fédéral

allemand s'applique au gouvernement fédéral ainsi qu'aux entités fédérées lorsque celles-ci exécute le droit fédéral au nom des autorités fédérales (article 1 du VwVfG).

Ce code manifeste donc un tournant, à mon sens et, on vient de le dire, il est encore imparfait. Nous voudrions reprendre ces deux points, la politique du code et son contenu, en allant davantage dans les détails.

*

De quoi ce code est-il le nom – pour reprendre une formulation désormais courante ? Pourquoi avoir procédé à une codification ? C'est peut-être à l'aune de ces éléments que l'on pourra comprendre pourquoi l'Union européenne n'avance pas dans cette direction.

Il faut, à mon sens, avancer plusieurs séries d'explications, au-delà de celle qu'ont expliquée les auteurs même du code (D. Labetoulle, « Le code des relations entre le public et l'administrations. Avant-propos », RFDA 2016, pp. 1-3 ; M. Vialettes, C. Barrois de Sarigny, « La fabrique d'un code », RFDA 2016 pp. 4-11) et qui ont été très bien analysées et critiquées par Olivier Renaudie (« La fabuleuse histoire de la fabrique du CRPA. Dits et non-dits », in Lectures critiques du code des relations entre le public et l'administration, G. Koubi, L. Cluzel-Métayer, W. Tamzini (dir.), 2018). La consécration de code est en effet au carrefour de plusieurs changements : un changement profond du droit administratif qui met depuis les années 1980 les questions procédurales à l'honneur, un changement de conception de la procédure et de l'administration et un retour du Conseil d'État dans les questions de procédure.

La montée de la procédure en droit administratif intervient à mesure que son exorbitance diminue. Depuis les années 60-70 au moins, les questions procédurales sont au cœur de nombreux problèmes, mais d'abord à la marge du droit administratif, en droit de l'expropriation, en droit de l'environnement. Les mouvements citoyens ont forcé l'Etat à procéduraliser son action pour accorder les droits des citoyens avec l'intérêt général. Ensuite, à partir des années 80, c'est la procédure répressive qui va mettre au centre de l'attention les questions procédurales. La montée en puissance de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et son article 6 vont fournir un puissant levier aux avocats pour combattre ce pouvoir de sanction et procéduraliser l'action administrative. La Question prioritaire de constitutionnalité prendra ensuite le relais. C'est enfin dans les questions contractuelles que la procédure sera mise au centre. Il y a peu de question aujourd'hui qui ne touche en réalité à des questions contractuelles.

Faut-il y voir aussi un changement de conception de l'Administration et de la procédure elle-même ? Le terme que l'on emploie volontiers en France, de procédure administrative non contentieuse révèle cette vérité : on ne peut penser la procédure qu'en référence à la juridiction. L'histoire du droit administratif montre d'ailleurs que lorsque le Conseil d'Etat a souhaité élever des protections contre l'arbitraire administratif, notamment en cas de procédure de sanction, il a érigé ces instances en juridiction administrative spécialisée, d'où la difficulté à comprendre la jurisprudence administrative sur la notion de juridiction, qui ne se comprend que si l'on prend en compte l'utilisation téléologique de cette notion. D'ailleurs, depuis que l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme est invocable, le problème n'est plus guère posé. Il s'est cependant posé encore une fois au niveau constitutionnel avec les QPC sur l'Autorité de la concurrence (Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012) et l'ARCEP (Décision n° 2013-331 QPC du 5 juillet 2013) qui fait des AAI des juridictions et impose une séparation des fonctions. L'esprit juridique, en raison aussi de l'activisme juridictionnel qui brouille les catégories, a du mal à penser l'autonomie d'une procédure qui ne serait pas juridictionnelle. Ces deux QPC le montrent, éminemment. L'adoption d'un code marque ainsi l'autonomisation de la procédure administrative

Enfin, l'adoption d'un code est aussi un révélateur politique de la place reprise par le Conseil d'Etat dans les questions de procédure. On sait que les grandes avancées procédurales ont été l'œuvre du législateur dans les années 70, dans le cadre des projets giscardiens. Sur les autorités administratives indépendantes, le Conseil a été à la traîne par rapport à la Cour de cassation, et puis des notions permettent de paralyser encore l'application de la procédure, notamment celle de police. Le couple sanction/acte de police administrative est encore révélateur d'un juge qui tend à privilégier l'Etat. L'adoption d'un code est souvent un révélateur politique. L'exemple américain est lourd d'enseignement puisque l'adoption du code de procédure administrative, dans ce pays, est l'œuvre d'un Congrès républicain et s'inscrit dans la volonté de contraindre l'Administration. Alors que cette loi est devenue le cœur du droit administratif américain, elle procède à l'origine d'un geste conservateur en réaction aux progrès du New Deal qui avaient mis l'Administration au centre du projet progressiste de Roosevelt.

D'ailleurs, il faut bien avoir à l'esprit qu'il y a un lien entre procédure et recours. Les systèmes qui ont adopté un code de procédure sont souvent des systèmes où le recours pour excès de pouvoir est basé sur la violation d'un droit subjectif. C'est le cas, bien sûr, aux États-Unis, en Allemagne, en Autriche et en Italie. Autrement dit, lorsque l'on discute de procédure

de ces pays, on parle aussi d'autre chose : on parle de la possibilité même de faire un recours. Le code américain est ainsi emblématique puisque c'est lui qui consacre un droit au recours qui a tout de même influencé les critères de recevabilité du recours, qui requiert l'existence d'un préjudice.

On peut enfin rattacher l'élaboration du code au programme de codification et à sa signification pour le Conseil d'Etat. A partir des années 80, la montée en puissance des principes managériaux « fragilise la juridiction administrative suprême »², c'est la raison pour laquelle le Conseil d'État se lance dans la promotion de la qualité du droit et notamment de la légistique et dans le programme de simplification dont la codification fait partie (E. Biland, R. Vanneuville, « Les mutations de la surveillance juridique des administrations. Le Conseil d'Etat français et la promotion de la légistique », in J. Crête, *Les surveillants de l'Etat démocratique*. Presses universitaires de Laval, 2014). Le New Public Management ébranle la prééminence du droit³ dans le contrôle de l'Administration (P. Bezès, *Réinventer l'Etat. Les réformes de l'administration française (1962-2008)*, PUF, 2009) et donc celle du Conseil d'État et des juristes⁴. Il se voit donc fortement remis en question, et la codification est un moyen de devenir le centre de la production du droit. En d'autres termes le Conseil cherche « d'autres manières [que sa fonction de juge] de s'affirmer en tant que pouvoir d'État » (J. Caillosse, « Le discours de la réforme administrative : de quelle réforme administrative le rapport annuel du Conseil d'Etat dessine-t-il les contours ? », in P. Mbongo, O. Renaudie, *Le rapport public annuel du Conseil d'Etat. Entre science du droit et discours institutionnel*, Editions Cujas, 2010).

L'intervention dans la procédure par la production d'un code, une matière où le législateur est beaucoup intervenu, marque le retour du Conseil dans cette matière et l'importance que le programme de simplification lui a donnée.

² Nous avons déjà eu l'occasion de mettre en évidence les conséquences de cette évolution ici : T. Perroud, « Les études d'impact dans l'action publique en France : perspective critique et propositions », *Politiques et Management Public*, vol. 35/3-4, 2018, pp.215-242.

³ On ne peut pas manquer de remarquer à cet égard que la prééminence du droit est devenue un principe dans la jurisprudence de la CEDH à l'époque où celui-ci est précisément remis en cause (Souvignet, 2012).

⁴ C'est la raison pour laquelle ce topos est repris par les publicistes (par ex. v. le numéro spécial de la *Revue du droit public* n° 1 du 1er janvier 2017 ainsi que l'ouvrage dirigé par M. Philip-Gay, *Les études d'impact accompagnant les projets de loi*, LGDJ, 2012).

BROUILLON

En somme, la codification de la procédure administrative est un geste politique qui manifeste bien souvent la volonté du législateur de reprendre en main l'action publique. Ici, c'est le Conseil d'État qui est l'acteur principal puisque les rédacteurs en sont issus, le Secrétariat général du gouvernement supervise et la Commission supérieure de codification conseille. L'ensemble des acteurs appartient au Conseil.

A présent, que peut-on dire du contenu du code ?

*

On souhaiterait ici procéder à l'analyse comparative du code français et des choix politiques qui ont été opérés. Deux éléments nous ont particulièrement intéressés ici : le champ d'application du code et le principe de participation⁵.

Le champ d'application du code français est original à plus d'un titre. Du point de vue des organes concernés, *rationae personae* donc, il est plus large par exemple que le code américain puisque, significativement il s'applique aussi aux personnes privées chargées de l'exécution d'une mission de service public administratif. Ce choix n'est pas isolé, mais la position française est finalement intermédiaire puisqu'elle ne s'applique qu'aux personnes privées chargées de l'exécution, on l'a dit, d'un service public administratif. Cette délimitation semble donc plus restreinte que celle à laquelle il fut procédé en Croatie⁶, en Norvège qui a choisi une définition très réaliste du pouvoir administratif⁷, ou en Serbie⁸. Le choix français est certainement très contestable. Pourquoi exclure les services publics industriels et commerciaux du champ du code, d'autant que le processus d'externalisation, dans le cadre des Smart Cities, n'a jamais été aussi soutenu ?

Il s'applique aussi aux autorités décentralisées. C'est le même choix que l'Espagne. Le code américain, à l'inverse, ne s'applique qu'au niveau fédéral.

⁵ Nous suivons ici la grille de lecture élaborée par Jean-Bernard Auby dans l'ouvrage que nous avons dirigé ensemble : « Chapitre préliminaire », *Droit comparé de la procédure administrative*, J.-B. Auby (dir.), Bruylant, 2016.

⁶ Le code s'applique aux « entités juridiques dotés de pouvoirs de nature publique ».

⁷ « Une personne juridique privée sera considérée comme un organe administratif lorsqu'elle se trouve en position de prendre des décisions individuelles ou d'adopter des règlements ».

⁸ « Les entreprises et autres organisations devront respecter le présent texte dans l'exercice de pouvoirs de natures publiques qui ont pu leur être attribués lorsqu'elles prennent des décisions ou développent des activités (définies comme administratives par la loi) »

De nombreux champs d'administration sont exclus puisque le code s'applique « en l'absence de dispositions spéciales applicables ». C'est la grande faiblesse des codes généraux : le gouvernement, ou d'autres lobbies, peut progressivement défaire le droit général par la multiplication des lois spéciales, le code général ne devenant ainsi qu'un code d'affichage. Ne pourrait-on pas imaginer, comme en matière constitutionnelle, à des dispositions de niveau normatif supérieur auxquels les lois spéciales ne pourraient pas déroger. C'est peut-être d'ailleurs une faiblesse du code français que de ne pas avoir identifié les principes, les normes qui s'imposent de toute façon à toute action administrative parce qu'elles sont de rang supra-législatif. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la discussion sur les principes était assez surprenante : qu'ils soient ou non énoncés dans la loi, ils s'appliquent et le code doit, toujours-déjà, pour utiliser cette belle expression de Heidegger, s'y conformer.

Jean-Bernard Auby, dans son analyse comparative des codes, met en évidence des solutions originales pour éviter le phénomène de décodification. Il indique ainsi que dans le système croate seules certaines questions peuvent faire l'objet de règles spécifiques s'écartant de la loi générale. De même, au Danemark un guide produit par le ministère de la Justice prescrit qu'aucune législation procédurale spécifique ne peut être élaborée sans qu'il ait été clairement établi que les règles générales sont insuffisantes. En Allemagne, le même auteur nous apprend que l'existence même de la loi générale impose au législateur au moins de justifier explicitement les raisons pour lesquelles il s'écarte de ses règles dans tel ou tel cas. On voit quel type de rapport de pouvoir ce type de disposition introduit : c'est une garantie législative aux multiples coups de boutoir procéduraux que l'Administration tente toujours contre les lois de procédure.

Le champ d'application du code français en termes d'acte concernés n'est pas établi clairement, c'est certainement sa grande faiblesse⁹. Le code américain, par exemple, commence par une définition de l'ensemble des actes. Le code allemand ne s'applique qu'aux actes individuels. Le code français est étonnamment silencieux. On retrouve encore une fois cette réticence, dont nous parlions, à élaborer une théorie claire de l'acte de portée générale, et de façon plus générale, à élaborer une théorie de l'acte pour la procédure, en dehors des considérations du recours.

⁹ V. l'analyse précise de Fabrice Melleray « Les apports du CRPA à la théorie de l'acte administratif unilatéral », AJDA 2015, p. 2491.

BROUILLON

Le droit souple est aussi exclu du champ du code. Etant donné sa reconnaissance par le Conseil d'Etat, on voit comme il sera facile d'échapper à la procédure. C'est d'ailleurs une autre limite forte, parmi celles que nous avons identifiées en introduction, de la montée de la procédure dans l'action administrative.

Enfin, on voudrait évidemment partager une déception, mais déception révélatrice : les personnes en charge de la rédaction de ce code n'ont pas cru opportun de consacrer, enfin, en droit administratif français, un principe de participation, peut-être parce qu'ils n'ont pas voulu s'engager dans une réflexion sur la définition de l'acte administratif de portée générale (même si la notion de décision publique inscrite dans la Charte de l'environnement pouvait fournir les linéaments d'une telle notion) et sur la question de la délégation (on remarquera que la participation n'est même pas une exigence constitutionnelle en matière d'élaboration des ordonnances alors même que, dans ce cas, le législateur n'a qu'un pouvoir de veto). Le droit administratif français est rétif à la conceptualisation de l'acte de portée générale on l'a dit, qui est un véritable impensé, lourd évidemment de sous-entendu politique. Il est vrai que ce principe de participation n'est pas présent, loin de là, dans tous les États qui disposent d'un code sur le Continent. Il est cependant présent aux Etats-Unis ou en Espagne et il semble significatif que les promoteurs d'un code européen aient opté pour cette consécration. Ce refus n'est d'ailleurs pas à l'abri des critiques du point de vue juridique. Il aurait été opportun de rappeler que le champ des « décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement », au sens de l'article 7 de la Charte, n'est certainement pas restreint au Code de l'environnement et que la Constitution peut aussi s'appliquer à des décisions administratives qui relèvent du présent code. On signalera d'ailleurs que l'énoncé de principe au début du Code ne relevait absolument pas de l'évidence et, qu'au contraire, les rédactrices du Code avaient exprimé à plusieurs reprises, en entretien, une certaine réticence. C'est la raison pour laquelle, avec Jean-Bernard Auby, nous leur avons proposé un travail de droit comparé interne, auquel elles se sont magnifiquement prêtées, au cours d'un colloque au Conseil d'État sur l'impact des principes dans les autres codes.

La participation n'a donc pas été consacré comme un principe obligatoire pour l'élaboration de toutes les normes de portée générale. Pourquoi ? Il y a, de façon générale en France, et particulièrement depuis la Constitution de 1958, une exécution des pouvoirs. Le modèle de consultation, tel qu'on le pratique, est à la main de l'Administration, qui décide qui elle souhaite entendre. Les institutions publiques françaises ne veulent pas entendre les discours qui les gênent. La France n'est pas isolée. S'il y a une spécificité du droit administratif

continental, reprise en droit administratif de l'Union européenne¹⁰, c'est le refus de la participation pour l'élaboration des actes de portée générale, à l'exception notable de l'Espagne¹¹. La Suisse ayant suivi le modèle allemand qui exclut l'acte de portée générale du champ des actes administratifs, aucune procédure de participation n'est prévue. Cependant, cette carence est complétée par des règles spéciales. L'Italie est dans le même cas que la France¹², même si elle connaît dernièrement, avec la contestation des grands projets d'infrastructure, une évolution notable, mais toujours dans des législations spéciales¹³. Comme en France, ce sont les citoyens qui ont arraché la participation.

En conclusion, le bataille sur la participation illustre bien le caractère éminemment politique de la procédure administrative. Le Conseil d'Etat a ici repris la main sur la procédure dans le cadre du programme de simplification, tout en neutralisant largement, au contentieux, les effets des irrégularités procédurales.

Il est tentant de terminer par des considérations prospectives et pour cela je souhaiterais reprendre les idées de Yann Aguila, qui ont eu trop peu d'écho. Elles furent écrites pour notre ouvrage avec Jean-Bernard Auby, avant l'arrêt CFDT. Elles n'ont jamais eu, me semble-t-il, autant d'actualité. Pour sortir par le haut de cette situation et redonner à la procédure toute son efficacité, une piste « pourrait consister à permettre au juge d'intervenir en amont, d'une façon préventive, avant l'édiction de l'acte. Puisque la procédure est préalable à l'acte, pourquoi ne pas imaginer une faculté pour le juge de statuer durant cette phase préparatoire (...) ? ». La proposition de Yann Aguila consisterait donc, en quelque sorte, à transposer les remèdes que l'on trouve en droit des contrats publics à l'élaboration de l'acte administratif unilatéral, à construire une sorte de « juge de la procédure administrative préalable ».

¹⁰ J. Mendes, "Participation in rule-making: European Union", *Droit comparé de la procédure administrative*, J.-B. Auby (dir.), Bruylant, 2016.

¹¹ Art. 105 CE 1958 « La Ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. » V. C. Velasco, « La participation à l'élaboration des règlements administratifs : Le cas espagnol », *Droit comparé de la procédure administrative*, J.-B. Auby (dir.), Bruylant, 2016.

¹² G. della Cananea, "Administrative rulemaking in Italy: theories and practice", *Droit comparé de la procédure administrative*, J.-B. Auby (dir.), Bruylant, 2016.

¹³ G. della Cananea, « Exit or Voice? Débat Public Goes to Italy », *European Public Law*, à paraître, 2019.

BROUILLON

Cette proposition nous semble particulièrement séduisante. Elle permettrait enfin de trouver une solution efficace au respect de la procédure, que le recours pour excès de pouvoir ne protège de toute façon qu'assez mal.

Le fait même que cette proposition n'ait pas été reprise en dit long sur la façon dont on traite la procédure dans ce pays, c'est-à-dire au fond, dont on traite les citoyens, toujours-déjà, toujours-encore, comme des mineurs.